

cisamente Petrarca. Toda la historia europea hasta el siglo XVI es historia romana —ha dicho Foucault en una espléndida lección de 1976—. Es historia unitaria, historia de la monarquía, narración del recuerdo, narración del mito del origen, de la verdad de las propias genealogías. Es historia de la ritualidad del poder, de su apoteosis: “Roma —decía Foucault— estaba todavía presente y seguía produciendo efectos en el Medioevo como una especie de presente histórico permanente. Roma fue asumida y subdividida en miles de canales”<sup>44</sup>.

Roma como memoria: historia occidental del mito del poder fundado en el derecho del poder; historia de la evolución del sistema de la política, “historia jupiteriana”<sup>45</sup>. La paradoja de la inclusión se sustituirá con la paradoja de la soberanía. Pero para que esto sea posible será necesario que se escriban historias antiromanas. Y una vez más estas historias se servirán de la Biblia y de la profecía para escribir su genealogía sin recuerdo.

<sup>44</sup> “Rom war noch gegenwärtig und wirkte im Mittelalter als eine Art andauernder una aktueller historischer Gegenwart fort. Rom wurde wargenommen und als in tausend Kanäle unterteilt”.

<sup>45</sup> “Jupiterische Geschichte”.

## LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA “ANALYTICAL JURISPRUDENCE” ACTUAL. TENSIONES INTERNAS Y LIMITACIONES EXPLICATIVAS

Por Juan B. Etcheverry\*

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.

El objetivo de este trabajo, está vinculado con el lugar que la teoría del Derecho analítica anglosajona (heredera del pensamiento de Hart y a la que aquí llamaremos “*analytical jurisprudence* actual”) le ha reconocido u otorgado a la discrecionalidad judicial.

Al respecto, la *analytical jurisprudence* actual ha dividido a los casos jurídicos en fáciles y difíciles. En los casos fáciles el Derecho positivo resultaría capaz de ofrecerles una única respuesta correcta, mientras que en los difíciles esto no resultaría posible. La consecuencia de esto sería que en los casos difíciles los jueces no tienen otra opción que resolver eligiendo discrecionalmente entre posibilidades abiertas, ejerciendo de este modo una función productora de reglas<sup>1</sup>.

\* El autor es profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral e investigador del CONICET.

<sup>1</sup> Cf. HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Traducción de G. Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 169 (en adelante, CD) y RAZ, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford,

Esta concepción de cómo los jueces han de resolver los casos difíciles, llamada "tesis de la discrecionalidad judicial", abre una serie de interrogantes sobre su alcance y capacidad para explicar la habitual referencia que hacen los sistemas constitucionales actuales a criterios valorativos —como los de "dignidad", "libertad"— que, al menos en muchos casos, no parecen conducir a una única respuesta posible. Algunos ejemplos de dichos interrogantes serían: ¿son discrecionales todas las decisiones judiciales que tienen en cuenta esta clase de criterios?; ¿deciden los jueces normalmente de forma discrecional?; ¿en qué medida es compatible una visión del Derecho actual como fuertemente indeterminado con las tesis de la función de guía del Derecho, de la autoridad del Derecho?; etcétera.

Estos interrogantes han desatado un profundo debate dentro de la teoría analítica anglosajona, que ha terminado por fragmentarla —positivismo incluyente, excluyente, presuntivo, etcétera.

A continuación se valorarán críticamente las respuestas que ofrecen las distintas versiones de esta corriente de pensamiento con respecto a los mencionados interrogantes, tratando de poner de relieve las limitaciones explicativas y tensiones internas de la concepción de la discrecionalidad judicial que surgen de estas respuestas.

### I. LAS CAUSAS DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Con relación al origen de la discrecionalidad judicial, la teoría analítica del Derecho reconoce básicamente tres causas por las que inevitablemente algunas cuestiones jurídicas terminan siendo indeterminadas: las lagunas, las antinomias y la textura abierta del lenguaje del Derecho.

Debido a que existen muchos desarrollos sobre los conceptos de laguna y antinomia y para evitar desviarnos del objetivo de este trabajo, no nos detendremos en su exposición ni en algunas disquisiciones que se podrían hacer al respecto. Además, si bien de algún modo estas fuentes de indeterminación jurídica han sido tomadas en cuenta por los defen-

Clarendon Press, 1994. Traducción de M. L. Melón, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 265 ss.

sos de la *analytical jurisprudence* actual, esta teoría ha hecho especial hincapié en la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho como causa de su inevitable indeterminación. Al respecto, explícita y unánimemente, los defensores de esta teoría del Derecho han advertido que una de las causas de la indeterminación relativa del Derecho es que resulta inevitable que en algunos casos exista una falta de acuerdo general sobre la aplicabilidad de alguno de los términos mediante los que se expresa el Derecho. En estos casos dudosos el Derecho no resulta capaz de ofrecer una única respuesta correcta a una cuestión jurídica. Este modo de entender la indeterminación jurídica como derivada de la indeterminación del lenguaje, se funda en una concepción particular acerca del lenguaje y de la idea de significado. En concreto, se asienta sobre la idea de que tanto el significado de un término como el contenido de un concepto dependen de su uso.

En definitiva, la discrecionalidad judicial se presenta como la consecuencia ineludible de la relativa indeterminación del Derecho que se da en los casos difíciles. 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<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Por ejemplo, el art. 15 del Código Civil argentino establece "[l]os jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Además, la primer parte del artículo 273 del Código Penal 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. Cf. LOMBARDI VALLAURI, L., *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1981, pp. 40-41; y IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 35. Puede pensarse que Hart reconoce 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. Cf. HART, H. L. A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Sistema* 36 (1990), pp. 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. Cf. RAZ, J., *La ética en el ámbito público*, cit., p. 263.

## II. LA NATURALEZA DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Explicado por qué resulta inevitable<sup>3</sup> 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 deciden 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 serie de cuestiones diferentes y relacionadas: por un lado, a la prudencia, sensatez o buen juicio que debe acompañar a una decisión y, por el otro, al arbitrio o la voluntad admisibles en ella. Como se verá a continuación, el debate sobre la discrecionalidad judicial refleja claramente estos distintos aspectos<sup>4</sup>. No obstante, más allá de los diferentes significados de la idea de la “discrecionalidad judicial”<sup>5</sup>, en este momento principalmente interesa aclarar en qué sentido o sentidos la utiliza la *analytical jurisprudence* actual.

### 1. La discrecionalidad judicial como elección

El hecho de que la discrecionalidad judicial sea presentada como una “elección entre alternativas abiertas”<sup>6</sup> parece suponer que ha de ser

<sup>3</sup> Varios autores analíticos presentan a la discrecionalidad judicial no sólo como un fenómeno inevitable, sino también deseable. Cf., CD, pp. 160-162; WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 250-254; BIX, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 8; ENDICOTT, T., *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 190 ss y “El Derecho es necesariamente vago”, en *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, pp. 74-81; y RAZ, J., *La ética en el ámbito público*, cit., pp. 259-276.

<sup>4</sup> Para un explicación sobre los usos del término “discreción”, cf. IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, cit., pp. 24 ss.

<sup>5</sup> 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 con respecto a 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—. Cf. DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977. Traducción de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 83-86.

<sup>6</sup> Cf. CD, p. 160. Énfasis añadido.

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<sup>7</sup>. Esto supone un cierto<sup>8</sup> margen de autonomía<sup>9</sup>, libertad<sup>10</sup> o falta de control<sup>11</sup> para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica<sup>12</sup>.

#### 1.1. La discrecionalidad judicial como elección ¿debida?

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 aún, 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<sup>13</sup>. No obstante, como ha sido esbozado, este margen de libertad que se da a quien decide normalmente se complementa con el deber de resolver impuesto a los jueces<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Cf. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 229.

<sup>8</sup> Bix hace hincapié en lo limitada que resulta la libertad que otorga la discrecionalidad judicial. Cf. BIX, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit., p. 27.

<sup>9</sup> Cf. SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 222.

<sup>10</sup> 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”. Cf. ENDICOTT, T., “Raz on Gaps—the Surprising Part”, en MEYER, L., PAULSON, S. y POGGE, T. (eds.), *Rights, Culture, and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 110. Coleman considera que una norma discrecional es aquella que los jueces son libres de “ignorar”. Cf. COLEMAN, J., *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 107.

<sup>11</sup> 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. Cf. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., pp. 195 ss.

<sup>12</sup> Cf. IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, cit., pp. 32-33; y DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 85.

<sup>13</sup> Cf. CD, p. 169; y RAZ, J., *La ética en el ámbito público*, cit., pp. 265 ss.

<sup>14</sup> 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

### 1.2. 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, tanto Hart como sus seguidores han intentado mostrar que dicha elección no tiene por qué ser considerada arbitraria o irracional<sup>15</sup>. En concreto, Hart afirma que cuando el Derecho resulta indeterminado y, por lo tanto, ha 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 y debe actuar como lo haría un legislador concienzudo, decidiendo de acuerdo a sus propias creencias y valores"<sup>16</sup>.

Además, sugiere que las virtudes judiciales características de esta tarea "son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión"<sup>17</sup>.

En esta línea, Raz afirma 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 a 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"<sup>18</sup>.

(como Bentham defendía) remitir el asunto al legislativo". HART, H. L. A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", cit., pp. 5-6.

<sup>15</sup> Cf. CD, p. 159.

<sup>16</sup> HART, H. L. A., "Postscript", en *The Concept of Law* (segunda edición), Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 273 (énfasis añadido). En adelante, *Postscript*.

<sup>17</sup> CD, p. 253. Énfasis añadido.

<sup>18</sup> RAZ, J., "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal* 81 (1972), pp. 847-848. Énfasis añadido.

De un modo parecido a estos autores, Waluchow advierte que al decidir discrecionalmente los jueces buscan "...una respuesta razonable que desarrolle y amplíe el Derecho de una forma razonable, defendible, pero no necesariamente única"<sup>19</sup>.

En definitiva, pareciera que los autores estudiados caracterizan a la discrecionalidad judicial como una elección no arbitraria y limitada. En este sentido, por un lado, han calificado a la discrecionalidad judicial como una libertad "relativa" —no absoluta— y "negativa", es decir, que se tiene sólo para elegir entre un grupo de alternativas posibles<sup>20</sup>. Además, como acaba de mostrarse, los principales exponentes de la corriente analítica buscan excluir las actuaciones arbitrarias, sugiriendo que el ámbito de esta limitación también exige que la elección trate de estar justificada. Dicho de otro modo, se afirma que la elección discrecional siempre ha de basarse en razones generales<sup>21</sup>, relacionadas con las creencias y valores de quien decide, que busquen justificarla.

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

Por más que todos los exponentes de la teoría analítica anglosajona del Derecho están de acuerdo en que la discrecionalidad judicial es fruto de la indeterminación del Derecho en algunos casos y en que los jueces han resolver estos casos de forma no arbitraria, existen dudas y desacuerdos sobre el alcance de estas tesis.

En concreto, si bien la mayoría de los autores analíticos anglosajones identifica la discrecionalidad judicial con una "elección entre alternativas abiertas" fruto de que no existiera para dicho caso una única solución jurídica correcta, no queda del todo claro hasta qué punto los jueces tienen margen de maniobra si entre las alternativas que el Dere-

<sup>19</sup> WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 218. Énfasis añadido.

<sup>20</sup> Cf. BIX, *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, cf. IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, cit., pp. 53-56.

<sup>21</sup> Es decir, razones que comprometen a actuar del mismo modo siempre que se dieran circunstancias similares. Cf. IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, cit., p. 58.

cho presenta como correctas han de decidir la que es más correcta, según sus creencias y valores. En Hart la ambigüedad parece explicarse en su posición de dejar abierta la cuestión de la objetividad de la moral<sup>22</sup>. 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 una 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 extra-jurídicos —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 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<sup>23</sup>.

## 2. La discrecionalidad judicial como poder delegado dirigido

Como se ha advertido, los autores analíticos anglosajones han vinculado la discrecionalidad judicial con una función productora de reglas que comparan con las potestades legislativas delegadas que muchas veces reciben los órganos administrativos.

<sup>22</sup> Cf. *Postscript*, p. 254.

<sup>23</sup> 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. 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. Cf. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., pp. 226-229. Autores como Endicott, Schauer y Bix tampoco aclaran esta cuestión. Al respecto cf. ENDICOTT, T., “Raz on Gaps—the Surprising Part”, cit., pp. 110 y 114; SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, cit., pp. 222-225; BIX, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit., pp. 25-28.

En este sentido, Hart ha puntualizado que en estos casos los jueces reciben potestades legislativas delegadas para modificar y desarrollar el Derecho existente siguiendo las líneas establecidas por el propio Derecho<sup>24</sup>.

Así, 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<sup>25</sup>.

Por su parte, Raz sostiene que siempre que el Derecho no sea quien 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 qué 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 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<sup>26</sup>. 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<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Cf. CD, pp. 163-169.

<sup>25</sup> Cf. HART, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit., pp. 6 y 9; y Raz, J., *La ética en el ámbito público*, cit., pp. 258-262.

<sup>26</sup> RAZ, J., *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 46.

<sup>27</sup> Cf. RAZ, J., *La ética en el ámbito público*, cit., p. 264.

### III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS (I): EL DERECHO EN PENUMBRA

#### *El argumento del contraste con la realidad*

Como sugiere el título de este trabajo, el modo en que es explicada la discrecionalidad judicial por parte de la *analytical jurisprudence* actual ha de enfrentar una serie de dificultades. Una de dichas dificultades está relacionada con el hecho de que en la actualidad los sistemas jurídicos suelen hacer explícita referencia a valores o principios morales. Dicha referencia suele ser tan intensa que pareciera que esos valores y principios se vuelven prácticamente omnipresentes en todo acto de aplicación del Derecho. Si bien este fenómeno puede observarse con claridad en el caso de los derechos fundamentales, que suelen ser expresados como principios —renunciando de este modo a determinarlos de forma clara y precisa y dejando que su alcance e intensidad se encuentren abiertos y necesitados de ponderación— la utilización de este tipo de criterios no tiene lugar exclusivamente en el orden constitucional, sino que también impregna muchas otras partes de los sistemas jurídicos actuales.

En definitiva, hoy es casi universal la referencia a valores o principios morales en los textos normativos. Frente a este hecho, la idea de que el Derecho se encuentra en penumbra e indeterminado siempre que hace referencia a criterios valorativos, y que todos los casos regulados por normas jurídicas que hacen referencia a dichos criterios han de ser resueltos discrecionalmente resulta fuertemente contra-intuitiva y poco verosímil<sup>28</sup> porque supondría que buena parte del Derecho contemporáneo se encuentra en penumbra y que la discreción de los órganos de aplicación sería amplísima<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Cf. BAYÓN, J. C., "Derecho, convencionalismo y controversia", en NAVARRO, P. E. y REDONDO, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 65. Hart diría que esto implica desatender de la necesidad social de que ciertas reglas relacionadas con grandes áreas de conducta puedan ser aplicadas con seguridad por los particulares, sin necesidad de nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales. Cf. CD, p. 162.

<sup>29</sup> Cf. MORESO, J. J., "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en NAVARRO, P. E. y REDONDO, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., p. 95.

### I. La determinación de los criterios morales de decisión jurídica

#### *I.1. Defensa de la posible determinación de los criterios valorativos*

Ya en *El concepto de Derecho*, Hart sostuvo que, si bien es verdad que en muchas oportunidades los criterios valorativos a los que hace referencia el Derecho resultan indeterminados —v.gr., "precio justo" o "diligencia debida"—, en otras, su aplicación es clara e indiscutida<sup>30</sup>. Más aún, en el *Postscript* afirma que muchas veces se exagera el grado de incertidumbre que resulta del hecho de que el Derecho incorpore criterios morales<sup>31</sup>. En esta misma línea, Raz afirmó que si bien a menudo se considera que los argumentos morales son de suyo inciertos, esto es un error. Antes bien, sostiene que hay cuestiones morales menos inciertas que otras de hecho<sup>32</sup>.

Con base en estos mismos argumentos, Waluchow no sólo afirma que "está fuera de discusión" que en algunos casos las cuestiones morales admiten respuestas sencillas en las que están de acuerdo todos los miembros razonables de una comunidad<sup>33</sup>, sino que también sostiene que los criterios morales a los que acude el Derecho "normalmente" se encuentran determinados<sup>34</sup>. Más aún, a favor de su visión de que la

<sup>30</sup> Cf. CD, p. 162. Hay que resaltar que, al margen de estas afirmaciones, en el *Postscript* de la obra que acaba de citarse, Hart decide dejar abierta la pregunta sobre la "base objetiva" de los principios y valores. Esto hace que también deje abierta la cuestión de si su *soft positivism* —que admite la posibilidad de que se incluyan principios o valores en la regla de reconocimiento— logra que los valores sirvan como criterios de validez jurídica; o si, en cambio, sólo constituyen directivas para que los jueces creen nuevo Derecho de acuerdo a lo que a su juicio les exigen esos valores morales. Cf. *Postscript*, p. 256.

<sup>31</sup> Cf. *Postscript*, pp. 251-252.

<sup>32</sup> Cf. RAZ, J., *La ética en el ámbito público*, cit., pp. 264-265. Varios años antes, Raz había sostenido que lo que diferencia a las reglas de los principios es meramente el diferente grado de generalidad y vaguedad de unas y otras. Cf. RAZ, J., "Legal Principles and the Limits of Law", cit., p. 834 ss. Marmor amplía este argumento en MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 81-88.

<sup>33</sup> Cf. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., pp. 122 y 184-185. Algo parecido afirma Waldron. Cf. WALDRON, J., "Vagueness in Law and Language", *California Law Review* 82 (1994), p. 535.

<sup>34</sup> Cf. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 223.

incorporación de la moral al Derecho no lo vuelve radicalmente indeterminado, Waluchow afirma que no siempre que el significado de un criterio moral se vuelve incierto es necesaria la discrecionalidad judicial, porque muchas veces en estos casos existen otros factores —por ejemplo, el propósito de las normas, etc.— que pueden ayudar a zanjar la cuestión<sup>35</sup>.

También Endicott defiende que no toda apelación a la moral es vaga, ya que puede haber casos en los que la correcta aplicación de las consideraciones morales sea clara y, con base en esta afirmación, sostiene que no siempre que el Derecho hace referencia a consideraciones morales está otorgando discrecionalidad a los jueces. El problema es que admite que estas tesis dependen de una controvertida visión moral sobre la cual decide no profundizar<sup>36</sup>.

Por último, hay quienes no sólo defienden que en algunas oportunidades en las que se aplican criterios morales el Derecho se encuentra determinado —porque existe un acuerdo general al respecto—, sino que además intenta mostrar que no siempre que el significado de uno de dichos criterios resulta controvertido es inevitable la discrecionalidad judicial. Para lograr esto se propone un convencionalismo profundo que recurre a convenciones interpretativas más complejas que las puramente semánticas. Este tipo de convencionalismo sostiene que el dominio de la técnica de uso que permite identificar los casos paradigmáticos de un concepto no requiere más que el conocimiento tácito de los criterios de corrección, que pueden no resultar perfectamente transparentes para quienes los usan. Así, lo que define como correcta la aplicación de un criterio no es el acuerdo explícito, sino el trasfondo de criterios compartidos. Además, para que dichos criterios compartidos puedan ser conocidos se propone un razonamiento de naturaleza holista, que parte de lo que a primera vista son casos paradigmáticos, para intentar establecer qué es lo relevante en ellos. Así, se formularía la hipótesis acerca del criterio de aplicación que parece poner de manifiesto la consideración de esos factores como relevantes, para luego volver a considerar otros casos que nos parezcan igualmente claros, a

<sup>35</sup> Cf. *Ibid.*, p. 223. Greenawalt sostiene algo parecido en *Law and Objectivity*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 33 y 59.

<sup>36</sup> Cf. ENDICOTT, T., "Raz on Gaps—the Surprising Part", cit., pp. 100 y 114.

fin de poner a prueba la hipótesis sobre los contornos de los criterios en cuestión<sup>37</sup>.

### 1.2. La semántica analítica, la determinación de los criterios morales y el argumento del contraste con la realidad

En esta oportunidad solamente se hará hincapié en la dificultad de defender que existen acuerdos generales sobre el contenido de los conceptos morales a los que remite el Derecho que evitan que la mayoría de las veces que los jueces deben aplicar normas jurídicas que recogen estándares morales no les quede más remedio que hacer una elección entre alternativas abiertas.

Al respecto, una opción es intentar mostrar lo inútil que resulta todo intento de hallar criterios —expresos o tácitos— o paradigmas indiscutidos que permitan identificar en la mayoría de los casos el contenido de los conceptos morales que utiliza el Derecho actual.

No obstante, basta con advertir que si la propuesta analítica implica que el Derecho se encuentra en penumbra cada vez que no hay acuerdo sobre el contenido de uno de sus estándares morales, el Derecho resultaría contra-intuitiva o inverosímilmente indeterminado, quedando en los jueces un tremendo poder para elegir entre alternativas abiertas.

Como mínimo, los jueces tendrían discrecionalidad en todos los casos que llegan a juicio y en los que se debate el contenido de un estándar valorativo incorporado al Derecho —v.gr., tutela judicial efectiva, dignidad—, ya que la sola existencia del debate judicial evidenciaría la falta de acuerdo en este sentido.

Al margen de lo paradójicamente controvertida que resulta la afirmación de que "está fuera de discusión" que en algunos casos las cuestiones morales admiten respuestas sencillas en las que están de acuerdo todos los miembros razonables de una comunidad<sup>38</sup>, los argumentos que sostienen que muchas veces se exagera el grado de incertidumbre que resulta de la incorporación de criterios morales por parte del Derecho

<sup>37</sup> Cf. RÓDENAS, "¿Qué queda del positivismo jurídico?", *Doxa* 26 (2003), pp. 443-444.

<sup>38</sup> Al respecto cf. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., pp. 118 ss.

y que hay cuestiones morales menos inciertas que otras de hecho, no bastan para refutar la crítica que acaba de proponerse. Estos argumentos no evitan que los autores analíticos anglosajones deban admitir que toda vez que existan pretensiones opuestas sobre lo que un estándar moral incorporado al Derecho exige éste resulte indeterminado y los jueces deban decidir entre alternativas abiertas.

Este tipo de crítica podría intentar evitarse sosteniendo que no siempre que el significado de un criterio moral se vuelve controvertido es necesario que los jueces decidan entre alternativas abiertas, porque muchas veces en estos casos existen otros factores —por ejemplo, el propósito de las normas, etc.— que pueden ayudar a zanjar la cuestión. Por un lado, este argumento resulta insuficiente para la crítica que acaba de proponerse porque ésta resalta la necesidad, desde los presupuestos analíticos, de una elección judicial entre alternativas abiertas siempre que haya un debate judicial sobre el alcance de un estándar valorativo basándose en que la sola existencia del debate evidenciaría la falta de acuerdo tanto sobre el significado del estándar moral como sobre el supuesto propósito de la norma que lo recoge. Por otra parte, y aunque en esta oportunidad no se hará un alto en esta cuestión, la apelación desde los presupuestos analíticos a ideas como la del propósito legislativo también ha de enfrentar dificultades.

Por último, podría pensarse que el convencionalismo profundo es capaz de explicar cómo es posible sostener desde los presupuestos semánticos analíticos que normalmente los jueces no tengan que decidir de forma discrecional los casos en los que se debate el contenido de los estándares morales que utiliza el Derecho. Para esta visión la existencia del debate no evidenciaría la falta de acuerdo porque se cree que éste puede ser tácito e incluso puede llegar a no ser transparente para sus usuarios. Si esta reflexión fuese correcta, probablemente, después de que un tribunal lograra acceder al supuesto trasfondo de criterios compartidos, sus usuarios deberían ser capaces de reconocerlo y aceptar su decisión como la verdaderamente correcta, incluso si es contraria a la pretensión que se tenía. Esto no parece ser lo que normalmente sucede. Reflejo de ello es la existencia de decisiones judiciales adoptadas por mayoría y no por unanimidad. Contra este argumento podría decirse que incluso un tribunal puede resultar incapaz de reconocer el verdadero trasfondo de criterios compartidos. Ello pone de relieve el aspecto

enigmático de esta propuesta, la idea de que es posible que todas las personas que supuestamente están de acuerdo sobre algo, pueden no ser capaces de reconocer, una buena cantidad de dimensiones de aquello sobre lo que están de acuerdo.

#### IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS (II): TENSIONES INTERNAS

##### 1. La coherencia interna de la noción de discrecionalidad judicial

Por otra parte y en segundo lugar, cabe hacer dos observaciones sobre la coherencia interna de la noción de discrecionalidad judicial ofrecida por la *analytical jurisprudence* actual que caracteriza a las decisiones discrecionales como elecciones entre alternativas abiertas basadas en razones generales que las justifiquen. Ya se ha visto *supra* lo poco claros que resultan algunos autores sobre esta cuestión.

El problema de esta caracterización es que, si las decisiones discrecionales implican una elección entre alternativas abiertas, no se entiende en qué medida puede decirse que dicha elección también es justificada y racional. En el fondo lo que no resulta claro es qué implicaciones tiene para los autores analíticos anglosajones la idea de que incluso las decisiones discrecionales han de ser basadas en razones que las justifiquen. Dicho de otro modo, si se admite: i) que las decisiones que han de tomarse en los casos difíciles o dudosos deben estar justificadas en razones generales; y ii) que al menos en algunas ocasiones las razones que justifican dichas decisiones ofrecen una única respuesta correcta; entonces iii) ¿en qué sentido en estos casos quienes deciden lo hacen de forma discrecional, eligiendo entre alternativas abiertas? Un ejemplo puede ayudar a aclarar el punto. Supóngase que en un parque, en el que se puede contemplar animales exóticos, existe una regla que prohíbe los ruidos molestos y que una ambulancia intenta ingresar en él para socorrer a una persona que ha sufrido un paro cardíaco. Supóngase también que el guarda que vigila su entrada duda acerca de si el mero ingreso de la ambulancia producirá un ruido molesto y, por lo tanto, debiendo elegir entre alternativas abiertas del modo que considera más racional y justificado, deja entrar a la ambulancia. La duda planteada anteriormente es la siguiente: ¿El guarda ha decidido de forma discrecional, entre alternativas abiertas, u obligado por las razones que mejor justificaban su decisión? Como resulta obvio, en este caso el guarda no parece meramente recibir

una orden de elegir entre alternativas abiertas, sin estar obligado a decidir un resultado en particular.

Una posible respuesta a este problema implica reconocer que los órganos encargados de aplicar el Derecho sólo tienen discrecionalidad en los casos en los que no sólo el Derecho se encuentra indeterminado, sino también las razones que buscan justificar una decisión final. En estos casos sí que sería inevitable que se termine haciendo una elección, en cierto sentido libre y arbitraria, entre alternativas todas ellas razonables y justificadas. No obstante, esto no ha sido explicado así por ningún defensor de la *analytical jurisprudence* actual y, de hecho, parece limitar mucho el alcance que esta visión le ha querido dar a lo que ha denominado la tesis de la discrecionalidad judicial<sup>39</sup>.

Por otra parte, si bien Raz aclara su posición respecto de esta cuestión al afirmar que los jueces tienen discrecionalidad incluso cuando están obligados por criterios extra-jurídicos incontrovertidos a los que hace referencia el Derecho, esto no hace menos exótica su posición. En concreto, no se entiende bien el alcance de la tesis de la discrecionalidad para Raz, porque claramente no está relacionando con la posibilidad de elegir entre alternativas abiertas para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular<sup>40</sup>.

Finalmente, con base en esta última crítica, es posible advertir que no menos extraña que la visión de Raz resultaría una posición que defiende que los jueces tienen discrecionalidad incluso cuando están obligados por criterios extra-jurídicos considerados objetivos y determinados a los que *no* hace referencia el Derecho.

## 2. La coherencia entre la tesis de la discrecionalidad y la de la función de guía del Derecho

Además de las dificultades de coherencia interna, la noción de discrecionalidad judicial ofrecida por la *analytical jurisprudence* parece difícil de compatibilizar con la tesis de la función de guía del Derecho

<sup>39</sup> Cf. FINNIS, J., "Natural Law and Legal Reasoning", *Cleveland State Law Review* 38 (1990), p. 9.

<sup>40</sup> Cf. ENDICOTT, T., "Raz on Gaps—the Surprising Part", cit., pp. 110 ss.

también defendida por esta corriente. Anteriormente se ha advertido: i) que los sistemas jurídicos actuales normalmente hacen referencia a criterios morales que se vuelven prácticamente omnipresentes en todo acto de aplicación del Derecho; ii) que desde los presupuestos semánticos analíticos, cada vez que existen dudas sobre el alcance de uno de estos criterios ha de decidirse discrecionalmente; y iii) que esto implicaría afirmar que todos los juicios en los que se debate el alcance de uno de estos estándares los jueces deciden de forma discrecional.

Lo hasta aquí expuesto parece poner en duda la capacidad del Derecho para cumplir con la función de guía que tradicionalmente la teoría analítica anglosajona le había atribuido. En definitiva, parece existir cierta tensión entre la visión de que en la actualidad la mayoría de los casos han de ser resueltos de forma discrecional, derivada de los presupuestos semánticos analíticos, y la tesis, defendida por los principales exponentes de esta teoría, que sostiene que el Derecho, tal como lo conocemos, busca guiar el comportamiento de los funcionarios y los ciudadanos por medio de pautas generales de conducta que ofrecen una medida pública y certera para el comportamiento propio y ajeno —es decir, que no necesitan de nuevas guías oficiales o el ejercicio de sopesar cuestiones sociales—<sup>41</sup>.

Hay que reconocer que en el fondo esto depende de la objetividad y determinación de los criterios morales a los que el Derecho hace referencia. El itinerario de Hart sobre estas cuestiones es un tanto confuso. En un principio caracteriza los criterios valorativos a los que hace referencia el Derecho como estándares que suelen dejar abiertas las cuestiones que "regulan" para su solución ulterior mediante una elección oficial informada<sup>42</sup>. No obstante, luego defiende abiertamente que dichos estándares sustantivos puedan formar parte del criterio de validez jurídica<sup>43</sup>, para acabar reconociendo sus dudas sobre la objetividad de la moral y sobre la capacidad de los criterios valorativos a los que hace referencia

<sup>41</sup> Cf. CD, p. 162. Por su parte, Endicott relaciona la función de guía del Derecho con los "beneficios" del Estado de Derecho. Cf. ENDICOTT, T., "El Derecho es necesariamente vago", cit., pp. 74 ss; y *Vagueness in Law*, cit., p. 188.

<sup>42</sup> Cf. CD, p. 162.

<sup>43</sup> Cf. HART, H. L. A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", cit. p. 8; y *Postscript*, pp. 245 ss.

el Derecho para guiar el comportamiento o para delegar en los jueces potestades legislativas que deberán ejercer de forma discrecional<sup>44</sup>.

Las afirmaciones de Raz sobre esta cuestión no son menos llamativas. Como se ha visto, por un lado afirma que toda referencia jurídica a criterios morales deja al Derecho indeterminado, otorgando discrecionalidad a los jueces y, por el otro, sostiene que dichos criterios, que pueden ser determinados, son obligatorios para los jueces. Al margen de lo exótica que resulta su concepción de la discrecionalidad judicial, estas ideas deberían llevar a que Raz admita que si el Derecho normalmente acude a estándares morales y si dichos estándares no son jurídicos, aunque sí obligatorios, entonces no es el Derecho o los criterios jurídicos los que normalmente guían a los ciudadanos y funcionarios<sup>45</sup>.

Contra este tipo de observaciones han reaccionado algunos autores. En concreto, Waluchow se ha detenido específicamente sobre esta cuestión ofreciendo varios argumentos en defensa de la función de guía del Derecho a pesar de que haga referencia a criterios valorativos. Básicamente sostiene que esta crítica: i) exagera el grado de certeza y capacidad de guía que la corriente analítica estudiada atribuye al Derecho; ii) exagera la incertidumbre que introducen los criterios morales, ya que considera que existen acuerdos generales sobre el contenido de muchos de dichos criterios; y iii) existen otros mecanismos por medio de los cuales el Derecho puede resultar determinado —v.gr., tener en cuenta el propósito de la norma que ha de ser aplicada, etc.—, incluso cuando el significado de las expresiones que utiliza no resulte claro<sup>46</sup>.

Frente a esto basta recordar que no resulta en absoluto clara la idea de que existen acuerdos generales con respecto a los contenidos de los criterios morales que suele usar el Derecho. Además, la apelación desde los presupuestos analíticos a ideas como la del propósito legislativo, etc., no incrementan en exceso la certeza del Derecho. Por último, la defensa que sostiene que se exagera el grado de certeza y capacidad de

<sup>44</sup> Cf. *Postscript*, pp. 253-254.

<sup>45</sup> Raz también afirma que una función del Derecho es guiar la conducta y regular aspectos de la vida social en forma pública y certera. Al respecto, cf. RAZ, J., *The Authority of Law*, cit., p. 51.

<sup>46</sup> Cf. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., pp. 182 ss.

guía que la *analytical jurisprudence* actual le concede al Derecho, debe admitir algún límite. La falta de claridad en este sentido hace difícil que pueda determinarse con rigor si lo anteriormente expuesto basta para sobrepasar dicho mínimo. No obstante, resulta suficiente para poner en duda que el Derecho logre cumplir de forma significativa con su función de guía si se reconoce que éste se encuentra plagado de referencias a criterios morales y que la determinación de dichos criterios depende de la existencia de acuerdos generales sobre su contenido y alcance.

### 3. La coherencia entre la tesis de la discrecionalidad y la de la autoridad del Derecho

Por último, resta advertir que parecen existir dificultades para compatibilizar la noción de discrecionalidad judicial con la de la autoridad del Derecho. Conocidas son las tesis de Raz que afirman que una característica del Derecho es su pretensión de estar dotado de autoridad legítima<sup>47</sup>, y que para ello sus normas deben conformar razones excluyentes para la acción<sup>48</sup>. Para defender esto sostiene que la autoridad sólo puede cumplir con su papel mediador entre los sujetos y las razones últimas si dichos sujetos no tienen que decidir qué deben hacer para establecer lo que requiere el Derecho. Dicho de otra manera, según Raz el sujeto que se encuentra bajo la autoridad sólo puede beneficiarse de las decisiones de ésta si puede establecer la existencia y contenido de dichas decisiones sin volver sobre las mismas cuestiones que la autoridad viene a establecer<sup>49</sup>. Por ejemplo, podría decirse que el Derecho no establece cuándo un contrato es válido si dispone al respecto simplemente que los contratos son válidos cuando deberían ser válidos<sup>50</sup>.

Como resulta casi evidente, si en la actualidad el propio Derecho remite frecuentemente a consideraciones valorativas que, según Raz, delegan en los jueces la potestad de crear nuevo Derecho por medio de

<sup>47</sup> Cf. RAZ, J., *La ética en el ámbito público*, cit., pp. 232 ss; y 257.

<sup>48</sup> Cf. *Ibid*, pp. 230-231; y RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975. Traducción de RUIZ MANERO, J., *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 70.

<sup>49</sup> Cf. RAZ, J., *La ética en el ámbito público*, cit., pp. 237 y 250.

<sup>50</sup> Este ejemplo es de Endicott. Cf. ENDICOTT, T., "Raz on Gaps—the Surprising Part", cit., p. 102.

decisiones discrecionales, pareciera que el Derecho actual ha renunciado a su pretensión de constituir un conjunto de razones excluyentes —al menos, del modo en que Raz las entiende—<sup>51</sup>.

## V. CONCLUSIONES

De los hasta aquí expuesto puede concluirse lo siguiente:

(i) la discrecionalidad judicial es presentada por la *analytical jurisprudence* actual como una consecuencia ineludible de que las normas jurídicas positivas a veces resultan incapaces de ofrecer una única respuesta correcta;

(ii) la discrecionalidad es considerada 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;

(iii) no obstante, expresamente se aclara que ello no implica que las decisiones discrecionales deban tomarse de manera arbitraria, por el contrario, se afirma que quien decide ha de hacerlo según sus creencias y valores, fundándose en razones generales que justifiquen su actuar;

(iv) la caracterización que la *analytical jurisprudence* actual hace de la discrecionalidad judicial, y la forma en que conecta estas ideas con sus presupuestos semánticos y con otras de sus tesis sobre el Derecho resultan problemáticas por diferentes razones:

a) es ambiguo qué significa para esta teoría que las decisiones discrecionales han de tomarse “eligiendo entre alternativas abiertas” si se admite simultáneamente que deben fundarse en razones generales y que al menos en algunas ocasiones las razones que justifican dichas decisiones ofrecen una única respuesta correcta;

<sup>51</sup> Cf. BAYÓN, J. C., “Derecho, convencionalismo y controversia”, cit., pp. 66 ss; y RÓDENAS, A., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, cit., p. 427.

b) si se admite que en la actualidad los sistemas jurídicos hacen frecuentes referencias a criterios morales y que dichos criterios suelen resultar indeterminados desde los presupuestos semánticos analíticos, que identifican significado con uso y que no admiten un contenido controvertido, entonces pareciera que el Derecho actual se encuentra en penumbra y que los jueces deciden buena parte de las contiendas jurídicas de forma discrecional;

c) por último, lo anteriormente concluido parece contrario a las tesis analíticas que presentan como una de las funciones del Derecho su capacidad de guía del comportamiento de ciudadanos y funcionarios por medio de pautas generales de conducta que ofrecen una medida pública y certera, o que consideran que el Derecho pretende estar dotado de autoridad y que ello se logra sólo si sus normas conforman razones excluyentes para la acción.

