

ción recta, p. ej., ordenada al bien humano, aunque en cuanto que esa acción buena es, en el sentido modélico, efecto de la verdad del juicio práctico; puede denominarse también, aunque de modo extrínseco, "acción verdadera"; iv) de todo lo anterior puede concluirse que, en palabras de Soaje Ramos, "la verdad es una propiedad del conocimiento verdadero, sea teórico o práctico; y será, respectivamente, teórica o práctica. La segunda (...) es constitutivamente una verdad de dirección (o regulación) de la praxis humana" (53).

Ahora bien, tratándose en el caso de la interpretación jurídica de una interpretación, p. ej., de un conocimiento de carácter práctico, su verdad será también práctica y, por lo tanto, consistirá en la adecuación o conmensuración de la proposición interpretativa, v.g., "el texto normativo *tn* significa *ax*", con la relación deóntico-normativa por la que una determinada acción (a) se ordena efectivamente a un bien exigido en esa situación determinada (x). Dicho de otro modo: si la interpretación (entendida como resultado cognoscitivo de un proceso interpretativo) de un texto normativo expresa correctamente la ordenación, formulada en el texto normativo, de una determinada acción humana hacia un bien humano, se estará en presencia de una interpretación verdadera; en el caso contrario, la interpretación resultará falsa (54). Y esto se da en todos los niveles del conocimiento práctico: principal, normativo o prudencial (55), si bien en este contexto se ha hecho referencia preponderantemente al nivel prudencial, por tratarse, indudablemente, del más práctico de los tres.

## V. CONCLUSIONES SOBRE IUSNATURALISMO E INTERPRETACIÓN

Si bien el tema abordado es de una complejidad y de una extensión que hacen imposible un tratamiento exhaustivo en el espacio de un artículo, de los desarrollos realizados resulta posible extraer algunas conclusiones, aunque más no sea provisionales y sujetas a una reformulación ulterior; ellas son las siguientes:

a) A pesar de que, en general, los autores iusnaturalistas contemporáneos no han desarrollado una doctrina específica de la interpretación jurídica, esta doctrina existe y es posible tematizarla a partir de las principales afirmaciones del iusnaturalismo; los resultados de esta tematización resultarán diferentes según cuál sea la versión del iusnaturalismo de que se parta; pero en todos los casos, las conclusiones a que se arribe habrán de revestir ciertos caracteres propios y asumir algunos

supuestos filosóficos, coherentes con el planteamiento iusnaturalista de base.

b) Entre estos supuestos se encuentra el del carácter constitutivamente referencial del lenguaje, que se ordena intrínsecamente, al menos en principio, hacia la designación de objetos trascendentes al mismo lenguaje; este carácter referencial es paralelo a la también constitutiva intencionalidad del conocimiento humano, que se ordena naturalmente hacia objetos que trascienden el acto mismo de conocer.

c) Un análisis medianamente prolijo de la realidad y del concepto de interpretación la muestra como indiscutiblemente analógica, p. ej., como una realidad que se presenta de muy diferentes maneras y como un concepto de designación múltiple en el marco de un significado similar; además, se trata en este caso de una analogía de atribución, p. ej., en la que una significación corresponde a un objeto de modo propio y formal y al resto por las relaciones que guardan con el analogado principal; dentro de esta atribución múltiple del concepto de interpretación, la que tiene por objeto textos lingüísticos es la que puede considerarse primera y principal.

d) En el caso de la interpretación jurídica en sentido estricto, p. ej., de la interpretación de textos normativo-jurídicos, el referente de los textos interpretados es una relación de conformidad entre las acciones involucradas y alguna de las dimensiones del bien común, p. ej., de los bienes humanos básicos en su realización en el marco de la comunidad completa o política; si se utiliza la palabra "justicia" para designar esas dimensiones del bien común, debe sostenerse que el criterio principal de la interpretación jurídica, el axioma de esa interpretación, es el que prescribe indagar y adoptar aquella interpretación que resulta la más justa en el caso concreto; escribe a ese respecto Finnis que "una interpretación jurídica correcta (*properly*) no estará dispuesta a considerar autoritativo a un significado injusto, como si se tratara de uno justo" (56).

e) Por otra parte, la concepción iusnaturalista de la interpretación jurídica es, al menos desde la perspectiva que se ha adoptado en este trabajo, constitutivamente veritativa, p. ej., susceptible de ser incluida dentro de las categorías de la verdad o de la falsedad; por supuesto que la verdad de que se trata en estos casos es una verdad de carácter práctico, que reviste caracteres especiales que la diferencian de la que corresponde a las proposiciones teóricas o descriptivas; pero

(53) Soaje Ramos, Guido, "La verdad práctico-moral desde Aristóteles al Aquinate (Una consideración gnoseo-epistemológica)", en *Ethos*, ns. 23-25, Buenos Aires, 1998, p. 275.

(54) Un problema vinculado, pero diferente del que se está abordando, es el de los procedimientos de verificación de las proposiciones prácticas; sobre ese tema, ver Kalinowski, Georges, "El problema de la verdad...", cit., *passim*.

(55) Ver Simon, Yves, "Critique de la connaissance morale", Ed. Desclée, París, 1934, *passim*.

(56) Finnis, John M., "The Priority of Persons...", cit., p. 13.

no obstante estas diferencias, el concepto de verdad permanece el mismo: una interpretación resultará verdadera cuando la proposición que la expresa resulta adecuada o conmensurada a la realidad deóntica constituida por la ordenación efectiva de la conducta al bien humano común; dicho en otras palabras: una interpretación será verdadera cuando lo que ella expresa resulta ser la dirección o la regulación de la conducta más adecuada para la realización del bien humano en la situación de que se trate y resultará, consiguientemente, falsa en el caso contrario.

f) Este carácter referencial, objetivo y veritativo que reviste la interpretación de textos jurídicos desde una perspectiva iusnaturalista, permite resolver de modo satisfactorio, a la vez que riguroso y racionalmente justificado, la gran mayoría de los problemas que se plantean a la interpretación jurídica en la literatura contemporánea; entre estos problemas se han apuntado los que conciernen a la indeterminación, irresolubilidad y alta conflictualidad de las diferentes interpretaciones en un campo, como es el del derecho, donde la certidumbre, la posibilidad de objetivación y determina-

ción de lo debido resultan exigencias constitutivas (57). Desde la perspectiva iusnaturalista se ofrece a la teoría jurídica actual un contexto de ideas en el cual esos problemas pueden alcanzar soluciones satisfactorias y racionalmente justificadas; es por ello que Mauricio Ferraris sostiene con acierto que "es imposible, no se puede vivir sin los procedimientos que conducen a la verdad. O más bien: uno puede muy bien vivir sin *alétheia*, por no sin *adaequatio*" (58).

g) Esto último adquiere especial relevancia en un ámbito enormemente complejo y lleno de virtualidades como lo es el de la interpretación constitucional, en la que la referencia a los bienes o valores humanos resulta un recurso habitual o inexcusable; "es difícil pensar -escribe David O. Brink- cómo gran parte de la interpretación constitucional pueda quedar libre de valores" (59); y muy especialmente resulta imposible concepcionar la interpretación constitucional sin una verdad acerca de los bienes y valores humanos; en este punto, por lo tanto, el iusnaturalismo tiene un enorme y fructífero aporte que efectuar al pensamiento jurídico de los inicios de este nuevo siglo.

## Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación del derecho

Por Juan B. Etcheverry (\*)

### SUMARIO:

I. Introducción.- II. Las causas de la discrecionalidad judicial.- III. La naturaleza de la discrecionalidad judicial.- IV. Conclusiones

### I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya muchos años, la idea o el ideal de que el derecho positivo resulta capaz de ofrecer una única respuesta correcta a todo caso posible, sin que resulte necesario apelar a ningún otro elemento ajeno a éste, ha ido perdiendo adeptos al punto que en la actualidad sólo parecen escucharse algunos ecos, no tan claros y rotundos, de esta afirmación.

Las críticas al legalismo y al logicismo jurídicos iniciadas en la segunda mitad del siglo XIX y que se extendieron sobre buena parte del siglo XX han terminado desterrando las visiones ingenuas sobre la interpretación y la aplicación del derecho defendidas por las escuelas formalistas.

El rechazo del formalismo en la interpretación y en la aplicación del derecho puede hacernos suponer que

(57) Ver Canale, Damiano, "Forme del limite nell'interpretazione giudiziale", Ed. CEDAM, Padova, 2003, ps. 13-29.

(58) Ferraris, Mauricio, "La hermenéutica", J. L. Bernal (trad.), Ed. Taurus, México, 2003, p. 113.

(59) Brink, David O., "Legal Interpretation, Objectivity and Morality", en AA.VV., "Objectivity in Law and Morals", B. Leiter (ed.), Ed. Cambridge U. P., Cambridge, 2001, p. 39.

(\*) Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Austral e investigador del Conicet (jbetcheverry@austral.edu.ar). Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Técnica e Innovación Productiva y por la Universidad Austral.

no existe otra alternativa que el irracionalismo o la arbitrariedad. Sin embargo, existe al menos la posibilidad de que los jueces interpreten y apliquen el derecho de forma discrecional.

Con el presente trabajo buscamos iluminar el lugar, el alcance y los límites de la discreción de los jueces en la interpretación y aplicación del derecho. Para ello, ahondaremos en las causas de la discrecionalidad judicial y en la explicación de su naturaleza y características. Del desarrollo de estas cuestiones se espera lograr responder a las siguientes preguntas ineludibles para comprender el fenómeno de la discrecionalidad judicial: i) ¿es inevitable que los jueces gocen de algún tipo de discrecionalidad al momento de resolver los casos que se les plantean?, ii) ¿puede ser incluso deseable que en algunos casos los jueces gocen de dicha discrecionalidad al decidir?, iii) ¿en qué medida la discrecionalidad judicial supone la facultad de decidir libremente?, iv) ¿en qué se parece y diferencia la discrecionalidad de la arbitrariedad?, y v) ¿deciden normalmente los jueces de modo discrecional?, vi) ¿son discrecionales todas las decisiones judiciales que tienen en cuenta criterios jurídicos valorativos?

## II. LAS CAUSAS DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Como acaba de sugerirse, los teóricos del derecho han ido despertando del noble sueño de la doctrina de la jurisprudencia mecánica a medida que ha reconocido la existencia de lagunas y de antinomias en los ordenamientos jurídicos y han tomado conciencia de lo vago que en muchos casos resulta el lenguaje por medio del que se expresa el derecho.

No tiene sentido reproducir aquí toda la crítica al formalismo y al logicismo que termina develando lo ilusorio que resulta la idea de que los tribunales aplican

mecánicamente las normas por medio de silogismos avalorativos de subsunción. No obstante, puede resultar clarificador recordar ahora algunas de sus ideas relevantes.

Muy sintéticamente, dichas críticas han mostrado que en algunas oportunidades, el derecho no ofrece normas capaces de dar una respuesta unívoca –laguna– (1). En esta situación, el operador jurídico encargado de dirimir la cuestión debe decidir sobre la base de argumentos o razones que van más allá de los que le proveen las normas jurídicas positivas.

Además, también han observado cómo, a veces, el derecho ofrece dos o más normas jurídicas positivas que pueden ser aplicadas a un caso y que conllevan a soluciones incompatibles entre sí –antinomias–. En estos casos, si el derecho no prevé una prelación entre ellas, nuevamente el operador jurídico encargado de dirimir la cuestión debe hacerlo sobre la base de argumentos o razones que van más allá de los que le proveen las normas jurídicas positivas (2).

El de las lagunas y de las antinomias o de los llamados defectos lógicos de los sistemas jurídicos es un tema que ha sido ampliamente debatido en la tradición continental desde hace ya más de un siglo (3). No obstante, en la tradición anglosajona, esta problemática ha sido abordada principalmente desde el problema de la “textura abierta” del lenguaje por medio del cual se expresa el derecho.

En concreto, se advierte que el lenguaje jurídico, en tanto lenguaje humano, posee núcleos de significado claro –casos claros o paradigmáticos– en los que existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de un término y zonas de penumbra en las que se experimentan los límites de la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Por esto, sin importar la técnica legislativa

que se utilice para comunicar los criterios generales de conducta, y por más que en muchos casos dichas pautas operen sin dificultades, algún punto de su aplicación será dudoso y, por lo tanto, indeterminado (4). En estos casos dudosos, el derecho no resulta capaz de ofrecer una única respuesta correcta a una cuestión jurídica.

Por otra parte, las posibilidades de caer nuevamente en el ensueño del formalismo legalista se han disipado de la mano de lo insuficiente que fueron resultando los intentos de solucionar definitivamente todas las causales de indeterminación jurídica propuestas por la ciencia jurídica. La inviabilidad política y técnica del intento de resolución de las lagunas por medio del *référé legislatif* no tardó en hacerse notar. No mucho mejor suerte tuvo el intento de negar lógicamente las lagunas recurriendo a una norma de clausura de todo el ordenamiento jurídico no explícita ni positiva y que considera todo lo no previsto legalmente como jurídicamente irrelevante o permitido (5). Con respecto de las antinomias, los criterios de prelación ofrecidos para su solución –v.g., temporalidad, especialidad, jerarquía– no logran resolver, por ejemplo, los conflictos de derechos fundamentales. Tampoco tienen un éxito definitivo las reglas de interpretación para solucionar los casos en los que el lenguaje jurídico se toma vago. Esta dificultad permanece, entre otras cosas, porque en muchos casos la aplicación de estas mismas reglas de interpretación resulta vaga (6).

En definitiva, básicamente tres son las causas por las que inevitablemente algunas cuestiones jurídicas ter-

minan siendo indeterminadas: las lagunas, las antinomias y la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el derecho.

La discrecionalidad judicial se presenta como la consecuencia ineludible de la relativa indeterminación del derecho. Más en concreto, es el resultado inevitable de la indeterminación jurídica, normalmente complementada con el deber, expresamente incluido en toda la codificación moderna, que tienen los operadores jurídicos de resolver todos los casos que caen bajo su ámbito de competencia (7).

Junto con el reconocimiento de que la aplicación mecánica del derecho resulta *irrealizable* porque el ordenamiento legal no es capaz de ofrecer una respuesta unívoca para todo conflicto, ha tomado fuerza la idea de que puede resultar *deseable* un poder judicial capaz de completar las insuficiencias legales, morigerar sus rigideces y salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Dicho de otro modo, la discrecionalidad que tienen los jueces en la actualidad para decidir no es únicamente fruto de la relativa e *inevitable* indeterminación jurídica, sino también del hecho de que los constituyentes y los legisladores actuales en alguna medida la han considerado *deseable* (8). En este sentido, pareciera que han caído en la cuenta de que intentar excluir toda incertidumbre a cualquier precio no es un acierto.

Por un lado, se ha terminado reconociendo la necesidad de incorporar principios valorativos para superar los llamados defectos lógicos del ordenamiento jurídico.

(4) Cfr. Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, G. Camó (trad.), “El concepto de derecho”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, ps. 157-159.

(5) Cfr. Sema, Pedro, “Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos”, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 33. Un estudio detallado sobre esta problemática puede verse en Lombardi Vallauri, Luigi, *Corso di Filosofia del Diritto*, Ed. Cedam, Padova, 1981, ps. 25-115.

(6) Waluchow llama a esto “vaguedad de segundo orden” y considera que por este tipo de vaguedad resulta inevitable que los jueces en algunos casos decidan discrecionalmente. Cfr. Waluchow, Wilfrid, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, ps. 241 y ss.

(7) Por ejemplo, el art. 15, CCiv. argentino, establece: “(l)os jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. Además, la primera parte del art. 273, CPen. argentino, establece: “(s)erá reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley”. Para algunos autores, es precisamente la existencia de este deber lo que conecta la ausencia de respuesta correcta, propia de la indeterminación jurídica, con la idea de la discrecionalidad judicial. Cfr. Lombardi Vallauri, Luigi, *Corso di Filosofia...*, cit., ps. 40-41; e Iglesias Vila, María Luisa, “El problema de la discreción judicial”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 35. Hart parece reconocer esto cuando sugiere que la discrecionalidad judicial surge cuando un juez ha de llegar a una decisión y no puede inhibir su jurisdicción o remitir el asunto al Legislativo. Cfr. Hart, Herbert L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, Sistema 36, 1990, ps. 5-6. Por su parte, al describir la creación judicial del derecho, Raz advierte cómo a menudo las facultades legislativas delegadas están sujetas al deber de legislar. Cfr. Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, M. L. Melón (trad.), “La ética en el ámbito público”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001, p. 263.

(8) Autores como Endicott observan que por más que los legisladores pretendan desarrollar un derecho preciso, la necesidad de que las normas regulen una amplia variedad de casos hace que muchas veces se compongan de estándares abstractos y, por consiguiente, vagos. Por otra parte, también se observa que debido a que el derecho es sistémico y ha de ser interpretado, las formulaciones precisas no siempre garantizan normas precisas. Por último, también se enfatiza en la idea de que puede ser desaconsejable que todas las normas sean precisas porque pueden producir más arbitrariedad de la que intentan evitar. Cfr. Endicott, William T., *Law is Necessarily Vague*, *Legal Theory* 7, 2001, ps. 377-383, P. Navarro (trad.), “El derecho es necesariamente vago”, en Palabras y reglas. Ensayos de filosofía del derecho, Ed. Fontamara, México, 2004, ps. 72-83.

Así, se prefiere reconocer que algunos casos no tienen una respuesta jurídica determinada y otorgar a los jueces facultades discrecionales orientadas por principios, para que puedan decidir teniendo en cuenta las circunstancias particulares, en lugar de aplicar forzosamente un derecho a casos que no fueron previstos (9). Por ello, algunos autores llegan a afirmar que en estos casos, los funcionarios judiciales reciben de forma delegada la función de producir nuevas normas (10). En otras palabras, la referencia legal a principios y estándares cuya interpretación y aplicación suponen delegar algunos márgenes de discrecionalidad en los tribunales permite comparar el proceso de determinación del derecho para el caso concreto con un procedimiento de decisión en varias etapas. Si bien el constituyente y el legislador son concientes que sobre ellos recae la responsabilidad de decidir el contenido de las normas del ordenamiento jurídico, de algún modo advierten que en algunos casos, la carga de su tarea les impide hacerlo de modo definitivo y completo y con toda la información necesaria. Por ello, en estos casos, se conforman con dejar delineado el marco sobre la base del cual se tomará una decisión, para que los tribunales, con más información y en mejores condiciones, terminen de decidir. En este sentido, podría decirse que esta delegación de facultades que hacen los órganos legislativos sobre los judiciales está relacionada con la capacidad del derecho para regular su propio desarrollo (11).

Por otra parte, los diseños institucionales han ido incorporando crecientemente principios valorativos no sólo para superar los llamados defectos lógicos del ordenamiento jurídico, sino también para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Un ejemplo claro de esto puede observarse en el proceso de reordenación política que llevaron adelante varias naciones europeas después de la Segunda Guerra Mundial por el cual pasaron de un Estado legal de derecho a un Estado material de derecho. Entre otras

cosas, dicho cambio se caracteriza por la incorporación en las constituciones de: i) derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos como principios que vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho directamente aplicable; y ii) sistemas de control judicial de constitucionalidad (12).

La interpretación y la aplicación de estos principios, que funcionan como criterios de la validez jurídica del resto de las normas, requiere un tipo de razonamiento práctico que no es meramente formal o no valorativo (13). En este sentido, Dworkin ha advertido que los contenidos materiales recogidos en los textos constitucionales requieren una "lectura moral de la Constitución" (14). Esto es así porque los principios suelen ser generales y abstractos y no tienen una consecuencia jurídica determinada. Además, los principios suelen tener una dimensión de "peso e importancia" que hace que su aplicación no sea "a todo o nada" (15), sino que admita diferentes grados de cumplimiento. Justamente por esto puede ser que a un juez se le presenten diferentes alternativas posibles de realización de un principio que tendrá que elegir discrecionalmente.

Este diseño institucional, que impera en buena parte del mundo occidental actual, les reconoce a los jueces un lugar especialmente relevante dentro de los poderes políticos (16). De este modo, se destierra el ideal de Montesquieu de que el juez sea meramente la boca inerte que pronuncia las palabras de la ley (17). Por el contrario, en la actualidad, los jueces suelen gozar de amplias facultades jurisdiccionales para determinar la solución a los casos que les plantean e, incluso, para ejercer el control de constitucionalidad sobre la autonomía del legislador democrático.

En definitiva, como acaba de ser esbozado, al menos dos pueden ser las causas principales por las que los jueces gozan de algún tipo de discrecionalidad al decidir

(9) Cfr. Hart, Herbert L. A., "Postscript", en *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, ps. 251-252. En el fondo se afirma que esto es una ventaja porque permite que las normas puedan ser interpretadas "razonablemente" cuando son aplicadas a casos no previstos por el legislador. Cfr. Bix, Brian, "Law, Language, and Legal Determinacy", Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 8.

(10) Cfr. Hart, Herbert L. A., "El concepto de derecho...", cit., p. 169; y Raz, Joseph, "La ética en el ámbito público...", cit., ps. 265 y ss.

(11) Cfr. Raz, Joseph, "La ética en el ámbito...", cit., ps. 259-276.

(12) Etcheverry, Juan B., "La práctica del derecho en tiempos del neconstitucionalismo", LL 2011-A-2.

(13) En un trabajo reciente, Zambrano trabaja esta cuestión. Cfr. Zambrano, Pilar, "La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad", UNAM, México, 2009, *passim*.

(14) Cfr. Dworkin, Ronald, "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", en Dworkin, Ronald, "Freedom's Law", Harvard University Press, Cambridge, 1996, ps. 1-38.

(15) Cfr. Dworkin, Ronald, "Taking Rights Seriously", London, Duckworth, 1979, ps. 24-26. Sobre la distinción entre principios y reglas, cfr., entre otros, Cianciardo, Juan, "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 108, 2003, ps. 891-906.

(16) Otras razones, vinculadas con las mencionadas, pueden verse en Matem, Jürge F., "El error judicial y la formación de los jueces", Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, ps. 11 y ss.

(17) Montesquieu, "De l'esprit des lois", M. Blázquez y P. Vega (trads.), "El espíritu de las leyes", Ed. Orbis, Barcelona, libro XI, cap. VI.

los casos que se les presentan. Por un lado, el ordenamiento parece incapaz de prever una única respuesta para cada posible caso que surja. Por otra parte, el constituyente y el legislador actual valoran que los jueces en algunos casos puedan controlar la solución ofrecida por el legislador o terminar de determinar la solución para algunos casos complejos.

### III. LA NATURALEZA DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Explicado por qué resulta inevitable (18) —y hasta deseable— que en algunos casos las normas jurídicas positivas no ofrezcan una única respuesta jurídica correcta y que, por lo tanto, al menos en dichos casos los jueces decidan discrecionalmente, a continuación se abordará la cuestión de la naturaleza dicha discrecionalidad.

En general, la noción de "discreción" y, en particular, la de "discrecionalidad judicial" hacen referencia a una

#### a) La discrecionalidad judicial como elección

Existe un cierto acuerdo entre los autores que reflexionan acerca del fenómeno de la discrecionalidad judicial en presentarla como una "elección entre alternativas abiertas" (20). Este modo de entenderla parece suponer que ha de ser caracterizada como un acto voluntario que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras (21). Esto

(18) Varios autores presentan a la discrecionalidad judicial como un fenómeno no sólo inevitable, sino también deseable. Por ejemplo, Hart sostiene que es preferible admitir que el derecho sea indeterminado en algunos casos. Incluso es preferible que en algunos casos sea el propio legislador el que, delegando potestades legislativas, coloque intencionalmente en algunas normas jurídicas estándares muy abiertos o vagos y que sean los jueces quienes los determinen sobre la base de sus juicios discrecionales, antes que intentar excluir toda incertidumbre por medio de técnicas para las que bastaría con la presencia de algunas "características" de los "casos obvios" para que pueda ser aplicada una regla, sin importar qué "características restantes" concurren o cuáles "faltan" en el caso concreto, ni las "consecuencias sociales" de aplicar una regla de esta manera. De hecho, Hart considera que el precio que ha de pagarse por utilizar este tipo de técnicas es que se prejuzgue "ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos"; casos que "sólo pueden ser razonablemente resueltos cuando se presentan y son identificados". Dicho de otra manera, este tipo de técnica terminará inevitablemente incluyendo "en el campo de aplicación casos que deseáramos excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables...". Hart, Herbert L. A., "El concepto de derecho...", cit., ps. 160-162. Por ello, Waluchow sostiene que Hart presenta un argumento a favor de la discrecionalidad judicial, al que llama "el argumento de la conveniencia" (*The desirability argument*). Cfr. Waluchow, Wilfrid, "Inclusive Legal Positivism", Clarendon Press, Oxford, 1994, ps. 250-254. Bix interpreta a Hart en este mismo sentido. Cfr. Bix, Brian, "Law, Language, and Legal Determinacy", Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 8. En esta línea, Endicott ha hecho recientemente algunos esfuerzos por intentar explicar por qué el derecho es "necesariamente vago" y, por lo tanto, relativamente indeterminado. Al respecto, ha ofrecido tres argumentos. El primero de ellos sugiere que el legislador es consciente de que la precisión, que es contraria a la vaguedad, no siempre es útil para regular las conductas. En este sentido, advierte que sin estándares vagos no podría regularse la amplia variedad de cosas que necesitan ordenar los sistemas jurídicos. Dicho de otra manera, que sólo se puede regular la vida de una comunidad en toda su riqueza si se utilizan estándares abstractos —como conducción "peligrosa", "imprudente", etc.— y, por lo tanto, vagos. Un segundo argumento busca mostrar que la precisión no es necesariamente buena. Si bien posee algunos beneficios, normalmente relacionados con el Estado de derecho —v.gr., la previsibilidad—, también hay que reconocer que normalmente desmejora la capacidad del derecho para conseguir otros de sus objetivos. Por último, advierte que las formulaciones precisas no siempre consiguen normas precisas, porque el derecho cuenta con técnicas, como las interpretativas, de las que dependen los efectos jurídicos de las normas y por medio de las cuales su precisión puede ser relativizada. En este sentido, advierte que la naturaleza sistémica del derecho hace que la búsqueda de precisión legislativa no sea capaz de obtener un gran éxito, porque cuando la precisión conduzca a una mayor arbitrariedad, los funcionarios incrementarán la búsqueda de razones jurídicas para mitigarla. Cfr. Endicott, William T., "Vagueness in Law", Oxford University Press, Oxford, 2003, ps. 190 y ss., y "El derecho es necesariamente vago", en "Palabras y reglas. Ensayos de filosofía del derecho", Ed. Fontamara, México, 2004, ps. 74-81.

(19) Para una explicación sobre los usos del término "discreción", cfr. Iglesias Vila, María Luisa, "El problema de la discreción...", cit., ps. 24 y ss. Conocida es la distinción ofrecida por Dworkin entre los distintos sentidos en que puede hablarse de "discrecionalidad judicial". Específicamente, la distinción que propone entre discrecionalidad "fuerte" —que se da cuando respecto de algún problema quien decide simplemente no está vinculado por estándares impuestos por otra autoridad jurídica— y "débil" —que se da cuando quien decide debe aplicar normas que le exigen un discernimiento o cuando la decisión que toma un funcionario no puede ser revisada ni anulada—. Cfr. Dworkin, Ronald, "Taking rights seriously", London, Duckworth, 1977, M. Guastavino (trad.), "Los derechos en serio", Ed. Ariel, Barcelona, 1984, ps. 83-86.

(20) Cfr. Hart, Herbert L. A., "El concepto de derecho...", cit., p. 160, énfasis añadido.

(21) Cfr. Waluchow, Wilfrid, "Inclusive Legal Positivism...", cit., p. 229.

supone un cierto (22) margen de autonomía (23), libertad (24) o falta de control (25) para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica (26).

### 1.- La discrecionalidad judicial como elección ¿devida?

Si la discrecionalidad judicial es concebida como una elección que otorga un margen de autonomía o libertad, puede pensarse que dicha elección sea mera o solamente una facultad de quien decide. Más aun, puede pensarse que esta idea queda reforzada con la concepción de estos casos como desarrollo o creación judicial del derecho, donde los tribunales gozan de una potestad legislativa delegada (27). No obstante, como ha sido explicado, este margen de libertad que se da a quien decide normalmente se complementa con el deber de resolver impuesto a los jueces (28).

### 2.- La discrecionalidad judicial como elección no arbitraria

Nuevamente, si bien la idea de que la discrecionalidad judicial supone una elección pareciera implicar la ausencia de razones jurídicas para la selección de la respuesta definitiva, esto no significa que dicha elección pueda ser considerada arbitraria o irracional (29). Como

dice Hart, cuando el derecho resulte indeterminado, por lo tanto, haya de decidirse de forma discrecional, "...el juez debe ejercer su poder de creación de derecho, pero no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión..." (30). En este sentido, puede decirse que cuando los jueces deciden discrecionalmente no meramente deciden sin justificar, por ejemplo, "arrojando una moneda" y dejando el resultado a la suerte (31). En cambio, como sugiere Waluchow, al decidir discrecionalmente, los jueces buscan "...una respuesta razonable que desarrolle y amplíe el derecho de una forma razonable, defendible, pero no necesariamente única" (32).

En definitiva, con lo hasta aquí expuesto podría caracterizarse la decisión discrecional como una *elección no arbitraria y limitada*. Así, por un lado, la discrecionalidad judicial podría ser catalogada como una *libertad* "relativa" --no absoluta-- y "negativa", es decir, que se tiene sólo para elegir entre un grupo de alternativas posibles (33). Además, las decisiones discrecionales no son consideradas como actuaciones arbitrarias. Dicho de otro modo, en tanto decisión judicial, la decisión discrecional también ha de estar justificada; es decir, siempre ha de basarse en razones generales (34).

(22) Bix hace hincapié en lo limitada que resulta la libertad que otorga la discrecionalidad judicial. Cfr. Bix, Law, "Language, and Legal Determinacy...", cit., p. 27.

(23) Cfr. Schauer, Frederick, "Playing by the Rules", Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 222.

(24) Destacando este aspecto de la discrecionalidad, Endicott la define como un "poder para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular". Cfr. Endicott, William T., "Raz on Gaps-the Surprising Part", en L. Meyer, S. Paulson y T. Pogge (eds.), "Rights, Culture, and the Law", Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 110. Coleman considera que una norma discrecional es aquella que los jueces son libres de "ignorar". Cfr. Coleman, James, "The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory", Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 107.

(25) Waluchow define la discrecionalidad judicial de forma negativa sugiriendo que ella está relacionada con la falta de un estándar que "controle" o "pretenda controlar", es decir, que determine la solución de un caso. Cfr. Waluchow, Wilfrid, "Inclusive Legal Positivism...", cit., ps. 195 y ss.

(26) Cfr. Iglesias Vila, María Luisa, "El problema de la discreción...", cit., ps. 32-33; y Dworkin, Ronald, "Los derechos en serio...", cit., p. 85.

(27) Cfr. Hart, Herbert L. A., "El concepto de derecho...", cit., 169; y Raz, Joseph, "La ética en el ámbito público...", cit., ps. 265 y ss.

(28) En este sentido, al desarrollar la tesis de la discrecionalidad judicial, Hart advierte que un juez deberá decidir discrecionalmente sólo si "ha de llegar por sí mismo a una decisión en un (caso difícil) y no inhibir su jurisdicción o (como Bentham defendía) remitir el asunto al Legislativo"; Hart, Herbert L. A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico...", cit., ps. 5-6.

(29) Cfr. Hart, Herbert L. A., "El concepto de derecho...", cit., p. 159.

(30) Hart, Herbert L. A., "Postscript", en *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 273.

(31) Raz complementa lo dicho por Hart afirmando que "(a)un cuando la discreción no esté limitada o guiada en una dirección específica, los tribunales todavía están jurídicamente limitados a actuar como piensan que es mejor de acuerdo con sus creencias o valores. Si no lo hacen, si adoptan una decisión arbitraria, por ejemplo, arrojando una moneda, están violando un deber jurídico. El juez debe invocar siempre algunas razones generales. No tiene discreción cuando las razones son dictadas por el derecho. Tiene discreción cuando el derecho le requiere actuar sobre la base de razones que él piensa que son correctas, en vez de imponerle sus propios estándares". Raz, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal* 81, 1972, ps. 847-848, énfasis añadido.

(32) Waluchow, Wilfrid, "Inclusive Legal Positivism...", cit., p. 218, énfasis añadido.

(33) Cfr. Bix, Brian, "Law, Language, and Legal Determinacy...", cit., p. 27. A partir de esta idea, algunos autores hablan de una "zona de razonabilidad" dentro de la que deben tomarse las decisiones discrecionales. Al respecto, cfr. Iglesias Vila, María Luisa, "El problema de la discreción...", cit., ps. 53-56.

(34) Razones que como mínimo comprometen a actuar del mismo modo siempre que se dieran circunstancias similares. Cfr. Iglesias Vila, María Luisa, "El problema de la discreción...", cit., p. 58.

### 3.- La discrecionalidad judicial como elección entre alternativas ¿abiertas?

Si bien parece aceptada la categorización de la discrecionalidad judicial con una "elección entre alternativas abiertas", fruto de que no existiera para dicho caso una única solución jurídica positiva correcta, puede parecer confuso hasta qué punto los jueces tienen margen de maniobra si entre las alternativas que el derecho presenta como correctas han de decidir la que es más correcta (35).

Incluso si se le reconoce algún papel al razonamiento práctico general en la determinación del resultado jurídico correcto cuando las normas jurídicas positivas resultan insuficientes, contradictorias, vagas o extremadamente injustas, esto no necesariamente supone que siempre se logre llegar a un único resultado correcto (36). Esto es así por varias razones. En primer lugar, por la dimensión esencialmente contingente que suelen tener todos los problemas prácticos y que afec-

ta, consiguientemente, al razonamiento práctico necesario para determinar el derecho *prima facie* indeterminado. Si bien el razonamiento práctico se basa en principios en cierto modo necesarios --que van desde principios tan generales, como el que establece hacer el bien y evitar el mal a otros más específicos, como los que buscan evitar los resultados absurdos--, su aplicación a casos particulares resulta en muchos casos contingente (37). Y ello no sólo porque las situaciones de hecho difieren mucho entre sí, sino también porque la conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones igualmente racionales, al menos en principio y muchas veces también en último término. A ello se han referido recientemente algunos autores destacando la inconmensurabilidad de cierto tipo de bienes y razones. Por ejemplo, no parece razonable afirmar *a priori* que "un buen tango" es mejor que "un bello vals" o que es mejor "pasar un rato leyendo un libro" que "jugando un partido de fútbol". En estos casos, la decisión no involucra exclusivamente elementos racionales, en el sentido de que no puede guiarse siem-

(35) En autores como Hart, la ambigüedad parece explicarse en su posición de dejar abierta la cuestión de la objetividad de la moral o del razonamiento práctico. Cfr. Hart, Herbert L. A., "Postscript", cit., p. 254. Como es evidente, si la moral no es objetiva, no habría más motivos para decidir entre las alternativas abiertas que las preferencias subjetivas del juez, que es casualmente en lo que se basaría la libre elección entre dichas posibilidades. Raz, en cambio, admite expresamente la objetividad de, al menos, algunos criterios morales y no vincula la discrecionalidad judicial con una elección. De hecho, sostiene que los jueces poseen discrecionalidad incluso cuando el derecho ordena actuar conforme a estándares determinados considerados extrajurídicos --v.gr., cuando los jueces aplican las normas de conflicto de derecho internacional privado--. Como es evidente, en este tipo de casos, los jueces no tienen por qué tener que elegir necesariamente entre alternativas abiertas. Otros autores analíticos, si bien reconocen la objetividad y la determinación de, al menos, algunos criterios morales, no aclaran cómo es posible y en qué sentido la indeterminación jurídica necesariamente implica que los jueces deciden entre alternativas abiertas si además tienen la obligación de decidir conforme a lo que consideran más correcto, según sus creencias y valores. Waluchow sostiene que los jueces tienen discrecionalidad cuando los estándares autoritativos --que "ejercen un control" (sólo parcial) sobre sus decisiones-- no ofrecen una única respuesta correcta. No obstante, aclara que otra cosa son los casos en los que los jueces ejercitan la discrecionalidad, debido a que puede que los jueces equivocadamente hagan uso de ella incluso cuando no les corresponde. Si bien pareciera que, según Waluchow, los jueces tienen discrecionalidad incluso cuando sus creencias y valores --no incorporados al derecho-- les marcan una única respuesta correcta --porque ellos no serían estándares autoritativos--, esta cuestión no ha sido expresamente aclarada. Cfr. Waluchow, Wilfrid, "Inclusive Legal Positivism...", cit., ps. 226-229. Por su parte, Endicott define las decisiones discrecionales como aquellas que se toman sin estar obligados a decidir un resultado en particular. Si bien esto podría hacer pensar que Endicott defiende que sólo se tiene discrecionalidad cuando, una vez consideradas todas las cosas, ni el derecho positivo ni la moral dan una única respuesta correcta, al describir su posición afirma que la discrecionalidad judicial surge cuando el "razonamiento de acuerdo con derecho" no ofrece este tipo de respuesta. En este caso, nuevamente, no queda claro si, para este autor, el derecho otorga discrecionalidad judicial incluso cuando, aunque el "razonamiento de acuerdo con derecho" no ofrezca una única respuesta correcta, sí lo haga la moral, una vez consideradas todas las cosas. Cfr. Endicott, William T., "Raz on Gaps-the Surprising Part...", cit., ps. 110 y 114. La opinión de Schauer es similar. Cfr. Schauer, Frederick, "Playing by the Rules...", cit., ps. 222-225. Bix en parte advierte estas dificultades y se contenta con mostrar que, incluso si uno considera que los estándares llamados extra-jurídicos pueden eliminar la discrecionalidad judicial, igualmente surgirán casos en los que los jueces deben resolver discrecionalmente, como aquellos con los que se enfrentan con alternativas igualmente admisibles. Cfr. Bix, Brian, "Law, Language, and Legal Determinacy...", cit., ps. 25-28. Sostener que en realidad existen dos conceptos de "discrecionalidad" quizá puede ayudar a aclarar esto. Hay quienes defienden esta idea distinguiendo entre un concepto de discrecionalidad que hace referencia a un permiso negativo o a la ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas que resuelvan los problemas de indeterminación originados en el esfuerzo por subsumir un caso a los supuestos de hecho de una norma, de un concepto de discrecionalidad que se refiere a la posibilidad de decidir de forma positiva y, en cierto sentido libre, cuando no está fijada en la norma la conducta a seguir. Cfr. Lifante Vidal, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa* 25, 2002, ps. 413-439.

(36) Cfr. Alexy, Robert, "La institucionalización de la razón", J. A. Seoane (trad.), *Persona y derecho* 43, 2000, ps. 233-235 y "Teoría de la argumentación jurídica", M. Atienza e I. Espejo (trads.), *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1989, ps. 206 y ss.

(37) Cfr. Tomás de Aquino, "Summa Theologiae", I-II q. 94, a. 4.

pre prescindiendo de preferencias y emociones. Sin embargo, la presencia de estos elementos de índole afectiva, emocional o volitiva no autoriza sin más a considerar estas decisiones como irracionales, porque se adoptan entre alternativas racionales. Ahora bien, tampoco se puede derivar de aquí que la incommensurabilidad de algunos bienes y razones y la contingencia de las situaciones de hecho convierten el problema de la corrección de las acciones humanas en una cuestión indecidible; dicho de otro modo, que exista más de una respuesta correcta o buena a una cuestión no impide que existan otras respuestas incorrectas o malas (38).

En definitiva, si se acepta esto también, ha de reconocerse que no es imposible que una vez valorados todos los elementos objetivos que han de tenerse en cuenta a la hora de decidir un caso, los jueces terminen viéndose obligados a optar libremente entre alternativas todas ellas valiosas y razonables.

Un ejemplo puede ayudar a aclarar esta cuestión. Supóngase que accidentalmente y sin otorgar testamento muere un matrimonio joven, ambos hijos únicos y huérfanos de padre, quedando su hijo recién nacido huérfano de ambos progenitores. Imagínese que basándose en el "interés del menor", el juez debe dar la tutela a una de sus abuelas –salvo excepciones que no vendrían al caso–. Puede suceder que el juez, una vez contemplada la situación de cada una de las posibles tutoras y advirtiendo que resultan igualmente competentes –edad, estado de salud, domicilio, compromiso con el cuidado del menor, nivel socioeconómico, etc.– para ejercer la tutela del menor, no tenga más remedio que otorgársela a una de ellas sin más motivos para dicha elección que sus intuiciones. Éste sería un caso en el que por más que el operador jurídico encargado de aplicarlo se preocupe por conocer el rico significado de las expresiones con que se comunica el derecho y por valorarlo teniendo en cuenta su finalidad, ello no le permitiría llegar a una única respuesta correcta y, por lo tanto, habrá de decidir discrecionalmente entre alternativas –en este caso sólo dos– igualmente correctas. Todo esto, claro está, no implica que el juez no deba fundamentar su decisión. En este caso, la decisión se basará

en lo idónea que es la abuela que eligió para ejercer como tutora, lo que no implica afirmar que dicha decisión se haya inclinado por la única posibilidad correcta.

#### b) La discrecionalidad judicial como poder delegado dirigido

Como se ha advertido al explicarse las causas de la discrecionalidad judicial –en concreto, al advertirse cómo los propios legisladores en algunos casos consideran deseable que los jueces puedan gozar de algún tipo de margen discrecional para resolver–, la discrecionalidad judicial en alguna medida puede ser considerada una función productora de reglas comparable con las potestades legislativas delegadas que muchas veces reciben los órganos administrativos.

Como Hart ha puntualizado, cuando la esfera que ha de ser regulada jurídicamente es un campo en que las características de los casos individuales varían mucho y de forma impredecible y, por lo tanto, no pueden formularse útilmente y por anticipado reglas generales para ser aplicadas de caso en caso sin nuevas directivas oficiales, el derecho puede buscar regular estos casos con una regla valorativa, simple y variable –v.g., el estándar de "diligencia debida"–, que exige a los individuos "valorar" las pretensiones sociales –que surgen en formas diversas no anticipables– en busca de un razonable equilibrio entre ellas, sabiendo que los tribunales han de especificarla en los casos concretos (39). Es decir, en estos casos, los jueces reciben potestades legislativas delegadas para modificar y desarrollar el derecho existente siguiendo las líneas establecidas por el propio derecho (40).

Resta advertir que lo característico de estas potestades legislativas es que resultan especialmente limitadas, porque, por un lado, sólo son ejercidas para disponer sobre un caso en particular –es decir, no pueden ser usadas para proponer reformas de gran alcance– y, por el otro, normalmente están limitadas por cortapisas jurídicas que no alcanzan a los poderes legislativos (41). Además, como se ha explicado en el acápite anterior,

(38) Cfr. Raz, Joseph, "Engaging Reason. On the Theory of Value and Action", Oxford University Press, Oxford, 1999, bs. 46-66; y Finnis, John, "On Reason and Authority in 'Law's Empire'", *Law and Philosophy* 6, 1987, ps. 372-375; o, del mismo autor, "Concluding Reflections", *Cleveland State Law Review* 38, 1990, p. 238; "Natural Law and Legal Reasoning", *Cleveland State Law Review* 38, 1990, p. 9; y "Natural Law and Natural Rights", Clarendon Press, Oxford, 1980, C. Orrego (trad.), "Ley natural y derechos naturales", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 141 y ss.

(39) Cfr. Hart, Herbert L. A., "El concepto de derecho...", cit., ps. 163-166.

(40) Cfr. *id.*, p. 169.

(41) Cfr. Hart, Herbert L. A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico...", cit., ps. 6 y 9; y Raz, Joseph, "La ética en el ámbito público...", cit., ps. 258-262. Raz sostiene la particular tesis según la que siempre que el derecho no sea el que establece de forma directa cómo ha de resolverse una cuestión, el derecho se encuentra indeterminado y, por lo tanto, los jueces han de resolver de forma discrecional. Como ha sido advertido, a su juicio, esto sucede incluso cuando el derecho ordena que debe hacerse, pero lo hace no de forma directa, sino delegando a otro determinar eso; por ejemplo, cuando el derecho, por medio de una norma de conflicto, impone el deber de resolver una determinada cuestión aplicando el derecho extranjero, el cual

si bien toda decisión discrecional es en alguna medida libre, esto no supone que sea arbitraria o no justificada.

#### IV. CONCLUSIONES

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse lo siguiente:

1. La discrecionalidad judicial es una consecuencia ineludible de que las normas jurídicas positivas a veces resulten incapaces de ofrecer una única respuesta correcta.

2. La discrecionalidad que tienen los jueces también es fruto del hecho de que los constituyentes y legisladores actuales en alguna medida la han considerado deseable o preferible a excluir toda incertidumbre a cualquier precio. Esto puede advertirse cuando:

2.1. reconocen la necesidad de incorporar principios valorativos para superar los llamados defectos lógicos del ordenamiento jurídico;

2.2. incorporan derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos como principios que vinculan a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial y sistemas de control de constitucionalidad;

2.3. incorporan principios que al no tener una consecuencia jurídica determinada y poseer una dimensión de peso o importancia, admiten diferentes grados y posibilidades de cumplimiento.

3. La discrecionalidad puede ser caracterizada como una "elección entre alternativas abiertas", es decir, un acto voluntario que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen, por lo menos, dos posibilidades reales de actuación mutuamente

excluyentes y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras.

4. No obstante, ello no implica que las decisiones discrecionales deban tomarse de manera arbitraria; por el contrario, quien decide ha de hacerlo fundándose en razones generales que justifiquen su actuar.

5. Puede parecer contradictorio, por un lado, afirmar que las decisiones discrecionales han de tomarse "elijendo entre alternativas abiertas" y, por el otro, simultáneamente sostener que deben fundarse en razones generales y que al menos en algunas ocasiones, las razones que justifican dichas decisiones ofrecen una única respuesta correcta.

6. Sin embargo, incluso si se le reconoce algún papel al razonamiento práctico general en la determinación del resultado jurídico correcto cuando las normas jurídicas positivas resultan insuficientes, contradictorias, vagas o extremadamente injustas, esto no necesariamente supone que siempre se logre llegar a un único resultado correcto. Esto es así, entre otras cosas:

6.1. por la dimensión esencialmente contingente que suelen tener todos los problemas prácticos;

6.2. (porque) a conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones igualmente racionales.

7. Por último, la discrecionalidad judicial, en alguna medida, puede ser considerada una función productora de reglas comparable con las potestades legislativas delegadas y dirigidas; y el proceso de determinación del derecho para un caso en concreto, como un proceso de decisión en varias etapas.

permanece independiente y fuera del sistema jurídico local. Estas ideas están fundamentadas en la tesis de que la existencia y el contenido del derecho están completamente determinados por fuentes sociales, defendida por Raz. En relación con ello, afirma que la razón por la que las instrucciones a las que remite el derecho no forman parte de éste hasta que son promulgadas no radica en su imprecisión –porque si bien las instrucciones pueden ser imprecisas, esto no necesariamente es así–, sino en la idea de delegación de poder que busca crear y mantener una determinada división de tareas y poderes entre distintas autoridades por considerarse que esto es algo valioso. Cfr. Raz, Joseph, "La ética en el ámbito público...", cit., p. 264.

