

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL. CAUSAS, NATURALEZA Y LÍMITES*

Juan B. Etcheverry

Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Austral (Chile)

Sumario: 1. Introducción. 2. Las causas de la discrecionalidad judicial. A. La discrecionalidad judicial como algo inevitable. a) Lagunas, antinomias y textura abierta del lenguaje. b) Intentos fallidos de superar las causales de indeterminación jurídica. B. La discrecionalidad judicial como algo deseable. a) Principios y estándares como modo de resolver los defectos de los sistemas jurídicos. b) Principios y estándares como modo de proteger los derechos fundamentales. 3. La naturaleza de la discrecionalidad judicial. A. La discrecionalidad judicial como elección. a) La discrecionalidad judicial como elección ¿debidamente? b) La discrecionalidad judicial como elección no arbitraria. c) La discrecionalidad judicial como elección entre alternativas ¿abiertas? B. La discrecionalidad judicial como poder delegado dirigido. 4. Límites a la discrecionalidad judicial: de la justicia institucionalizada a la institucionalización de la justicia. A. Límites institucionales a la discrecionalidad judicial. B. La institucionalización de la justicia en la decisión judicial discrecional. C. Entre los límites institucionales y la institucionalización de la justicia en la decisión judicial: La posibilidad de aproximarse a la discrecionalidad judicial desde las teorías de la decisión judicial centradas en las virtudes. 5. Conclusiones

1. 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, 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 jurídico 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 aplicación del Derecho defendidas por las escuelas formalistas.

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

* Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Técnica e Innovación Productiva y la Universidad Austral. El autor es investigador del CONICET y profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral. Parte de este trabajo se llevó a cabo en el marco de una estancia de investigación en el Instituto Cultura y Sociedad (Universidad de Navarra), financiada por el propio instituto.

Con el presente trabajo se buscará iluminar el lugar y alcance de la discreción de los jueces en la interpretación y aplicación del Derecho. Para ello, se ahondará en las causas de la discrecionalidad judicial, en la explicación de su naturaleza y características y en la determinación de cuáles son sus fronteras o límites. 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 diferencia la discrecionalidad de la arbitrariedad?; v) ¿son discrecionales todas las decisiones judiciales que tienen en cuenta criterios jurídicos valorativos?; vi) ¿cuáles son los límites de una decisión judicial discrecional?

2. 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 han reconocido la existencia de lagunas y de antinomias en los ordenamientos jurídicos y han tomado consciencia de lo vago que en muchos casos resulta el lenguaje por medio del que se expresa el Derecho¹.

No tiene sentido reproducir aquí toda la crítica al formalismo y al logicismo que termina develando lo ilusoria que resulta la idea de que los tribunales aplican mecánicamente las normas por medio de silogismos avalorativos de subsunción. No obstante, puede resultar útil recordar algunas de sus principales conclusiones para explicar lo inevitable que resulta la discrecionalidad judicial.

A. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL COMO ALGO INEVITABLE

a) Lagunas, antinomias y textura abierta del lenguaje

Muy sintéticamente, dichas críticas han mostrado que en algunas oportunidades el Derecho no ofrece normas capaces de dar una respuesta para cada caso que se presenta —laguna—². Frente al silencio que guarda en estos casos el Derecho, el operador jurídico encargado de dirimir dicha cuestión debe decidir con base en 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—. Cuando el Derecho parece decir más de lo necesario para un caso en concreto y no prevé un sistema de prelación entre dichas normas, nuevamente el operador jurídico encargado de resolver la cuestión debe hacerlo con base en argumentos o razones que van más allá de los que le proveen las normas jurídicas positivas³.

El tema 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 siglo⁴. 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 pau-

tas operen sin dificultades, algún punto de su aplicación será dudoso y, por lo tanto, indeterminado⁵. En estos casos dudosos el Derecho no resulta capaz de ofrecer una única respuesta correcta a una cuestión jurídica.

b) Intentos fallidos de superar las causales de indeterminación 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 advertidas por la Ciencia jurídica. La inviabilidad política y técnica del intento de resolución del problema de las lagunas por medio del *référé législatif* no tardó en hacerse notar. No mucha 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 permitido⁶. Con respecto a las antinomias, los criterios de prelación ofrecidos para su solución —v. g., temporalidad, especialidad, jerarquía— no logran resolver, los conflictos entre principios iusfundamentales, ni los conflictos que pueden surgir entre los propios criterios de prelación. Tampoco tienen un éxito definitivo las *reglas de interpretación* o que se tenga en cuenta el *contexto*, *propósito* o *trasfondo de valores* que se presupone cuando uno se comunica para solucionar los casos en los que el lenguaje jurídico se torna vago. Esta dificultad permanece, entre otras cosas, porque en muchos casos la aplicación de estas mismas reglas, contextos convencionales, propósitos y trasfondos interpretativos resultan vagos⁷. El intento de acudir a las intenciones originales de los autores de una norma la hora de aplicarla tampoco ofrece una solución definitiva. Conocidas son las críticas contra esta posibilidad. El problema es que dichas intenciones no son uniformes ni evidentes porque: (i) las normas surgen de una práctica compleja en la que participan varios

autores cuyas intenciones muchas veces no son coincidentes; y (ii) resulta en muchas ocasiones muy difícil lograr develar dichas intenciones ya que no existe una intermediación entre el autor de la norma y su intérprete o aplicador⁸.

En definitiva, al menos tres son las causas por las que *inevitablemente* algunas cuestiones jurídicas terminan 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 competencia⁹.

B. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL COMO ALGO DESEABLE

Junto con el reconocimiento de que la aplicación mecánica del Derecho resulta *irrealizable*, ha tomado fuerza la idea 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 legisladores actuales en alguna medida la han considerado *deseable*¹⁰. En este sentido, pareciera que han caído en la cuenta de que *intentar* excluir toda incertidumbre, a cualquier precio, no es un acierto.

a) Principios y estándares como modo de resolver los defectos de los sistemas jurídicos

Por un lado, se ha terminado institucionalizando o llevando a la vigencia histórica

muchos de los principios que las prácticas jurídicas albergaban en sus senos como un modo de superar los llamados defectos lógicos de los ordenamientos jurídicos. Así, se *prefiere* reconocer que algunos casos no tienen una respuesta jurídica completamente determinada y otorgar a los jueces facultades discretionales 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 previstos¹¹. De esta manera, en algunos casos es el propio legislador el que *prefiere*, delegando potestades, colocar intencionadamente en algunas normas jurídicas principios y estándares muy abiertos, antes que intentar excluir toda incertidumbre por medio de técnicas que supondrían aplicar reglas para casos que no fueron previstos sin importar que se prejuzgue “ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos”, ni las consecuencias sociales de aplicar las reglas de esta manera¹². Por ello, algunos autores llegan a afirmar que en estos casos los funcionarios judiciales reciben de forma delegada la función de producir nuevas normas¹³.

Como explica Endicott, el legislador parece consciente de que la precisión, no siempre es útil para regular las conductas. En este sentido, advierte que sin principios y estándares no podrían regularse la amplia variedad de cosas que necesitan ordenar los sistemas jurídicos. Todo intento de regular la vida social sólo con reglas precisas no sería capaz de prever todas las situaciones que se pretenden regular. Cuanto más precisa pretenda ser la regulación más situaciones quedarán sin regulación y esto afectará más la capacidad del Derecho para regular la vida de la comunidad. Dicho de otra manera, sólo se puede regular la vida de una comunidad en toda su riqueza si además de reglas se utilizan principios y estándares abstractos¹⁴.

Además, la precisión no necesariamente favorece que el Derecho logre los fines que se propone o persigue. Si bien la precisión posee algunos beneficios, normalmente relacionados con el Estado de Derecho —v. g., la previsi-

bilidad—, también hay que reconocer que normalmente desmejora la capacidad del Derecho para conseguir otros de sus objetivos¹⁵. Un límite preciso de edad —v. g., mayor de 18 años— para admitir una donación de órganos hace caso omiso de las circunstancias de quien pretende donar —por ejemplo, si sólo le falta un mes para cumplir dicha edad y muestra signos de madurez suficientes para tomar tal decisión— y, por ello, puede acabar ignorando el objetivo de la ley de fomentar, permitir y regular determinado tipo de donaciones de órganos realizadas por personas maduras para salvar vidas humanas. Esto no quiere decir que en algunos casos una regla precisa o un límite de edad preciso no esté justificado. Sino que además de dichas reglas han de existir principios y estándares que admitan en casos puntuales mitigar la aplicación de tales reglas¹⁶. A esta dificultad han hecho mención algunos autores —v. g., Schauer— al advertir que debido a que las reglas están formadas por generalizaciones, su predicado fáctico incorpora ciertos supuestos que no sirven a sus objetivos o justificación —en este sentido las reglas son sobre-incluyentes—, a la vez que no incorporan otros supuestos que podrían servir a sus objetivos —en este sentido las reglas son infra-incluyentes—. Estas situaciones se producen cuando la aplicación de una regla genera un resultado no derivado de sus propósitos o justificación. En definitiva, como puede verse, a causa de la precisión de las reglas muchas veces se disminuye la capacidad del Derecho para dar efecto a los fines que persigue¹⁷.

En otras palabras, la referencia legal a principios y estándares cuya interpretación y aplicación supone delegar algunos márgenes de discrecionalidad en los tribunales permite comparar al 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 conscientes 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 con base en el 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 desarrollo¹⁸.

b) Principios y estándares como modo de proteger los derechos fundamentales

Por otra parte, los sistemas jurídicos 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 de constitucionalidad¹⁹.

La interpretación y 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 valorativo²⁰. En este sentido, Dworkin ha advertido que los contenidos materiales recogidos en los textos constitucionales requieren una “lectura moral de la constitución”²¹. 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”²², 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 políticos²³. Esto supone un rechazo expreso al ideal de Montesquieu de que el juez sea meramente la boca inerte que pronuncia las palabras de la ley²⁴. 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, al menos dos pueden ser las causas principales por las que los jueces gozan de algún tipo de discrecionalidad al decidir los casos que se le 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.

3. LA NATURALEZA DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Explicado por qué resulta inevitable 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 deciden discrecionalmente, a continuación se abordará la cuestión de la naturaleza de dicha discrecionalidad.

En general la noción de “discreción” y en particular la de “discrecionalidad judicial” ha-

cen 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 aspectos²⁵.

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”²⁶. 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 otras²⁷. Esto supone un cierto²⁸ margen de autonomía²⁹, libertad³⁰ o falta de control³¹ para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica³².

a) La discrecionalidad judicial como elección ¿debidada?

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 delegada³³. No obstante, este margen de libertad que se da a quien decide normalmente se complementa con el deber de resolver impuesto a los jueces³⁴.

Como la existencia de este deber puede ser presentado más como una cuestión de hecho

que como una cuestión “necesariamente” conceptual, algunos autores han sostenido que la tesis de la discrecionalidad judicial no puede ser presentada como una tesis nuclear de la teoría del Derecho³⁵. Por más que sea imaginable un sistema jurídico que permite a los jueces no decidir los casos en los que el Derecho resulta indeterminado —por ejemplo, porque se les permite remitirlos al poder legislativo, etc.—, ineludiblemente los jueces de un sistema jurídico semejante se encontrarán con casos en los que tendrán dudas sobre lo determinada que sea su resolución jurídica y, por lo tanto, tengan que decidir discrecionalmente si resolver o no dicho casos³⁶.

b) 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 irracional³⁷. Como dice Hart, cuando el Derecho resulte 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*”³⁸.

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”³⁹.

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 estándares⁴⁰.

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"⁴¹.

En definitiva, de lo hasta aquí expuesto podría caracterizarse a 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 posibles⁴². 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*⁴³.

c) 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 correcta⁴⁴.

Hart es ambiguo en este punto, lo cual parece explicarse en su posición de dejar abierta la cuestión de la objetividad de la moral⁴⁵. Como es evidente, si el Derecho remite a la moral, y 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. g., cuando los jueces aplican las normas de conflicto—. 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 valores⁴⁶.

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 correcto⁴⁷. Esto es así por varias razones. En primer lugar, por la dimensión esencialmente contingente que suelen tener todos los problemas prácticos, y que afecta 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 contingente⁴⁸. 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 siempre 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 inconmensurabilidad 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 malas⁴⁹.

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 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. Este 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 comparada con una potestad delegada.

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 concretos⁵⁰. 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 Derecho⁵¹.

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 Raz⁵². En relación con ello, afirma que la razón por la que las instrucciones a las que remite el Derecho no forman parte de este 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 valioso⁵³.

Estas afirmaciones de Raz resultan un tanto sorprendentes. En concreto, la idea que sugiere que toda vez que el Derecho hace referencia a la moral o a otros criterios —considerados— extra-jurídicos —como la remisión que puede hacer un sistema jurídico a otro para resolver una determinada cuestión— los jueces han de resolver discrecionalmente, sin importar si dichos criterios resultan o no indeterminados.

En este sentido, Endicott advierte que si la discrecionalidad judicial implica “recibir un poder para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particu-

lar”⁵⁴ —es decir, implica tener que decidir entre “alternativas abiertas”— no se entiende en qué sentido los jueces tienen discrecionalidad cuando el Derecho establece que determinadas cuestiones han de resolverse con base en unos criterios extra-jurídicos que resultan precisos. Por ejemplo, no se entiende cómo puede decirse que cuando el legislador inglés ordena a sus tribunales aplicar Derecho alemán necesariamente les está otorgando discrecionalidad⁵⁵.

4. LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: DE LA JUSTICIA INSTITUCIONALIZADA A LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA⁵⁶

A. LÍMITES INSTITUCIONALES A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Las decisiones judiciales discrecionales, entendidas en parte como potestades delegadas, se encuentran especialmente limitadas, en primer lugar, porque en la mayoría de los casos sólo son ejercidas para disponer sobre un caso en particular.

Por otra parte, dichas decisiones normalmente también están limitadas por cortapisas jurídicas que no alcanzan a los poderes legislativos. Por ello, cuando el Derecho guarda silencio, se vuelve contradictorio o resulta poco claro para establecer cómo ha de resolverse un caso los jueces no arrinconan precisamente sus libros jurídicos y empiezan a legislar sin mayor guía del Derecho⁵⁷.

En realidad, al decidir tales casos, citan algunos principios —muchas veces recogidos en las Constituciones—, o se remiten a principios generales del Derecho, o tienen en cuenta anteriores decisiones de otros tribunales sobre casos similares, o apelan a algunos objetivos o propósitos generales que alguna área del derecho existente persigue, o toman en cuenta

diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etc. Todos estos criterios —muchas veces— institucionalizados apuntan hacia una determinada respuesta para el caso.

Sin embargo, como se ha advertido *supra*, aunque estos procedimientos ciertamente retrasen, no eliminan el momento de la creación judicial del Derecho. Los principios no tienen una consecuencia jurídica determinada y poseen una dimensión de peso o importancia que admite diferentes grados y posibilidades de cumplimiento. El recurso a los criterios que surgen de la resolución de casos similares o normas análogas exige determinar en qué medida existen similitudes o diferencias “esenciales” entre el caso que se busca resolver y el caso o la norma análoga a la que se apela. El juez tendrá a menudo que escoger esto, confiando, como un legislador consciente, en su sentido de lo que sea mejor y no necesariamente en una respuesta ya establecida y prescrita por el Derecho.

En definitiva, —siguiendo a Hart— puede concluirse que cuando los jueces deciden discrecionalmente simultáneamente crean nuevo Derecho, y aplican el Derecho establecido, que, al tiempo, confiere y limita sus poderes de crear Derecho⁵⁸.

B. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN LA DECISIÓN JUDICIAL DISCRECIONAL

Como surge de la descripción que se hace de la naturaleza de la discrecionalidad judicial, la decisión discrecional que se caracteriza por ser en alguna medida *libre*, supone que siempre ha de optarse por una resolución que no sea *arbitraria* o *no justificada*. Esto es así, porque el Derecho se presenta a sí mismo como pretendiendo ser correcto o razonable.

Hart y Raz dan algunos pasos en el reconocimiento de dicha pretensión del Derecho. En concreto, Hart presenta al Derecho como un conjunto de reglas que son *aceptadas* —no me-

ramente impuestas— como guía del comportamiento propio y crítica del comportamiento ajeno⁵⁹; es decir, como si aportasen razones para la acción.

Raz da un paso más en este sentido al afirmar expresamente que para explicar la normatividad del Derecho no alcanza meramente con advertir que existe una práctica de tomar al Derecho como una razón para la acción, sino que es necesario reconocerle al Derecho su *pretensión* de ofrecer un tipo especial de razón para la acción. Más específicamente, Raz considera que el Derecho pretende autoridad legítima⁶⁰.

Alexy avanza aún más sobre esta idea al explicar que todos los ordenamientos jurídicos históricos exhiben y formulan una pretensión de ser correctos o justos. Sucede que, por un lado, en el discurso jurídico —al igual que en el discurso práctico general— no resulta admisible afirmar algo y luego negarse a fundamentarlo —sin dar razones para esto— y, por el otro, quien fundamenta algo pretende que su fundamentación sea correcta y su afirmación acertada. Para Alexy —que en este punto sigue a Habermas—, la fundamentación del deber de fundamentar las afirmaciones normativas se encuentran en las reglas que están en la base de los actos del habla. Por ello, si alguien afirma algo y se niega a fundar lo que afirma —sin justificar esta negativa— es posible entonces replicarle: “no deberías afirmarlo”⁶¹. Sin embargo, quizás incluso sea posible fundar las reglas que están en la base de los actos del habla en la exigencia de la razón práctica que establece que es una elección irrazonable hacerse lo que se juzga o piensa como irrazonable (o no pueda ser fundado en razones) —no importa cuán erróneo sea su juicio de conciencia—⁶².

Dicha pretensión de corrección puede advertirse en el hecho de que los actos institucionales siempre están conectados a la afirmación —que suele ser— implícita y no meramente institucional de que los actos jurídicos son sustancial y procedimentalmente correctos. Esta afirmación implícita puede hacerse explícita

mostrando que la negación explícita de la pretensión de corrección es absurda. Por ejemplo, sería absurda una sentencia que estableciera que “se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del Derecho vigente, a cadena perpetua”⁶³. Lo absurdo de esta sentencia es que en ella se daría una contradicción entre lo que afirma explícita e implícitamente⁶⁴.

En definitiva, un límite sustancial para la determinación de la decisión discrecional, que se da en el proceso de razonamiento judicial que busca una solución para un caso, es que dicha determinación sea *correcta o justa* como pretenden serlos todos los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, hay que reconocer que este límite puede resultar demasiado amplio, ya que existen múltiples concepciones acerca de lo correcto, razonable o justo e incluso pueden ser admisibles varias determinaciones posibles de la aplicación de dicho criterio. Por ello, es posible seguir avanzando en esta línea y ofrecer otro límite sustancial más claro a la discrecionalidad que en ocasiones poseen los jueces al decidir. Este otro límite u orientación se deriva del anterior y es compartido por las diferentes concepciones acerca de lo correcto, razonable o justo. Sintéticamente, este límite representa lo que podríamos considerar la contracara de la orientación anterior. Dicho de otro modo, si la decisión discrecional que se tome siempre ha de ser correcta o justa, esto supone como mínimo que nunca podrá ser *arbitraria*. En este sentido, tanto Hart como Raz sostienen que las decisiones judiciales nunca han de ser arbitrarias, ni siquiera cuando el Derecho guarda silencio sobre cómo resolver un caso y los jueces han de resolver discrecionalmente creando nuevo Derecho. Para estos autores, los jueces nunca han de decidir sin justificar sus decisiones. Dicho de otro modo, el funcionario que ha de interpretar y aplicar las normas para la resolución de los conflictos “...debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión...”⁶⁵.

Alexy avanza nuevamente un poco más sobre estas ideas hasta defender la denominada “fórmula de Radbruch”⁶⁶. Según la versión más abreviada de esta fórmula, desde el punto de vista del funcionario que ha de resolver un caso conforme a Derecho o del ciudadano que ha de obedecerlo (el participante de la práctica jurídica) “la extrema injusticia no es Derecho”. Obviamente, la injusticia extrema es un ejemplo patente de arbitrariedad y este argumento descansa sobre la idea de que nunca, bajo ninguna circunstancia, puede justificarse una extrema injusticia. Justamente por esto, para Alexy, este límite se define sustancialmente por el núcleo de los derechos humanos cuya validez es considerada “eterna” —es decir, que serían válidas para todos los seres humanos con independencia del tiempo y el espacio—⁶⁷.

De lo hasta aquí expuesto, puede decirse que cuando surge un debate por falta de acuerdo sobre la aplicación de una norma —sea porque el caso no está claramente previsto en su supuesto de hecho, o porque varias normas hayan previsto el caso y ofrezcan soluciones incompatibles, o porque el modo en que ha sido enunciada una norma admite varios contenidos posibles—, no es necesario detener el razonamiento de determinación judicial y comenzar a legislar sin mayor guía del Derecho.

Una vez tenidas en cuenta las reglas lingüísticas y las reglas que buscan solucionar los problemas antes mencionados —reglas de colisión, presunciones, etc.— y cuando éstas resultan insuficientes, el intérprete ha de indagar en el fin o la intención pragmática de la o las normas aplicables. A su vez, dicha búsqueda está orientada, en primer lugar, por un punto de partida o piso que exige que el fin pragmático que se escoja sea coherente con el fin lingüístico que surge de la redacción de la norma. Además, en segundo lugar, la búsqueda del fin pragmático también está limitada por la selección de un fin correcto, razonable o justo y, por lo tanto y más acotadamente, no arbitrario. Especificando incluso un poco más este límite, puede afirmarse que en ningún caso y bajo ninguna excepción puede pretender re-

solverse un caso atribuyéndosele a una norma un fin extremadamente injusto o contrario al núcleo de los derechos humanos⁶⁸.

No obstante, como explica Zambrano, “[e]ntre el piso lingüístico de la interpretación y el techo de un sentido objetivo de justicia queda todavía un amplio margen de posibilidades interpretativas que muchas veces enfrenta a los intérpretes a una “elección”. Esta elección acotada no es sinónimo ni de arbitrariedad, ni de confusión total entre Derecho y Moral. Es un camino intermedio (...). Es “co-creación” o creación “a partir” del piso dado por las reglas lingüísticas, y hacia el techo o ideal delimitado por los fines del Derecho”⁶⁹.

C) ENTRE LOS LÍMITES INSTITUCIONALES Y LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN LA DECISIÓN JUDICIAL: LA POSIBILIDAD DE APROXIMARSE A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL DESDE LAS TEORÍAS DE LA DECISIÓN JUDICIAL CENTRADAS EN LAS VIRTUDES

Si bien existen otros caminos para intentar mostrar los límites de la discrecionalidad judicial⁷⁰, ninguno de dichos senderos evitará que los jueces deban en parte crear nuevo Derecho cuando deciden discrecionalmente. Por esto, puede resultar interesante no sólo ofrecer criterios o condiciones negativas que eviten la no-incorrección o la irracionalidad o que establezcan pisos y techos dentro de los cuales ha de decidirse discrecionalmente, sino también presentar disposiciones o aptitudes que se han de tener para desempeñar correctamente la función jurisdiccional y que incluso pueden ser traducidas en pautas positivas que guíen el último paso de la decisión discrecional para evitar que éste sea meramente arbitrario o, como mínimo, no resulte debidamente iluminado⁷¹.

Una estrategia posible para avanzar en este último sentido puede ser la ofrecida por los recientes desarrollos presentados por las teorías del Derecho que utilizan recursos o herramientas y el modo de aproximarse propio de las teorías de las virtudes éticas. Estas teorías pretenden iluminar de un modo complementario diferentes problemáticas de la teoría del Derecho.

Lo característico o distintivo de una teoría del Derecho centrada en las virtudes de la decisión judicial es que no se preocupa principalmente por ofrecer criterios de lo que debe contar como una decisión adecuada a Derecho, correcta o justa; para luego, a partir de allí, inducir la imagen de lo que se espera de un buen juez. En cambio, una teoría centrada en las virtudes parte de ellas y desde allí se iluminan las buenas decisiones. Esto supone que una teoría centrada en las virtudes se aproxima a la decisión judicial desde quien decide (a partir del carácter del juez), en vez de hacerlo únicamente desde el acto de decisión (la conducta del juez). Su objetivo principal es responder a la pregunta ¿cómo debe ser un juez?, lo que se espera que ayude a responder ¿cómo ha de actuar un juez?⁷². Con este tipo de explicación no se pretende rechazar los modos tradicionales de aproximación a la teoría de la decisión judicial; sino, por el contrario, complementarlos o permitir que pueda ofrecerse una completa explicación de dichas decisiones⁷³.

Si bien en esta oportunidad no se avanzará en una explicación pormenorizada de una propuesta de este tipo (lo que ameritaría unos desarrollos que exceden los objetivos de este trabajo), se pondrá un ejemplo de cómo es posible por medio de un aproximación a través de la ética de las virtudes mostrar las aptitudes necesarias para decidir judicialmente de modo correcto y traducir dichas aptitudes en pautas positivas que sirvan de guía para las decisiones judiciales discrecionales. Para ello, principalmente se plantearán dos tesis. La primera ellas sostiene que la virtud de la prudencia es una virtud fundamental de la judicatura (aunque no siempre se le reconoce dicha importancia).

La segunda tesis es que una presentación de la virtud de la prudencia alcanza para mostrar la potencialidad de las teorías de la decisión judicial centradas en las virtudes para ofrecer pautas positivas de decisión judicial discrecional.

Con respecto a la primera tesis, existen razones para pensar que es prioritaria importancia tener en cuenta el potencial explicativo de la virtud de la prudencia en lo que respecta a cómo han de resolverse los casos en los que los jueces deciden discrecionalmente. Llamativamente, suele suceder que no es suficientemente recordada la preeminente función de la prudencia en la tarea judicial⁷⁴. En algunas ocasiones, incluso las teorías que desarrollan las virtudes de la labor judicial ponen especialmente énfasis en explicar el rol que juega la virtud de la justicia sin terminar de poner de relieve su dependencia con la virtud de la prudencia⁷⁵.

Dos son las razones por las que consideramos que la virtud de la prudencia es una virtud fundamental de la judicatura. La primera de ellas es que la virtud de la prudencia es condición de posibilidad del resto de las virtudes, incluida la de la justicia. Esto es así porque la virtud de la prudencia o virtud del razonamiento práctico, es la encargada de determinar cómo ha de obrarse en una situación concreta. En palabras de Aristóteles, la prudencia es la virtud que permite “deliberar rectamente sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo, no en un sentido parcial, por ejemplo, para la salud, para la fuerza sino para vivir bien en general”⁷⁶. Si bien esta virtud ayuda a perfeccionar las capacidades intelectuales, porque opera sobre un tipo de conocimiento en particular (el práctico); también perfecciona al carácter, porque el objeto de las capacidades intelectuales que busca perfeccionar no son las capacidades vinculadas al conocimiento en sí mismo (propio de la Ciencia), sino sólo al conocimiento práctico de cómo ha de obrarse en una situación en particular⁷⁷. Por ello, como advierte MacIntyre, se la define como la virtud de “quien sabe cómo juzgar [qué ha de hacerse] en los casos en particular”⁷⁸. Así, es

tarea de la prudencia “determinar cómo y por qué vías debe alcanzar en sus actos un medio racional...”⁷⁹. Dicho de otra manera, la virtud de la prudencia es el “ojo del alma”⁸⁰ que permite “determinar el medio [de cualquier virtud] entre los extremos en los casos en los que la virtud es un medio”⁸¹. En definitiva, la prudencia es un presupuesto para que puedan darse otras virtudes porque es la que permite ver o conocer la medida del obrar al que se inclinan las otras virtudes⁸². Así, por ejemplo, la virtud de la justicia inclina a dar a cada uno lo que le corresponde y, a su vez, presupone el conocimiento de lo que le corresponde a cada uno. Precisamente, el conocimiento de lo que le corresponde a cada uno es uno de los objetos de la virtud de la prudencia⁸³. Por la virtud de la justicia se inclina el juez a juzgar bien y por la de la prudencia averigua qué debe juzgar en cada caso para juzgar bien⁸⁴. Por esta razón, sostiene Aristóteles que no se puede tener las virtudes morales sin ser prudente. La justicia, la moderación o la fortaleza sin la prudencia serían como “un cuerpo robusto pero sin visión, [que] al ponerse en movimiento, puede resbalar fuertemente por no tener vista...”⁸⁵.

La segunda razón por la que consideramos que la virtud de la prudencia es la que posee mayor potencial explicativo en lo que respecta a cómo han de resolverse los casos en los que los jueces deciden discrecionalmente es que dicha virtud (y no la de la justicia) es la que permite explicar o iluminar mejor el camino completo que discurre desde los principios, sub-principios, reglas, estándares, criterios o pautas jurídicas generales a las decisiones discrecionales particulares⁸⁶. Precisamente la principal función de la prudencia es integrar en las decisiones las pautas generales de comportamiento con el conocimiento de lo singular y concreto⁸⁷. Dicho de otro modo, la virtud de la prudencia es el puente que se necesita para poder aplicar las demandas generales a los casos concretos⁸⁸. Por ello, uno de sus objetivos es que en una decisión se armonicen y, por lo tanto, no se sacrifiquen ninguno de los extremos de toda decisión: lo general o

universal de los criterios para una decisión y lo particular o singular de lo que se decide⁸⁹. Pero, ¿cómo puede lograrse un conocimiento tanto de lo universal como de lo particular? Y más aún, ¿cómo puede lograrse una síntesis de ambos tipos de conocimiento? o ¿cómo una decisión puede atender, a la vez, tanto a los criterios universales como a las situaciones particulares?⁹⁰.

Los autores que han desarrollado las etapas del juicio prudencial advierten que, por un lado, requiere un esfuerzo de *indagación* tanto de los primeros principios del razonamiento práctico (y teórico), como también de los subprincipios y reglas que de ellos se derivan. Pero además de investigarse dichos principios, subprincipios y reglas de comportamiento, también han de indagarse los aspectos singulares o particulares sobre los cuáles se va a desarrollar (o se ha desarrollado) la acción⁹¹. Si, como se ha explicado, la prudencia aplica el conocimiento universal a cosas particulares, “nadie puede aplicar de forma adecuada una cosa a otra sin conocer ambas, es decir, lo aplicado y el sujeto al que se aplica”⁹². Lo contingente, particular y circunstanciada que son las acciones sobre las que versa la prudencia, permite diferenciarla del tipo de conocimiento sobre el que versa la sabiduría teórica o el conocimiento científico⁹³.

Por otra parte, debido a que las acciones contingentes sobre las que versa la prudencia son tan variadas (de una diversidad casi infinita), se vuelve indispensable recurrir a la experiencia que se adquiere a lo largo del tiempo. Para ello, es indispensable tener en cuenta tanto la memoria personal cuanto la apertura para escuchar los consejos de quienes gocen de mayor experiencia que quien ha de decidir⁹⁴. Incluso, en el caso de tener que elegir, Aristóteles considera que es preferente tener experiencia antes que sabiduría, ya que “algunos sin saber, pero con experiencia en otras cosas, son más prácticos que otros que saben”. En definitiva, debido a que la prudencia es práctica “se deben poseer ambos conocimientos”, porque la práctica o “la acción tiene[n] que ver con

lo particular”; “[s]in embargo, también en este caso debería haber una fundamentación”⁹⁵.

Indagados y conocidos tanto los criterios generales y abstractos de comportamiento, cuanto su otro extremo, lo operable singular y contingente es necesario hacer un *juicio* acerca de cómo pasar de los criterios generales que se presentan como fines para el obrar hacia los medios adecuados para realizar dichos fines. En otras palabras, resulta necesario establecer de qué manera obrar según lo conocido a fin de determinar cuáles son los medios sensatos para lograr el fin correctamente indagado⁹⁶. Para *juzgar* de este modo es necesario tener tanto la sensatez para determinar cuáles son las reglas comunes que rigen la consecución de un fin particular, como la perspicacia para establecer si (específica y excepcionalmente) en lo que ha de decidirse es necesario apartarse de las reglas comunes para lograr realmente en el caso en concreto el fin perseguido⁹⁷. Todo esto exige también ser cauto en las decisiones que se toman para lograr determinar un medio adecuado al fin que se persigue y también tener en cuenta las especiales consecuencias y los futuros contingentes de las decisiones que se tomen. Incluso, cuando se presenta de improviso algo que debemos decidir sin mayor tiempo para una pausada deliberación, es también necesaria la sagacidad “para la rápida y fácil invención del medio” adecuado para conseguir el fin perseguido⁹⁸.

Deliberado los aspectos generales y particulares de lo que haya que decidir y juzgado el medio más adecuado para el caso, resta todavía *ejecutar* correctamente lo juzgado. Al final de cuentas, ésta es la parte más importante de la prudencia, ya que no tiene sentido la deliberación, ni el juicio, sin que se haga operable o se ejecute el resultado de la indagación y del juicio⁹⁹. En esta fase es particularmente importante la diligencia de quien decide prudencialmente a fin de obrar rápidamente una vez tomada la determinación (cuidadosamente considerada)¹⁰⁰. Para lograr esto es necesario ser consciente que dentro del ámbito de las decisiones prudenciales (singulares y contingen-

tes) no es esperable la misma certeza que es posible alcanzar en el conocimiento científico. En el ámbito del conocimiento práctico es esperable obtener resultados probables, opinables e incluso conjeturables y no demostrables¹⁰¹.

Consideramos que esta presentación de la virtud de la prudencia puede alcanzar para mostrar la potencialidad de la teoría de la decisión judicial centradas en las virtudes para explicar las aptitudes que han de tener los jueces para decidir correctamente y que, a su vez, pueden ser traducidas pautas positivas de decisión judicial discrecional. Del desarrollo de las diferentes fases de la prudencia se pueden reconocer disposiciones que son de gran importancia para la determinación de una decisión judicial que institucionaliza una respuesta justa entre el piso lingüístico de la interpretación normativa y el techo de un sentido objetivo de justicia. Sólo a modo de ejemplo, puede advertirse que un juez prudente es aquel que conoce y tiene en cuenta todo el sistema jurídico, desde los principios que lo justifican y se presentan como su horizonte teleológico, hasta las reglas concretas que establecen cuáles son los medios legales de regulación de una situación específica.

Sin embargo, más especialmente es el que se encuentra inclinado a conocer y determinar concretamente cuál es la *litis* en cuestión, cuáles fueron los hechos relevantes del caso que se le plantea y cuál ha de ser la calificación jurídica de dichos hechos. A su vez, el juez prudente ineludiblemente ha de ser un juez experimentado y capaz de aprovechar esa experiencia profesional para tomar decisiones y, además, ha de ser suficiente abierto para detectar y aprovechar las experiencias exitosas de otros jueces a los que les ha tocado decidir casos similares. El juez prudente también posee la sensatez para detectar las reglas que específicamente se aplican mejor al caso que se le plantea, la perspicacia para establecer si (específica y excepcionalmente) en lo que ha de decidirse es necesario apartarse de lo literalmente establecido por dichas reglas para lograr realmente en el caso en concreto el fin jurídico persegui-

do y la cautela para tener en cuenta las especiales consecuencias de las decisiones que se tomen. Incluso, un juez prudente ha de poseer la sagacidad suficiente (fruto de su experiencia) para juzgar dentro de los plazos legales casos en los que tanto los hechos, como el derecho y las posibles soluciones resultan muy controvertidos. También un juez prudente ha de tener una inclinación a *ejecutar* de modo adecuado y a tiempo lo correctamente juzgado¹⁰².

5. CONCLUSIÓN

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse, en primer lugar, que la discrecionalidad judicial es una consecuencia ineludible de que las normas jurídicas positivas a veces resulten incapaces de ofrecer una única respuesta correcta. Básicamente tres son las causas por las que *inevitablemente* algunas cuestiones jurídicas terminan siendo indeterminadas: las lagunas, las antinomias y la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho. Como se ha advertido, los intentos de superar completamente estas causas de indeterminación jurídica (v. g., *référé législatif*, norma de clausura, criterios de prelación entre normas, reglas de interpretación o que se tenga en cuenta el contexto, propósito o trasfondo de valores, acudir a la intención original, etc.) no han logrado su propósito.

No obstante, 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 observarse cuando reconocen la necesidad de incorporar principios para superar los llamados defectos lógicos del ordenamiento jurídico y cuando incorporan derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos en principios que vinculan a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y sistemas de control de constitucionalidad.

En este trabajo se ha propuesto una caracterización de la discrecionalidad judicial como una “elección *debida* 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. Sin embargo, se aclaró que ello no implica que las decisiones discrecionales deban tomarse de manera arbitraria, por el contrario, quien decide ha de hacerlo fundándose en razones que justifiquen su actuar.

Si bien puede parecer contradictorio, por un lado, afirmar que las decisiones discrecionales han de tomarse “eligiendo 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; incluso si se le reconoce algún papel al razonamiento práctico general en la determinación del resultado jurídico correcto, esto no necesariamente supone que siempre se logre llegar a un *único* resultado correcto. Esto es así, entre otras cosas por la dimensión esencialmente contingente que suelen tener todos los problemas prácticos y porque la conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones igualmente racionales.

Como han sugerido algunos autores, 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 judicial como un proceso de decisión en varias etapas. No obstante, cuando

los jueces deciden discrecionalmente no es que se ponen a legislar sin mayor guía del Derecho. En cambio, sus decisiones se encuentran limitadas institucionalmente por el hecho de que normalmente deciden sobre un caso en particular y por principios, precedentes, propósitos de las normas, diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etc. Además, la determinación de la justicia por medio de la decisión discrecional siempre supone la elección de una resolución no *arbitraria* o *injustificada*, ya que (como advierten en parte Hart, Raz y Alexy) la práctica jurídica es aceptada como y pretende ser legítima, correcta o justificada. Esto supone como mínimo que una decisión discrecional nunca podrá ser *arbitraria*.

En definitiva, la decisión judicial discrecional ha de partir el piso que le imponen las reglas lingüísticas y las reglas que buscan solucionar los problemas antes mencionados (reglas de colisión, presunciones, etc.), hacia el techo impuesto por el fin o la intención pragmática de la o las normas aplicables que también está limitado por la selección de un fin correcto, razonable o justo y, por lo tanto y más acotadamente, no arbitrario (y bajo ningún caso y excepción, contrario al núcleo de los derechos humanos).

Por último, es probable que la creación de Derecho ofrecida por la decisión discrecional (que parte del piso dado por las reglas lingüísticas y hacia el techo o ideal delimitado por los fines del Derecho) puede ser mejor explicada desde las teorías de las virtudes judiciales, que permitan desentrañar el espacio intermedio que se encuentra entre los límites institucionales a la decisión discrecional y el resultado de dicha decisión que institucionaliza cuál es la respuesta correcta para el caso que se decide.

NOTAS

1. Cfr. H. L. A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, 123-144.

2. Algunos autores prefieren identificar todo el problema de la indeterminación del Derecho con el concepto de laguna. Por ejemplo, Raz propone una definición amplia de laguna. En concreto, sugiere que hay una laguna jurídica cuando algunas cuestiones jurídicas sujetas a la jurisdicción competente no tienen una respuesta completa. Como puede observarse, este concepto parece incorporar toda causa de indeterminación jurídica. Así, la laguna no es una de las causas de la indeterminación jurídica, sino que es la noción que engloba todas las causas de indeterminación jurídica. Por ello, afirma que existen diferentes tipos de lagunas jurídicas. Específicamente, distingue las lagunas que surgen por la vaguedad de los conceptos jurídicos, de las que surgen por la existencia de conflictos normativos y de las que surgen cuando el Derecho hace explícitamente referencia a consideraciones morales. Cfr. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, 53-77.
3. Cfr. M. Moore, “Four Reflections on Law and Morality”, *William and Mary Law Review* 48 (2007), 1529-1531.
4. El desarrollo del debate a lo largo de la Historia ha llevado a que se distinguan distintos tipos de lagunas y distintos tipos de soluciones para cada una de ellas. Por ejemplo, algunos autores hablan de lagunas normativas cuando el Derecho no ofrece una solución a un caso, o de lagunas de conocimiento cuando la ignorancia de algunas cuestiones del caso no nos permiten saber qué norma se le aplica, o de lagunas de reconocimiento cuando hay dudas en la subsumición de un caso individual en un caso genérico previsto en la norma, etc. Como se verá, para cada tipo de problemas se han intentado soluciones diferentes sin que ninguna logre eliminar por completo toda indeterminación jurídica. Por ejemplo, para resolver los problemas observados en las lagunas normativas se proponen reglas generales de clausura, para salvar la ignorancia de algunos datos de los casos se establecen presunciones, para solucionar las antinomias se otorga diferente jerarquía a las diferentes normas, etc. Cfr. M. C. Redondo, “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, *Doxa* 20 (1997), 186. Para un desarrollo más extenso del tema de las lagunas cfr. C. E. Alchurrón y E. Bulygin, *Lagunas del Derecho y análisis de casos*, Buenos Aires, Buschi, 1971.
5. Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Traducción de G. Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, 157-159.
6. Cfr. P. Serna, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, México, Porrúa, 2006, 33. Un estudio detallado sobre esta problemática, en L. Lombardi Vallauri, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1981, 25-115.
7. 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. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 241 ss. No obstante, también defiende que tener en cuenta el propósito o el trasfondo de valores que se presupone cuando uno se comunica no sólo puede ayudar a evitar resultados manifiestamente absurdos y moralmente repugnantes, sino a que casos que en principio podrían parecer indeterminados —porque el significado evidente de algunos de sus términos se encuentra en zona de penumbra— terminen siendo, en realidad, casos jurídicamente determinados. Cfr. *Ibid*, 244 ss.
8. Para un desarrollo de algunas de las dificultades inherentes de pretender apelar avalorativamente a las intenciones originales del legislador véase, por ejemplo, R. Dworkin, *Law’s Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1986 (Reimp. 1998). Traducción de C. Ferrari, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, 223-238; M. Moore, “The Semantics of Judging”, *Southern California Law Review* 54 (1981), 265-270; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Traducción de J. L. Martí y A. Quiroga, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 143-174; y W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 255-256.
9. 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. Cfr. L. Lombardi Vallauri, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1981, 40-41; y M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, 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. H. L. A. Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema* 36 (1990), 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. J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994. Traducción de M. L. Melón, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, 263.

10. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 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. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 250-254. Bix interpreta a Hart en este mismo sentido. Cfr. B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 8.
11. Cfr. H. L. A. Hart, “Postscript”, en *The Concept of Law* (segunda edición), Oxford, Clarendon Press, 1994, 251-252 (de ahora en adelante “Postscript”). 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. B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit. 8.
12. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 160-162.
13. Cfr. *Ibid*, 169 y J. Raz, *La ética en el ámbito público*, cit. 265 ss.
14. Cfr. T. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 190 ss. y “El Derecho es necesariamente vago”, en *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, 74-81. Alexy sugiere un sistema de reglas, principios y procedimientos. Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Traducción de J. M. Seña), Barcelona, Gedisa, 1994, 172 ss.
15. Cfr. T. Endicott, “El Derecho es necesariamente vago”, en *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, 74-81.
16. Existe un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que admite una excepción a dicho límite de edad teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso. Principalmente se tuvo en cuenta que: i) sólo faltaban un par de meses para que la menor que solicitó la autorización judicial para donar cumpliera con la mayoría de edad requerida; ii) quien tenía que recibir la donación corría grave riesgo de esperar esos meses; y iii) la donante mostró al tribunal su capacidad para tomar la decisión de donar. Cfr. Saguir y Dib, Fallos 302:1284 (1980).
17. Esto genera lo que Schauer denomina “experiencias recalcitrantes”. Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 31-34 y 39. A esto mismo Endicott lo llama “arbitrariedad”. Cfr. T. Endicott, “El Derecho es necesariamente vago”, 74 ss.
18. Cfr. J. Raz, *La ética en el ámbito público*, cit. 259-276.
19. J. B. Etcheverry, “La práctica del Derecho en tiempos del neoconstitucionalismo”, *La Ley* 2011-A-2.
20. En un trabajo reciente Zambrano trabaja esta cuestión. Cfr. P. Zambrano, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, *passim*.
21. Cfr. R. Dworkin, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en R. Dworkin, *Freedom’s Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, 1-38.
22. Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1979, 24-26. Sobre la distinción entre principios y reglas cfr., entre otros, J. Cianciardo, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 108 (2003), 891-906.
23. Otras razones, vinculadas con las mencionadas, pueden verse en J. F. Malem, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 200, 11ss.
24. Montesquieu, *Del’esprit des lois*. Traducción de M. Blázquez y P. Vega, *El espíritu de las leyes*, Barcelona, Orbis, 1984, libro XI, cap. VI.
25. Para un explicación sobre los usos del término “discreción”, cfr. M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, 24 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 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—. Cfr. R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977. Traducción de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, 83-86.

26. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 160. Énfasis añadido.
27. Cfr. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 229.
28. Bix hace hincapié en lo limitada que resulta la libertad que otorga la discrecionalidad judicial. Cfr. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit. 27.
29. Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 222.
30. 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. T. Endicott, “Raz on Gaps—the Surprising Part”, en L. Meyer, S. Paulson y T. Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 110. Coleman considera que una norma discrecional es aquella que los jueces son libres de “ignorar”. Cfr. J. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 107.
31. 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. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 195 ss.
32. Cfr. M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, cit. 32-33; y R. Dworkin, *Los derechos en serio*, cit. 85.
33. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 169; y J. Raz, *La ética en el ámbito público*, cit. 265 ss.
34. 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”. H. L. A. Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit. 5-6.
35. Cfr. K. E. Himma, “Judicial Discretion and the Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 19 (1999), 71-82.
36. Cfr. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 241 ss. Hemos advertido las dificultades de los intentos de negar la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial en I.1.1.
37. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 159.
38. H. L. A. Hart, “Postscript”, cit. 273 (énfasis añadido).
39. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 253 (énfasis añadido).
40. J. Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal* 81 (1972), 847-848 (énfasis añadido).
41. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 218 (énfasis añadido).
42. Cfr. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit. 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. M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, cit. 53-56.
43. Razones que como mínimo comprometen a actuar del mismo modo siempre que se dieran circunstancias similares. Cfr. M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, cit. 58.
44. 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. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 226-229. Por su parte, Endicott define las decisiones discrecionales como decisiones 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 a 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 a Derecho” no ofrezca una única respuesta correcta, sí lo haga la moral, una vez consideradas todas las cosas. Cfr. T. Endicott, “Raz on Gaps-the Surprising Part”, cit. 110 y 114. La opinión de Schauer es similar. Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit. 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. B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit. 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. I. Lifante Vidal, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa* 25 (2002), 413-439.

45. Cfr. *Postscript*, 254.

46. Cfr. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 226-229. Por su parte, Endicott define las decisiones discrecionales como decisiones 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 a 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 a Derecho” no ofrezca una única respuesta correcta, sí lo haga la moral, una vez consideradas todas las cosas. Cfr. T. Endicott, “Raz on Gaps-the Surprising Part”, cit. 110 y 114. La opinión de Schauer es similar. Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit. 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. B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit. 25-28.

47. Cfr. R. Alexy, “La institucionalización de la razón”, (trad. de J. A. Seoane, *Persona y Derecho* 43 (2000), 233-235 y *Teoría de la argumentación jurídica*, (trad. de M. Atienza y I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 206 ss.

48. Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 94, a. 4.

49. Cfr. J. Raz, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 46-66; y J. Finnis, “On Reason and Authority in ‘Law’s Empire’”, *Law and Philosophy* 6 (1987), 372-375; o, del mismo autor, “Concluding Reflections”, *Cleveland State Law Review* 38 (1990), 238; “Natural Law and Legal Reasoning”, *Cleveland State Law Review* 38 (1990), 9; y *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980. Traducción de C. Orrego, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, 141 ss.

50. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 163-166.

51. Cfr. *Ibid*, 169.

52. J. Raz, *The Authority of Law*, cit. 46.

53. Cfr. J. Raz, *La ética en el ámbito público*, cit. 264.

54. T. Endicott, “Raz on Gaps-the Surprising Part”, cit. 110.

55. Cfr. *Ibid*, 100 y 114-115.

56. El subtítulo de este epígrafe ha sido inspirado en el título de un libro de Alexy “La institucionalización de la justicia”. Cfr. R. Alexy, *La institucionalización de la justicia*, trad. de J. A. Seoane y E. R. Soderó, Granda, Comares, 2005.

57. Cfr. H. L. A. Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit. 6 y 9.

58. Cfr. H. L. A. Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit. 6.

59. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 111 ss.
60. En este sentido, Raz afirma que su explicación se encuentra a mitad de camino entre la de Hart y la de Dworkin. J. Ruiz Manero, "Entrevista a J. Raz", *Doxa* 9 (1991), 343. Unos años después reconoce que la *pretensión* de autoridad legítima del Derecho es un punto de encuentro entre la tradición positivista del Derecho y la tradición de la ley natural. Cfr. J. Raz, "About Morality and the Nature of Law", *American Journal of Jurisprudence* 43 (2003), 3. Nos hemos referido a la explicación del Derecho como razón excluyente para la acción en J. B. Etcheverry, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, UNAM, 2007, 32 ss.
61. Cfr. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit. 133 ss. y 208 ss.
62. Este argumento ha sido presentado en la actualidad, entre otros autores, por Finnis. Cfr. J. Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit. 154-155. Aquino propuso esta exigencia de la razón práctica en Cfr. Aquino, *De veritate*, q. 17, a. 4.
63. Cfr. R. Alexy, "Derecho y Moral", trad. de J. A. Seoane y E. R. Sodero, en R. Alexy, *La institucionalización de la justicia*, ed. y presentación a cargo de J. A. Seoane, Comares, Granada, 2005, 22.
64. Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit. 41-45. Alexy y Bulygin han debatido sobre esta tesis (entre otros trabajos) en E. Bulygin, "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris* 13 (2000/2), 133-137; R. Alexy, "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", *Ratio Juris* 13 (2000/2), 138-147.
65. H. L. A. Hart, "Postscript", cit. 273 (énfasis añadido) y J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", cit. 847-848 (énfasis añadido).
66. Cfr. G. Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, (Trad. de M. I. Azareto de Vásquez), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, 7-52.
67. Por ello, para Alexy, las normas jurídicas positivas que son incompatibles con dicho núcleo de derechos humanos básicos son extremadamente injustas y, por lo tanto, no son Derecho. Cfr. R. Alexy, "Derecho y Moral", cit. 23-25 y "Derecho, discurso y tiempo", (trad. de P. Rodríguez y J. A. Seoane), en *La institucionalización de la justicia*, cit. 73 ss.
68. Hay que aclarar que los distintos momentos del proceso de determinación judicial de la solución para un caso anteriormente descrito, no se transitan o dan de forma aislada o separada, unos de otros, sino que dichos momentos se influyen y condicionan mutuamente. Tanto es así que en situaciones excepcionales o extremas incluso si lo que ordena una norma sobre la que existe acuerdo sobre su contenido y aplicación resulta extremadamente injusto o injustificable, dicha norma no ha de ser obedecida. Al respecto, por ejemplo, cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 96, a. 4, c. y II-II q. 69, a. 4, c.; J. Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit. 391 ss.; R. Alexy, "Una defensa de la fórmula de Radbruch", (Trad. de J. A. Seoane), en R. Vigo (comp.), *La injusticia extrema no es Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, 242 ss.; y J. A. Seoane, "Three Ways of Approaching Unjust Laws: Aquinas, Radbruch and Alexy", *Rechtstheorie* 37 (2006), 324.
69. P. Zambrano, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, cit. 63.
70. Como es sabido, el propio Alexy propone una serie de reglas para acotar este tipo de decisiones. Al respecto, por ejemplo, cfr. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, (trad. de M. Atienza y I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
71. Serna ha advertido este problema en las teorías procedimentales como la de Alexy. Cfr. P. Serna, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, cit. 90.
72. Cfr. M. A. Amaya Navarro, *Virtudes judiciales y argumentación*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, 19.
73. Cfr. L. B. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", *Metaphilosophy* 34 (2003), 184. En castellano, entre otros trabajos, pueden verse, Cfr. M. Atienza, *Cuestiones Judiciales*, México, Fontamara, 2004; M. A. Amaya Navarro, *Virtudes judiciales y argumentación*, cit. J. Saldaña, *Ética Judicial. Virtudes del Juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación – UNAM, 2007; R. Vigo, "Ética judicial e interpretación jurídica", *Doxa*

- 29 (2006); C. I. Massini Correas, "Determinación del Derecho y prudencia", *Sapientia*, en prensa y *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984.
74. Por ejemplo, Amaya Navarro afirma que "la virtud por excelencia de la judicatura es la virtud de la justicia". Cfr. M. A. Amaya Navarro, *Virtudes judiciales y argumentación*, cit. 30.
75. Cfr. L. B. Solum, "Natural Justice", *American Journal of Jurisprudence* 51(2006), 70 ss.
76. Aristóteles, *Ética a Nicomáquea*, VI, 5, 1140a 25 (se cita por la traducción a cargo de J. Palli Bonet, Madrid, Gredos, 2008).
77. Cfr. H. Paz, "Introducción a las cuestiones 47 a 56", en Tomás de Aquino, *Suma Teológica III*, Parte II-II (a), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, 379-380.
78. Cfr. A. MacIntyre, *After Virtue*, 2nd ed., Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2003, 154.
79. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* II-II q. 47, a. 7.
80. Aristóteles, *Ética a Nicomáquea*, VI, 12, 1144a 29.
81. Cfr. L. Zagzebski, *Virtues of the Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 221.
82. J. Pieper, *Las virtudes fundamentales*, 3ra ed., Madrid, Rialp, 1988, 38 ss.
83. Cfr. C. I. Massini Correas, *La prudencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, 86.
84. Cfr. *Ibidem*.
5. Aristóteles, *Ética a Nicomáquea*, VI, 13, 1144b 10.
86. Cfr. P. Serna, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, cit. 90.
87. Atienza afirma que la prudencia es "una síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo". Cfr. M. Atienza, *Cuestiones Judiciales*, cit. 141. Algunos de los autores que tradicionalmente han tratado la cuestión advierten que de escasear el conocimiento de alguno de estos extremos, es preferible que lo sea de lo universal y no de lo particular. Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* II-II q. 47, a. 3.
88. Cfr. L. Zagzebski, *Virtues of the Mind*, cit. 221-231.
89. Cfr. H. Paz, "Introducción a las cuestiones 47 a 56", cit. 382.
90. En el ámbito de la Teoría de la Interpretación Jurídica hay quienes consideran que no existen caminos intermedios o puentes entre las normativas generales y universales y lo particular de caso. Sobre el universalismo y el particularismo en la interpretación jurídica véase, por ejemplo, R. Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, UNAM-Trotta, 2008, 61-62.
91. Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* II-II q. 49, a. 2.
92. *Ibid*, II-II q. 47, a. 3.
93. Cfr. *Ibid*, II-II q. 47, a. 5.
94. Cfr. *Ibid*, II-II q. 49, a. 3.
95. Aristóteles, *Ética a Nicomáquea*, VI, 13, 1141b 15.
96. Cfr. *Ibid*, II-II q. 47, a. 6, 7 y 8.
97. Cfr. *Ibid*, II-II q. 52, a. 4.
98. Cfr. *Ibid*, II-II q. 49, a. 4, a. 6 y a. 8.
99. Cfr. *Ibid*, II-II q. 47, a. 8. Sobre el complejo debate acerca del papel del conocimiento y la voluntad en el accionar prudencial cfr. D. Westberg, *Right Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 216 ss.

100. Cfr. *Ibid*, II-II q. 47, a. 10.

101. Cfr. *Ibid*, II-II q. 48, a. 1.

102. Cfr. J. Adame Goddard, "La justicia del juez: juzgar bien", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* 21 (2006), 119-125 y J. Saldaña, *Ética Judicial. Virtudes del Juzgador*, cit. 34-37.

Fecha de recepción: 30/07/2012.

Revisado: 17/10/2013

Fecha de aceptación: 18/10/2013