

Las formas de lo arbitrario: Los altos y bajos de *Towards a Theory of Arbitrary Law-making in Migration Policy* de Patricia Mindus

The Forms of Arbitrariness: The Ins and Outs of *Towards a Theory of Arbitrary Law-making in Migration Policy* by Patricia Mindus

Elena Prats
Universidad de Uppsala (Suecia)

Fecha de recepción 31/05/2021 | De aceptación: 11/10/2021 | De publicación: 23/12/2021

RESUMEN.

El presente artículo se centra concretamente en dos cuestiones. En primer lugar, se presenta la iluminadora reciente obra de Patricia Mindus en la que se realiza una distinción conceptual entre las concepciones de arbitrariedad en diferentes ámbitos semánticos, particularmente en la filosofía y el derecho, así como la exposición de una tipología donde se distinguen los diferentes usos en el derecho. En segundo lugar, se despliega una crítica a diferentes aspectos de la tipología de Mindus apoyada por una argumentación sobre los que considero son usos incorrectos señalados por la autora.

PALABRAS CLAVE.

Arbitrariedad; Discreción; Justificación; Ilegal; Discriminación.

ABSTRACT.

This article has two aims. First, it presents the illuminating recent work of Patricia Mindus on arbitrariness, in which the author completes mainly two tasks. The first task consists of a conceptual distinction among the notions of arbitrariness in different semantic areas, particularly in philosophy and law. The second task consists of presenting a typology distinguishing different uses of the notion in law. Second, I shall present some criticism, as well as provide reasons arguing for the incorrectness of some of the uses presented.

KEY WORDS.

Arbitrariness; Discretion; Justification; Illegal; Discrimination.

Sumario: 1. Introducción. 2. Navegando las aguas de lo arbitrario: una nítida mirada conceptual. 2.1. Agencia individual y agencia colectiva: arbitrario en la esfera de la política. 2.2. Dos nociones de lo arbitrario en la esfera de la filosofía. 2.3. Sobre lo legalmente arbitrario. 2.3.1. Arbitrario vs. discrecional. 2.3.2. Tipología triádica. 2.3.2.1. Arbitrario como ilegal. 2.3.2.2. Arbitrario como irracional. 2.3.2.3. Arbitrario como discriminatorio. 3. Una mirada crítica. 3.1. Los altos y bajos de la triádica clasificación de Mindus. 3.1.1. Problemas tipológicos. 3.1.2. La flaqueza de hacer equivaler “arbitrario” a “ilegal”. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción

El diciembre 2020, la revista *Etikk i praksis: Nordic Journal of Applied Ethics* publicó el artículo de Patricia Mindus titulado *Towards a Theory of Arbitrary Law-making in Migration Policy*¹. Con dicho artículo, Mindus ambiciona ocuparse de un espacio insuficientemente atendido por la filosofía del derecho y los estudios de migraciones, el de clarificar conceptualmente qué se entiende por “arbitrario”, así como mostrar diversas situaciones en el ámbito de la migración que podrían ser tildadas de arbitrarias.² Para ello, Mindus articula una distinción conceptual de las diversas nociones de arbitrariedad existentes en diferentes ámbitos semánticos, tales como la filosofía o el derecho, mostrando los problemas de comprensión que conlleva trasponer dichas nociones a ámbitos semánticos que no le son propios, y presenta una tipología de los usos de “arbitrario” en el derecho.

En este breve artículo presentaré las tesis de la obra de Mindus y argumentaré críticamente sobre los aspectos que considero desacertados. La relevancia de este escrito radica, pues, en dos puntos. Por un lado, por traer al lector hispanohablante un artículo de distinguida claridad conceptual y de contenido de valor mayúsculo, tanto por la atención que da a una noción inexplicablemente infra-investigada, como por la nítida diferenciación que esboza. En segundo lugar, porque este escrito presenta algunas clarificaciones (sección II) y críticas constructivas (sección III) al artículo de Mindus que considero el lector tildará de relevantes a la hora de comprender qué entendemos por arbitrariedad. El objetivo principal es, pues, contribuir a una mejor comprensión de la noción de arbitrariedad en el derecho, una tarea crucial dada la reiterada prohibición de la misma en los textos jurídicos.

¹ Al español se traduciría como *Hacia una teoría de la arbitrariedad legislativa en las políticas de migración*. Disponible en el siguiente enlace < https://www.ntnu.no/ojs/index.php/etikk_i_praksis/article/view/3712 > 2020 (14 de enero 2021).

² La tarea de la que se ocupa Mindus se manifiesta de gran importancia toda vez que uno se percató de que, a pesar de que la arbitrariedad es no sólo una visitante común de las políticas referentes a migración sino también una herramienta retórica cotidiana de los análisis de dichas políticas, no existen trabajos teóricos escudriñando dicha noción y sus usos de forma rigurosa.

2. Navegando las aguas de lo arbitrario: una nítida mirada conceptual

Mindus repite su pretensión clarificadora. Tras su revolucionario libro para los estudios de migración *Hacia una teoría funcionalista de la ciudadanía*³, la autora recupera su misión de aportar claridad conceptual a dicho ámbito mediante el análisis semántico, en esta ocasión del término “arbitrario”. De nuevo, la autora aproxima una mirada filosófica al término para desmenuzar la comprensión del mismo desde diferentes perspectivas normativas, específicamente desde la filosofía y el derecho (página 11; sección 3). En lo que sigue se presenta la distinción conceptual realizada por Mindus de acuerdo a los diversos ámbitos semánticos.

2.1. Agencia individual y agencia colectiva: arbitrario en la esfera de la política

El primer apunte interesante introducido por Mindus al presentar la noción de arbitrariedad se da en relación a su valor axiológico y a como este cambia dependiendo de su uso en conexión con *individual agency* o con *collective agency*, esto es, una relación entre dos o más personas. De acuerdo con ella, mientras en el primer caso se da una asociación con la formación de voluntad de la agencia individual (*will formation of individual agency*) adquiriendo con ello un valor positivo, en el segundo, asociado con poder o autoridad (*power or authority*), se le tiende a atribuir un valor negativo, tendiendo a concebirla como el gobierno ilegítimo de uno sobre otro sin considerar límites o restricciones (página 12). Señala la autora que, en esta área semántica los pares conceptuales de opuestos, serán poder arbitrario vs. poder limitado. Cabe decir que, aunque la autora no lo caracterice como tal, esta distinción axiológica es propia y tiene una gran relevancia dentro del ámbito de la ciencia política.

2.2. Dos nociones de lo arbitrario en la esfera de la filosofía

De acuerdo con Mindus, en el ámbito de la filosofía contemporánea, arbitrariedad tiene dos significados. Por un lado, se entiende “moralmente arbitrario” como sinónimo de (moralmente) “injustificado”. Por otro, “arbitrario” en el ámbito filosófico se asocia con una “serie de elementos contingentes”. De acuerdo

³ MINDUS, Patricia, *Hacia una Teoría Funcionalista de la Ciudadanía*, Marcial Pons, Madrid, 2019. Dicha obra es una traducción al español del libro *Cittadini e no: Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze University Press, Florencia, 2014. Al lector interesado, le recomiendo las siguientes recensiones PRATS, E., “Cuestiones de Estatus: Una mirada a «Hacia una teoría funcionalista de la ciudadanía» de Patricia Mindus”, *Latin American Journal of Human Rights*, 1(1), (2021) y, en inglés, ŽGUR, Matija, “The non-citizen The «ins» and «outs» of «Cittadini e no: Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione» by Patricia Mindus”, *Ragion Pratica*, 44, (2015), pp. 265–273.

a Mindus, esta segunda forma de comprender el término, tanto por la filosofía analítica como por la ética normativa (*normative ethics*), se ha extendido especialmente tras el debate sobre *moral luck* (suerte moral). Mindus, acertadamente señala que en el ámbito de los estudios sobre migración a menudo se ha seguido el uso equivalente a “falta de justificación moral”, y enfatiza el hecho de que dicha acepción propia del ámbito semántico de la filosofía moral se ha traspuesto al ámbito de la migración incluso en referencia a leyes migratorias. En su escrito, la autora explicita los altos costes teóricos de trasponer al análisis jurídico una noción desarrollada en la teoría ética e indica claramente que “la comprensión filosófica de arbitrariedad difiere de la comprensión legal” (página 13). Dicha precisión la fundamenta mediante la contraposición de términos en la esfera jurídica: de acuerdo a Mindus, en el ámbito jurídico, el opuesto de arbitrario es “discrecional”, y no “moralmente justificado” ni “necesario”, tal como deja claro que sucede en el filosófico.

2.3. Sobre lo legalmente arbitrario

2.3.1. Arbitrario vs. discrecional

El escrutinio de la noción jurídica de “arbitrario” es realizado por Mindus mediante la identificación de su opuesto en el ámbito jurídico, “la discreción”: “mientras discreción es un acto de poder legalmente legítimo, los ejercicios de poder arbitrario no lo son” (página 15). Aquello que los diferencia es que “la discreción está basada en una norma de competencia” (*ibid*). En su primer planeo sobre dicha noción (sección 3.2), Mindus parece comprometerse con una noción de “arbitrariedad” que equivale a “ilegal”: “Un acto arbitrario es arbitrario porque va más allá de la ley”, nos dice (*ibid*). “La autoridad puede, por ello, ser entendida como poseedora de una naturaleza discrecional si sus actos se dan libremente dentro de los límites definidos por la ley, y tener una naturaleza arbitraria si actúa más allá de dichos límites”, indica más adelante en la misma página. Sin embargo, a pesar de que en la sección indicada, Mindus se compromete con una acepción jurídica de arbitrariedad que moldea como opuesto tanto a “discrecional” como a “legal”, sin explicar, por cierto, en qué medida se diferencia pues “discrecional” de “legal”, en la siguiente sección (4) Mindus se apoyará en la obra de Massimo Cuono⁴ para presentar una tipología triádica de las formas de arbitrariedad jurídica⁵, distinguiendo, en relación a la legislación, entre tres

⁴ Véase CUONO, Massimo, *Decidere per caso: Figure del potere arbitrario*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013 y CUONO, Massimo y MINDUS, Patricia, “Verso una teoria del diritto per l’età delle migrazioni di massa: Una tipologia del potere arbitrario”, *Rivista Di Filosofia Del Diritto - Journal of Legal Philosophy*, 1, (2018), pp. 11–32.

⁵ Con el uso de “formas”, entendemos que Mindus se refiere a acepciones de la noción legal.

formas en las que se puede decir de la autoridad que ejercita un poder arbitrario. Estas tres formas son: (a) ilegal, en conflicto con una ley; (b) irracional, irreconciliable con los estándares de la lógica o el cálculo medio-fin; (c) discriminatorio, basado en categorías que ellas mismas desafían el principio básico de igualdad (*equality*) de los sistemas legales (página 17). De acuerdo a la autora, la relevancia de dicha distinción entre los diversos tipos no sólo yace en su utilidad para clarificar y diferenciar diversos tipos de abuso, sino también en el hecho de que estos requieren soluciones diferentes para los problemas relacionados. De acuerdo a ella, soluciones generales deberían ser evitadas.

2.3.2. Tipología triádica

2.3.2.1. Arbitrario como ilegal

La primera forma legal identificada es aquella que aplica para los casos en que el ejercicio del poder exceda los límites establecidos por la ley optando por una elección ilegal, entendido esto como en conflicto con una ley válida. En este sentido, de acuerdo a la primera forma señalada por Mindus, “arbitrario” sería un sinónimo de “inválido” (página 17). Mindus indica que este sentido puede ser aplicado tanto para la conducta (prácticas en sentido estricto) de una autoridad, como para las normas o decisiones promulgadas (práctica normativa en sentido estricto) sugiriendo que ambos tipos vulneran al menos una de las dos variantes de la *Rule of Law*⁶, estas son el gobierno por la ley (i.e. *gubernaculum sub lege*, GSL⁷) y gobierno mediante leyes (i.e. *gubernaculum per leges*, GPL⁸) (página 18). A partir de esta distinción, indica la autora que la arbitrariedad de este tipo puede darse de dos maneras: (i) puede originarse en la falta de respeto para los límites constitucionales dados a la formulación de una ley⁹ o (ii)

⁶ *Rule of Law* se traduciría al castellano como “Estado de derecho”. Sin embargo, tal como señala Moreso, la noción de “Estado de derecho” en español es más amplia, dado que “El ideal del Estado de derecho es el resultado de la integración de tres subideales: a) el imperio de la ley (la *Rule of Law* en su sentido formal y procedimental), b) el autogobierno democrático y c) la protección de los derechos humanos.” Véase, MORESO, José Juan, *Lo normativo: Variedades y variaciones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

⁷ Mindus indica que GSL es la doctrina que exige a la autoridad política respetar normas superiores. En el caso de las democracias constitucionales contemporáneas, la rama legislativa del gobierno debe producir leyes que respeten no sólo los procedimientos constitucionales formales sino también los límites constitucionales sustanciales, así como el contenido de las leyes, por ejemplo, el respeto a los derechos fundamentales.

⁸ En relación a GPL, Mindus asevera que esta es la doctrina que exige que la autoridad política se exprese en la forma de reglas generales y abstractas. Un ejemplo de esto hoy se daría en nuestra exigencia a los parlamentos de respetar valores tales como la igualdad jurídica o la *Rule of Law*, esto es, produciendo normas dirigidas a un tipo de persona, clase o categoría de personas realizando acciones con individuos simbólicos (*tokens*) y así evitando formular “normas individuales”. De acuerdo a Mindus, no hacer esto equivaldría a legislar mediante fallos (*decrees*), no leyes.

⁹ En esta subcategoría, según la autora se encontraría legislación que observa los requisitos procesales, formales, de la legislación dentro del marco constitucional dado, pero no satisfacen los límites constitucionales sustanciales en relación al contenido de la ley.

se puede expresar a través de fallos (*decrees*) inspirados en intereses contingentes, estrechando estos más allá de la “razonabilidad”¹⁰ (*ibid*).

2.3.2.2. Arbitrario como irracional

La segunda forma señalada por Mindus de entender “arbitrario” desde lo jurídico es aquella que se refiere a los casos en los que el ejercicio del poder ha excedido los límites establecidos por la ley, optando por una opción irracional o “carente de razón”. “Irracional” aquí se refiere a contrario a los estándares de la lógica o al cálculo de medios-fines¹¹. Mindus confiesa que esta sea quizás la forma más común de entender legislación arbitraria, donde “arbitrario” es usado como sinónimo de “infundado” (*ungrounded*) o “injustificado” (*unjustified*) desde el punto de vista de la razón instrumental: esto es, inconsistente o incapaz de alcanzar sus propios objetivos. Así, siguiendo esta forma, de acuerdo a Mindus la legislación puede ser tildada como arbitraria siguiendo el tipo irracional en los casos en que exista una inconsistencia interna (en contradicción con los requisitos lógicos de consistencia) o en el caso de que sufra de inadecuación entre los objetivos a alcanzar y los medios que se disponen para ello (página 19).

2.3.2.3. Arbitrario como discriminatorio

La tercera de las formas señaladas por Mindus se refiere a aquel ejercicio de poder que excede los límites establecidos por la ley optando por tomar elecciones discriminatorias. Se puede decir de una autoridad que ejercita su poder de forma discriminatoria en, al menos, dos formas diferentes: (i) puede hacerlo violando el principio de igualdad ante la ley (*égalité devant la loi*) o violando el principio de igualdad dentro de la ley (*égalité dans la loi*). En relación a qué se entiende por discriminación, Mindus indica que esta no es cualquier forma de trato no-idéntico, sino que se refiere a trato desigual del tipo *basado en razones particulares e injustificadas*¹² (página 20) Así, de acuerdo a esta tipología, una ley puede ser considerada irrazonable, esto es, constituir discriminación y con ello arbitrariedad, si dos (o más) personas son tratadas de forma diferente sin que se presenten “suficientes razones” para diferenciar entre ellas. La clave aquí, es, pues, “la insuficiencia de motivación de los actos de una autoridad creadores de discriminación” (*ibid*). En su análisis, Mindus distinguirá dos subcategorías. Por un lado, hay reglas

¹⁰ En esta segunda subcategoría se encuentra legislación cuyo fracaso se da en satisfacer los estándares formales, procesales de la legislación dentro del orden constitucional.

¹¹ De acuerdo a Mindus, la forma de racionalidad que aplica en este caso es la *Zweckrationalität*, esto es, una razón instrumental.

¹² Cursivas añadidas.

irrazonables arbitrarias en este sentido tercero porque protegen los intereses particulares de aquellos de los que hacen derivar su trato preferencial o privilegiado de la discriminación de un grupo. Por otro, hay reglas irrazonables arbitrarias en este sentido porque su justificación está basada en argumentos refutables (página 21).

3. Una mirada crítica

Una vez realizadas las susodichas distinciones, Mindus dedica las últimas páginas de su artículo a presentar casos prácticos del ámbito de las migraciones que ejemplifican las diferentes formas de ejercer la arbitrariedad sugeridas por la tipología presentada. Dado que considero que el valor del artículo de Mindus recae, precisamente, en la distinción conceptual aquí presentada, obviaré comentar dichos ejemplos, sino que dirigiré mis comentarios y críticas a la susodicha tipología, que a modo de esquema es la que sigue.

Nociones de “arbitrario” en la ciencia política¹³

(i) <i>Individual agency</i>	(i) <i>Collective agency</i>
(ii) Formación de la voluntad de la individual <i>agency</i>	(ii) Gobierno ilegítimo sobre los otros
(iii) (Valor axiológico positivo)	(iii) (Valor axiológico negativo)

Nociones de “arbitrario” en la filosofía

Moralmente injustificado Contingente

Nociones de “arbitrario” en el derecho

¹³ De nuevo, a pesar de que dicha distinción sea particularmente relevante para la ciencia política, Mindus no la relaciona como tal en su escrito.

Ilegal	→	GSL; GPL
Irracional	→	Incoherente; Error cálculo medios/fines
Discriminatorio	→	Ante la ley; Dentro de la ley

3.1. Los altos y bajos de la triádica clasificación de Mindus

En primer lugar, debo recalcar que la tarea de Mindus no es de talante valorativo sino descriptivo y aclaratorio¹⁴. Así, se debe entender que la tipología aquí expuesta representa una clasificación de los *usos* que se dan en el ámbito jurídico y no pretende estimar la corrección de estos ni determinar cuáles deberían ser tildados como tal, sino clasificarlos y exponerlos. Esta tarea es de suma importancia, puesto que supone el primer paso para una crítica de dichos usos, permitiendo evaluar, por ejemplo, lo adecuado de tildar como arbitrarias decisiones que serían consideradas más correctamente ilegales.

En lo que sigue, centraré mi escrito en dos cuestiones. En primer lugar, en realizar una breve crítica a la tipología. En segundo lugar, en criticar el uso que trata arbitrario como análogo a ilegal. Mi sugerencia es que la tipología triádica presentada podría reducirse realmente a una sola categoría. Así, en el caso de la arbitrariedad, no existe misterio de la trinidad: la arbitrariedad es una y no trina.

3.1.1. Problemas tipológicos

Mi crítica a la tipología se centrará en la distinción entre la segunda y la tercera de las categorías presentadas, esta es, arbitrario como irracional y arbitrario como discriminatorio. Mi sugerencia, y uno de los motivos principales de ser de este escrito, es que ambas categorías deberían presentarse conjuntamente, y esto es así por las razones que siguen. Como se ha visto, la segunda categoría es aquella que considera arbitrario aquello irracional, distinguiendo dos subcategorías, una que considera irracional aquello que es incoherente¹⁵, y otra que considera irracional aquellas decisiones o medidas que fallan por un error de cálculo entre medios/fines.

¹⁴ Así lo indica claramente la autora al indicar que “El propósito de estas referencias (...) es aclarativo” (página 17).

¹⁵ En relación a la relevancia en el ámbito jurídico, remito a la amplísima obra de Amelia AMAYA al respecto y, en concreto, a su excelente libro *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument*, Hart, Oxford, 2015.

En esta segunda categoría, pues, la determinación de aquello arbitrario se hace mediante un escrutinio de las razones dadas por la autoridad a fin de justificar su norma, decisión o acto, esto es, inspeccionando sobre la posibilidad de que exista un error en la justificación¹⁶ de estas. La justificación de las normas, decisiones y actos de las autoridades es esencial porque permite la revisión judicial de las mismas a fin de evaluar la calidad y legalidad de estas. Así, el escrutinio de esta segunda tipología, “arbitrario como irracional”, se centra específicamente en la inspección de la calidad de las razones dadas que suponen la justificación de las decisiones o actos de las autoridades.

La tercera categoría aquí presentada es aquella que hace equivaler “arbitrario” con “discriminatorio” entendido este último como aquella forma de trato desigual del tipo basado en razones particulares e injustificadas. La clave aquí se encuentra en la *irrazonabilidad*, que tiene como *consecuencia una discriminación*. De nuevo, en la *falta de justificación*. Así, parece ser que la distinción entre las dos categorías se da al prestar atención al resultado en la tercera categoría (la creación de una discriminación), mientras que en la segunda se enfatiza en la forma de proceder (irracional). Sin embargo, si uno aplica igualmente el criterio de procedimiento a ambos tipos de categoría, se dará cuenta que son del mismo tipo: ambas sufren de problemas de justificación, la una (en el esquema de Mindus la segunda) por su irracionalidad, y la otra (en dicho esquema la tercera) por su irrazonabilidad. Mi sugerencia es que sería más adecuado agruparlas ambas bajo el mismo título “arbitrario como insuficientemente justificado”. Esta es, además, la forma en que algunos de los mayores estudiosos de la arbitrariedad, en concreto García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández¹⁷, la han definido.

¹⁶ Prefiero usar aquí el término “justificación” en lugar de “motivación” por su mayor exigencia. Como indican claramente tanto la doctrina (véase, entre otros, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad* (1. ed), Civitas, Madrid, 1991, pp. 106-111) como la jurisprudencia (en sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 29 de noviembre de 1985), “motivación” y “justificación” son distintos y tienen funciones diferentes. Mientras la motivación puede ser sucinta y se limita a citar la causa y motivos que han servido de estímulo para la creación de una norma, acto o decisión, la justificación, tal como indica Fernández, debe precisar su fundamentación a partir de un despliegue considerable de razones las cuales, además deben verse respaldadas por los datos objetivos sobre los cuales operan. Ambos términos tienen, pues, diferentes niveles de exigencia. Un error de motivación se daría si en la decisión, norma o acto no fueran expresados, ni tan siquiera de forma sucinta, los motivos por los que una distinción entre sujetos se da. Por tanto, en el caso en que se presentaran los motivos someramente, no podríamos hablar de error de motivación. En el mismo escenario, si se hubieran expuesto los estímulos, pero estos no se hubieran visto acompañados de razones desplegadas conjuntamente con los datos objetivos relevantes, entonces estaríamos ante un error de justificación. Es la carencia de dichas razones expresadas de forma profunda y conjuntamente con los datos objetivos relevantes la que hace que podamos decir de un acto, decisión o norma que es arbitraria, por lo que considero más pertinente hablar de “error de justificación” que de “error de motivación”.

¹⁷ Ver, entre otras, las obras de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, 30, (1959), pp.131–166; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?”, *op.cit.*; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad* (1. ed), Civitas, Madrid, 1991, pp. 106-111); FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador: Una crítica de la jurisprudencia constitucional* (1. ed). Civitas, 1998; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary: Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico* (1a. edición), Iustel, 2016.

Por añadidura, es relevante señalar, como posiblemente el lector avisado habrá ya notado, que esta forma de comprender lo “arbitrario” en sentido jurídico como “insuficientemente justificado” es sospechosamente cercana a la noción de arbitrario en sentido filosófico que entiende a este como “injustificado”. ¿Es que, finalmente, ambas nociones coinciden realmente, haciendo fallar la distinción señalada por Mindus y que ha sido presentada aquí como aquello más meritorio de su escrito? La respuesta es que no. Si bien el papel de la justificación y las razones dadas es característico en ambas categorías, aquello que las distingue entre sí es, precisamente, la naturaleza de dichas razones. Así, aseverar que “X es arbitrario” en filosofía moral puede referirse a la insuficiencia de justificación (moral), esto es, a la inexistencia o penosa calidad de las razones morales aportadas. Por su parte, cuando se señala que “X es arbitrario” en un sentido legal, lo que se está señalando es la falta o insuficiencia de justificación legal, esto es, la inexistencia o baja calidad de las razones legales dadas, por ejemplo, tal como Mindus indicó, por el un problema de incoherencia interna en el ordenamiento jurídico.

3.1.2. La flaqueza de hacer equivaler “arbitrario” a “ilegal”

En segundo lugar, es pertinente realizar una crítica a la equivalencia entre arbitrariedad e ilegalidad. Gracias al escrito de Mindus, se ha hecho explícito que, en ocasiones, algunos académicos hacen equivaler, a mi entender de forma errónea, ambos conceptos. En primer lugar, sospecho que la no-infrecuente situación en la que una acción o decisión por parte de una autoridad padece de ilegalidad¹⁸ y de arbitrariedad puede propiciar la confusión y el posterior uso intercambiable por parte de algunos agentes. No es anómalo que decisiones irracionales o irrazonables (esto es, arbitrarias) sean a su vez o acaben generando resultados que sean ilegales (por ejemplo, una discriminación injustificada cuando la ley prohíbe la discriminación), o que se lleven a cabo de forma contraria a lo establecido por las leyes (por ejemplo, por sobrepasar la discrecionalidad que dicha ley garantiza a la autoridad), pero no se debe confundir esta coincidencia (que la norma, decisión o acto sea arbitrario y además ilegal) con que ambos conceptos sean sinónimos. Esto es, no debe confundirse la coincidencia de la extensión de los términos en determinadas ocasiones con la también coincidencia en la intensión entre arbitrariedad y legalidad¹⁹.

¹⁸ Por “ilegal” entiendo aquí aquel acto o medida que se encuentra en conflicto con una ley válida y superior que aplique en la misma jurisdicción y por la cual dicho acto o medida será considerado, expresamente o no, prohibido (*banned*).

¹⁹ Por extensión nos referimos al número de objetos al que se aplique un término. Por intensión nos referimos a las propiedades o características que algo posee para que se le aplique el término.

Asimismo, hacer uso de la misma metodología usada por Mindus de analizar los contrarios puede ayudarnos a clarificar este punto y ofrecernos una razón más en contra de la forma que hace equivaler “arbitrario” con “ilegal”. Tal como ella y otros tantos autores han indicado²⁰, es correcto señalar lo arbitrario como lo opuesto de lo discrecional (página 15). Su oposición es presentada como que una, la discrecionalidad se encuentra dentro de aquello permitido por la ley mientras que la otra resta fuera. Sin embargo, lo arbitrario no se agota en lo ilegal, sino que es precisamente esa situación de lo arbitrario de sobrepasar los límites de la ley lo que no permite que las razones dadas por la autoridad puedan considerarse satisfacer el requisito de justificación de estas. Así, toda vez que una autoridad actúe más allá de su poder discrecional estará actuando ilegal y arbitrariamente, pero las razones para tildar dicha actuación de una y otra forma serán diferentes. Su actuación será ilegal porque rebasará la ley, mientras que será arbitraria porque esa situación contraria a la ley no le permitirá a la autoridad justificar jurídicamente de forma satisfactoria su norma, decisión o acto²¹. Pensar lo “arbitrario” como meramente “ilegal” priva a nuestro entendimiento del sentido más profundo de lo que consideramos arbitrario, creando confusión e inseguridad jurídica.

Por añadidura, hay que señalar que hacer coincidir los conceptos de “arbitrariedad” con “ilegalidad” se encuentra en directa oposición con una de las virtudes cardinales del lenguaje jurídico, esta es, la precisión, para la cual “la exactitud, la economía léxica y la seguridad comunicativa son su razón de ser”.²² La relevancia de la precisión y, añadiría, el discernimiento y la claridad conceptual, son

²⁰ Dicha distinción encuentra respaldo, entre otras, en las obras de LEIBHOLZ, Gerhard. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, C.H. Beck, Munich, 1959; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?”, *op.cit.*; 211-230; IGARTUA, Juan, “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, *RVAP*, (1996), pp. 46:95; DE LAUBADÈRE, André, DE VENEZIA, Jean-Claude, y GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif. Tome 1* (14. éd), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador: Una crítica de la jurisprudencia constitucional* (1. ed), *op.cit.*; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, *op. cit.*; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary: Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, *op. cit.*; LIFANTE VIDAL, Isabel “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 25, (2002), p. 413; MESQUINA, Joan “El concepto de discrecionalidad y su control”, *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, 37, (2003), pp. 337–358; REBELO DE SOUSA, Marcelo y SALGADO DE MATOS, André, *Direito administrativo geral 1, 1.*, Dom Quixote, 2008.

²¹ Fernández apoya también esta idea al indicar “Arbitrario es así lo que carece de razón que pueda justificarlo porque excede de los límites que las leyes tienen establecidos.” Véase, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón., *Arbitrario, arbitraire, arbitrary: Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, *op.cit.*, p. 50.

Igualmente, es posible imaginar situaciones arbitrarias que no atenten la discrecionalidad, por ejemplo, por caer la decisión, norma o acto dentro de la discreción de la autoridad, pero no haber sido estos suficientemente justificados.

²² Véase, PRIETO DE PEDRO, Jesús José, “Lenguaje jurídico y estado de derecho”, *Revista de Administración Pública*, 40, (1996), pp. 111–129.

primordiales en el ámbito del derecho si pensamos en su afectación a uno de los principios fundamentales de este, la seguridad jurídica, y la certeza en relación a las consecuencias jurídicas de los actos de los agentes. Parecería inexcusablemente redundante e innecesario contar con dos conceptos, “arbitrariedad” e “ilegalidad” si ambos coincidieran completamente en cuanto a su intensidad y no hubiera en ellos nada que los distinguiera. Igualmente, considerar que lo arbitrario tiene diversas formas conllevaría, además de la innecesaria repetición conceptual señalada, también una indeseada imprecisión que no permitiría a los intérpretes del derecho distinguir si aquello que la ley prohíbe es la arbitrariedad como ilegalidad o como insuficiencia de justificación.

En cuarto lugar, la importancia en la distinción conceptual de ambos conceptos deviene a su vez del hecho de que las consecuencias jurídicas que puedan tener los actos o decisiones tildadas de “arbitrarios” o “ilegales” pueden ser diversas en los ordenamientos jurídicos (por ejemplo, sería el caso hipotético en el que una norma, decisión o acto ilegal pudiera ser prohibida mientras que una arbitraria pudiera ser enmendable mediante la exigencia de una mayor justificación).

Adicionalmente a los motivos indicados, es importante señalar que la distinción entre ambas nociones se encuentra perfectamente señalada por abundante jurisprudencia y legislación, la mayoría de la cual, además, se compromete no sólo con distinguir entre arbitrario e ilegal (ya sea implícita o explícitamente, prohibiendo expresamente ambas) sino también con entender arbitrario como equivalente a insuficientemente justificado. Como ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ya precisó que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que se debe interpretar de forma más amplia para encajar elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las “garantías procesales²³.” Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló en el caso *Yatama vs. Nicaragua*²⁴ que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar *debidamente fundamentadas*, pues de lo contrario serían decisiones *arbitrarias*²⁵. Asimismo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el caso *Fox, Campbell y Hartley vs. United Kingdom*²⁶, relaciona la “razonabilidad” con la arbitrariedad

²³ Comité de Derechos Humanos, Caso *Albert Womah Mukong c. Camerún*, (458/1991), 21 de julio de 1994, Doc. ONU CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.8.)

²⁴ Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 144, 153 y 164.

²⁵ Las cursivas son mías.

²⁶ ECHR, Case *Fox, Campbell y Hartley v. United Kingdom*, Judgment of 30 August 1990, para. 32.

indicando que “la “razonabilidad” de la sospecha sobre la cual debe basarse un arresto forma una parte esencial de las garantías contra el arresto y la detención arbitrarias.²⁷” En la misma línea de esta corte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador²⁸, distinguió entre las nociones de arbitrariedad e ilegalidad al indicar que “la seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia *ilegal o arbitraria* de la libertad física” y, en la misma sentencia, al indicar que “las víctimas fueron *ilegal y arbitrariamente* privadas de su libertad.” (párr.263)

La legislación superior sigue en diversas ocasiones la misma línea de distinción entre nociones. Así, son muchas las constituciones que distinguen explícitamente entre ambas nociones, citándolas en su interdicción. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 9.3 de la Constitución española²⁹, el artículo 20 de la Constitución chilena³⁰, el artículo 89 de la Constitución de Ecuador³¹ o el art. 43 de la Constitución Argentina³², todas ellas diferenciando explícitamente entre ambas nociones. A nivel de jurisprudencia internacional, un ejemplo es la Convención Americana de Derechos Humanos, que distingue entre la prohibición de actos ilegales (artículo 7.2) de la interdicción de la arbitrariedad (artículo 7.3)³³ estableciendo estas en diferentes subapartados.

²⁷ Continúa indicando que “tener una sospecha razonable” presupone la existencia de hechos o información que puedan satisfacer a un observador objetivo sobre que la persona en cuestión haya cometido el delito. Aquello considerado “razonable” dependerá de todas las circunstancias.”

²⁸ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr.53.

²⁹ Que cita “La Constitución garantiza *el principio de legalidad*, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y *la interdicción de la arbitrariedad* de los poderes públicos.” Las cursivas son mías.

³⁰ Dice el texto “El que por causa de actos u omisiones *arbitrarios o ilegales*, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos (...) en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.” Las cursivas son mías.

³¹ Dicho artículo indica “La acción de *habeas corpus* tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma *ilegal, arbitraria o ilegítima*, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.” Las cursivas son mías.

³² Dicho artículo cita “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, *con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.” Las cursivas son mías.

³³ Dicho artículo cita “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones *fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes* dictadas conforme a ellas; 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento *arbitrarios*.”

Es amplísima la jurisprudencia y legislación que diferencian claramente entre las nociones “arbitrario” e “ilegal”, evidenciando claramente que se trata de dos conceptos jurídicos distintos, así como apoyando la idea de que “arbitrario” es aquel acto, norma o decisión insuficientemente injustificada. Además, la misma Mindus indica que el uso que entiende arbitrario como irracional (correspondiendo en la nueva clasificación como “insuficientemente injustificado”) es el más común.

Así, tras la crítica presentada y por las razones anteriormente esbozadas, propongo la alternativa tipológica siguiente que se diferenciaría de la presentada por Mindus.

Noción de “arbitrario” en el derecho

Insuficientemente justificado

Por irracional

Por irrazonable

Creo haber argumentado con suficiencia en esta sección sobre los motivos por los que considero que el uso que pretende hacer equivaler lo arbitrario con ilegal es incorrecto y, por ello, debería despreciarse. Entre los argumentos dados, considero el problema de la inseguridad jurídica que dicha analogía entre los dos términos puede conllevar como el más grave, así como razón suficiente para dejar de reproducir dicho uso y pasar a tildarlo como inadecuado. Así, una tipología de los usos (correctos) del término “arbitrario” debería eliminar la primera de las categorías presentadas por Mindus que hace equivaler arbitrario con ilegal.

Por último, y a modo de crítica al texto de Mindus, indicaré que echo en falta en dicho escrito un mayor número de ejemplos explícitos de autores que, en efecto, hagan uso de esta noción de arbitrariedad equivalente a ilegalidad. En el texto, la autora tan sólo hace aparecer una breve mención a De Groot y Vink³⁴, por lo que no permite al lector hacerse una idea de lo extendido de este (incorrecto) uso del término “arbitrario”, ni entre la doctrina ni entre la jurisprudencia. Asimismo, en los ejemplos que Mindus hace aparecer en la sección 5, según la autora, paradigmáticos de conductas “arbitrarias”

³⁴ Sin especificar en la bibliografía la obra, asumimos por el año que se refiere a DE GROOT, Gerard René. y VINK, Maarten P., “Best Practices in Involuntary Loss of Nationality in the EU”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, 73 (2014).

entendidas como “ilegales”³⁵, no queda claro en qué medida se deberían tildar dichos sucesos como “arbitrarios” en lugar de meramente como “ilegales”.

4. Conclusiones

En las anteriores páginas he presentado la tipología de usos de la noción de arbitrariedad diseñada por Patricia Mindus, así como algunas críticas relevantes al diseño tipológico y a uno de los usos señalados. He indicado que dicho trabajo hace una distinción conceptual del término “arbitrario” en diversos ámbitos semánticos, particularmente en la filosofía y el derecho. También he mostrado como la autora señala las diferentes nociones existentes en cada uno de dichos ámbitos, acabando su escrito presentando ejemplos prácticos en el ámbito de las migraciones de algunas decisiones arbitrarias acorde a cada una de las acepciones de la noción jurídica.

Asimismo, he argumentado porqué considero que el valor del artículo se halla, principalmente, en la claridad conceptual que aporta la distinción entre ámbitos semánticos presentada. Por ejemplo, con dicha distinción consigue la autora evidenciar que algunos de los participantes en los estudios de migración a menudo confunden las nociones propias de diferentes ámbitos semánticos, utilizando nociones filosóficas para describir y criticar leyes migratorias, trayendo con ello confusión al debate.

En relación a las formas jurídicas de arbitrariedad, el texto de Mindus se apoya en la triádica clasificación de nociones de “arbitrariedad” presentada por Cuono, que considera que “arbitrario” en sentido jurídico se hace equivaler a veces a “ilegal”, otras a “irracional” y otras a “discriminatorio”. El aporte principal de este escrito ha sido la presentación de una crítica argumentada en relación tanto a la tipología como al incorrecto uso que entiende “arbitrario” como análogo a “ilegal”. Igualmente, he argumentado porqué considero que la segunda y la tercera de las formas presentadas deberían aunarse en una misma figura titulada “arbitrario como insuficientemente justificado”. Lo virtuoso de la clasificación aquí sugerida es que se evitarían potenciales problemas interpretativos a la hora de dirigirse a los textos jurídicos que explícitamente prohíben la arbitrariedad. Por último, en este texto he señalado también que esta forma de entender la arbitrariedad se acerca a la forma filosófica que entiende arbitrario como insuficientemente

³⁵ Estos son el ejemplo de la “*Pacific solution*” y los “*illegal migrants*” (página 22).

justificado, siendo que la diferencia entre ambas nociones recaería, pues, en el tipo o naturaleza de las razones (in)existentes (morales unas, legales otras).

5. Bibliografía

- AMAYA, A.; *The tapestry of reason: An inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument*. Hart, 2015.
- CUONO, M.; *Decidere per caso: Figure del potere arbitrario*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.
- CUONO, M. & MINDUS, P.; "Verso una teoria del diritto per l'età delle migrazioni di massa: Una tipologia del potere arbitrario", *Rivista Di Filosofia Del Diritto - Journal of Legal Philosophy*, 1, 2018, pp. 11–32.
- DE GROOT, G-R, & VINK, M. P.; "Best Practices in Involuntary Loss of Nationality in the EU", *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, 73, 2014.
- DE LAUBADÈRE, A., VENEZIA, J- C., & GAUDEMET, Y.; *Traité de droit administratif. Tome 1* (14. éd). Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.
- FERNÁNDEZ, T. R.; *Arbitrariedad y discrecionalidad* (1. ed). Civitas, 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, 30, 1959, pp. 131–166.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?", *Revista de Administración Pública*, 124, 1991, pp. 211–230.
- IGARTUA, J.; "Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial", *RVAP*, 1996, pp. 46:95.
- LEIBHOLZ, G.; *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, C.H. Beck, 1959.
- LIFANTE VIDAL, I.; "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 25, 2002, pp. 413.
- MESQUINA, J.; "El concepto de discrecionalidad y su control", *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, 37, 2003, pp. 337–358.
- MINDUS, P.; *Cittadini e no: Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*. Firenze University Press, 2014.
- MINDUS, P.; *Hacia una Teoría Funcionalista de la Ciudadanía*. Marcial Pons, 2019.
- MINDUS, P.; "Towards a Theory of Arbitrary Law-making in Migration Policy", *Etikk i Praksis - Nordic Journal of Applied Ethics*, 14(2), 2020, pp. 9–33.
- MORESO, J. J.; *Lo normativo: Variedades y variaciones*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
- PRATS, E.; "Cuestiones de Estatus: Una mirada a «Hacia una teoría funcionalista de la ciudadanía» de Patricia Mindus", *Latin American Journal of Human Rights*, 1(1), 2021.
- PRIETO DE PEDRO, J.; "Lenguaje jurídico y estado de derecho", *Revista de Administración Pública*, 40, 1996, pp. 111–129.
- REBELO DE SOUSA, M., y SALGADO DE MATOS, A.; *Direito administrativo geral* 1, 1., Dom Quixote, 2008.
- ŽGUR, M.; "The non-citizen The «ins» and «outs» of «Cittadini e no: Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione» by Patricia Mindus", *Ragion Pratica*, 44, 2015, pp. 265–273.