

“LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA TEORÍA DE H.L.A. HART”

LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
ESCUELA DE FILOSOFÍA
ESPECIALIZACION EN FILOSOFÍA DEL DERECHO
BUCARAMANGA
2008**

“LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA TEORÍA DE H.L.A. HART”

LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO

**Tesis de Grado como requisito para optar al título
de Especialista en Filosofía del Derecho**

Director

PEDRO ANTONIO GARCÍA OBANDO

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
ESCUELA DE FILOSOFÍA
ESPECIALIZACION EN FILOSOFÍA DEL DERECHO
BUCARAMANGA
2008**

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. CONCEPTO	10
2. DIVERSAS TEORIAS SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	12
3. DE LA TEORÍA DE HART	16
CONCLUSIONES	20

RESUMEN

TÍTULO: LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA TEORÍA DE H.L.A. HART*

AUTOR: AVILA CABALLERO, Luis Javier**

PALABRAS CLAVE: “Discrecionalidad”, “Creación”, “Textura abierta”, “Áreas de penumbra”, “Casos no reglamentados o previstos en la ley”, “Núcleos de certeza”

DESCRIPCIÓN

En el ejercicio de la actividad judicial es común y frecuente que se presente la inquietud tratada en el presente ensayo: ¿Hasta dónde tiene el juez discrecionalidad en sus decisiones?. Para responder a ello echaremos una mirada a las diferentes posiciones asumidas por los estudiosos del Derecho, en especial a profundizar en quien más se ha preocupado por el tema: H.L.A. HART.

En su obra, “El concepto del Derecho”, HART nos muestra un juez virtualmente libre para decidir. En las páginas 152 y 153 de su magna obra avizora que:

“Todas las reglas importan reconocer y clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda aplica, y otros casos en los que hay razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales.”

Lo que antecede explica que quien administra justicia no sólo se puede sentir restringido por la normatividad existente, sino que en casos concretos, y ante la penumbra de duda, arrije al punto en que tiene él mismo que “crear” esa norma que le hace falta.

Caso contrario plantean sus contradictores, principalmente Dworkin, quien considera un error que ese juez “débil” pueda convertirse en legislador ilimitado, pues debe estar sujeto tanto a la normatividad, como a los principios que en ella van implícitos.

* Tesis de Grado

** Escuela de Filosofía. Especialización en Filosofía del Derecho. Director: Pedro Antonio García Obando.

ABSTRACT

TITLE: "JUDICIAL DISCRETION IN THE THEORY OF H.L.A. HART"*

AUTHOR: AVILA CABALLERO, Luis Javier**

KEY WORDS: "Discretion," "Creation", "open texture", "Areas of darkness", "Cases not regulated or provided by law", "cores of certainty"

DESCRIPTION

In the exercise of judicial activity is common and often that we present the concerns addressed in this essay: How far the judge has discretion in its decisions?. To answer this we need to look at the different positions taken by scholars of law, in particular to deepen over who has been concerned with the theme: H.L.A. HART.

In his book, "The concept of law," HART shows us a judge virtually free to decide. On pages 152 and 153 of his magna work sights that:

"All rules are important to recognize and classify particular cases as examples of general terms, and front any rule is possible to distinguish clear central cases , to which she undoubtedly applies, and other cases where there is reason to say as to deny what it applies. It is impossible to eliminate this duality of a core of certainty and a penumbra of doubt, when it comes to placing particular situations under general rules."

What precedes explains that who administers justice not only she can feel restricted by the existing standardisation, but in tactical missions, and before the penumbra of doubt, she arrives at the point in which she has he himself "to create" that norm that needs to him.

Their opponents are raising otherwise , mainly Dworkin, who considers a mistake that this "weak" judge can become an unlimited legislature , as he should be subject not only to the law as such, but to the principles that are implicit in it.

* Degree thesis

** School of Philosophy. Specialization in Philosophy of Law. Director: Pedro Antonio Garcia Obando.

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente ensayo es el de presentar unas breves consideraciones sobre la teoría de Herbert Hart, en cuanto concede al operador judicial una especie de “discrecionalidad” que le permite, ante los vacíos que considera existen en la normatividad o en el derecho positivo, en lo que hace a penumbra de duda, fungir como “creador” del derecho, convirtiéndose en una especie de “legislador”, pero con muchas limitaciones, inventándose, por decirlo así, la norma que debe aplicar a la solución del caso concreto. O como lo dice en la página 159:

“Frente al problema de si la regla que prohíbe el uso de vehículos en el parque es aplicable a una combinación de circunstancias en la que aquélla aparece indeterminada, todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo es si el caso se asemeja “en grado suficiente” al caso típico, en aspectos “relevantes”. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria, o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla.”

Y es que en su obra central “El Concepto del Derecho”, Hart se preocupa por investir al juez de ciertos poderes excepcionales en su ejercicio público, al considerar que la ley que le sirve de instrumento no es muchas veces suficientemente clara, ni siempre existen normas aplicables, o por el contrario existen muchas normas que le pueden ayudar a tomar la decisión pero tendrá que usar esa libertad que tiene para escoger la más adecuada.

Es en este punto en que la teoría de Hart produce mayores críticas para algunos otros estudiosos de la Filosofía del Derecho, quienes no conciben que el juez pueda ser simultáneamente legislador y tener poderes especiales para “crear”

derecho, como su principal crítico Ronald Dworkin. Sin embargo, frente a esta crítica concreta, Hart sale al paso con una concreción de su teoría, al explicar que tales facultades legislativas, además de no ser ilimitadas ni permanentes, solo las tiene en determinados momentos en que está tomando su decisión, y sólo son pertinentes para el caso concreto, sin que le esté permitido realizar todo lo que al legislativo se le permite.

De ahí que iniciaremos con una exposición de las diferentes teorías que tratan el tema de la discrecionalidad judicial, y concretamente con el tema de si el derecho es completo o no, punto inicial para reconocer la existencia de vacíos en la normatividad, reconocimiento que será el que permite al operador judicial desempeñar su función de “creador” del derecho a aplicar.

Ambientado así el tema a desarrollar, procederemos a intentar una exposición de la teoría de la discrecionalidad judicial expuesta por Hart en su obra “El Concepto del Derecho”, a la que se accedió por el estudio directo del texto, para luego tomar partido en su defensa, punto en el cual nos apoyaremos en algunos ejemplos de providencias judiciales proferidas con fundamento en esta posición del juez creador de derecho, y que hemos tenido oportunidad de estudiar de cerca.

1. CONCEPTO

En principio, interpretando en forma exegética el término “discrecionalidad”, podríamos decir que es aquella libertad que se tiene para hacer algo. Concretamente en una de sus acepciones, el DRAE dice que es aquella “potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas”¹.

Al aplicar entonces el término citado a la función ejercida por quienes tienen a su cargo la administración de justicia, en tanto que deben tomar las decisiones respecto de la aplicación de la ley a casos concretos, diríamos que en forma general se puede considerar la “discrecionalidad judicial” como aquella facultad que tiene el juez de decidir conforme a su propio criterio en los siguientes eventos: si no encuentra una norma expresa aplicable al caso que decide; o que si bien existe normatividad jurídica ésta no es suficiente en su criterio; o si existe mas de una disposición aplicable, caso en el cual su liberalidad consiste en la escogencia de una de ellas para solucionar el asunto bajo estudio.

Pero para que podamos hablar de “discrecionalidad” en la decisión judicial, debemos partir de las diferentes posiciones asumidas por quienes consideran o no que el derecho es “completo” o “incompleto”, para así dar lugar a la facultad del juez de “inventar” el fundamento legal de su decisión.

Y ello es así por cuanto si se piensa que el conjunto de normas que integra el derecho no contiene ningún vacío, pues se descartaría de plano la potestad del juez creador el derecho.

¹ Véase Diccionario Real Academia Española

Pero si por el contrario se considera -como asevera por ejemplo Hart- que el derecho contiene vacíos, es lógico que se concluya que el operador judicial es quien tiene la facultad de llenar tales indeterminaciones, sobre todo en consideración a las “penumbras de duda” que pueden tener dichas normas, y para ello debe estar investido de una facultad de crear el derecho que va a aplicar.

Para tal efecto, debemos presentar en forma sintética los criterios que sobre el punto específico de los “vacíos” del derecho y sobre la potestad de “creación” del mismo puede o no tener el operador judicial.

2. DIVERSAS TEORIAS SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

a. Teoría del “Derecho Integral” de Dworkin

Esta teoría parte del supuesto de que no existen en el derecho zonas de penumbras, o vacíos que justifiquen la discrecionalidad del juez, por cuanto el derecho debe considerarse en forma integral.

Piensa él que:

La ley es una empresa política cuyo asunto más general, de existir alguno, descansa en la coordinación de los esfuerzos del individuo y los de la comunidad, o en resolver disputas tanto sociales como individuales, o en asegurar que se haga justicia entre los ciudadanos y entre ellos y el estado o cualquier combinación posible entre estos elementos.²

Aunque aparentemente la teoría de Hart tendría alguna razón al decir que se presentan casos en los que no existe norma aplicable, esto sucede porque no siempre existen normas ordenadas jerárquicamente, ni reglas precisas para el caso, pues pero ello se debe a que la legislación siempre, inevitablemente, tiene implícitos los “principios” que no siempre son reconocidos por reglas sociales.

Así, los particulares que se presentan al juez para que éste tome una decisión deben tener cierta seguridad jurídica de que éste utilizará los principios como un juez con capacidades extraordinarias ³ para encontrar las reglas vigentes y la justificación moral de su decisión en casos difíciles, y no estar a la deriva, de acuerdo al criterio variable o caprichoso del operador judicial.

² DWORKIN, Ronald. Cómo el Derecho se parece a la literatura, en *La decisión judicial – El debate Hart-Dworkin*.. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes 1997.

³ Hércules, según la “Teoría de los derechos” de Ronald Dworkin.

Para Dworkin, en su teoría del derecho como integridad (principios y valores), sostiene que el juez descubre la historia jurídica anterior, tales como las reglas, principios, y antecedentes jurisprudenciales, para luego aplicar el derecho en su decisión, con base en ellas, sin importar que se trate de un caso fácil o difícil.

Cualquier juez obligado a pronunciarse en un pleito encontrará, si busca bien los registros de muchísimos casos relativamente parecidos y sobre los que se ha pasado sentencia a través de décadas y a veces hasta centurias por parte de otros jueces con estilos y filosofías políticas distintas, durante períodos de distinta ortodoxia procedimental y distintas convenciones jurídicas. (...) De manera que “Debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino.⁴

Y frente al caso en que existan dos principios jurídicos diferentes a aplicar, no se debe tomar como que éstos se encuentran en conflicto, sino que deben interpretarse como “competitivos”, sin que puedan ser ponderados con el razonamiento propio de la colisión de principios.

b. Teoría de Jeremías Bentham

Esta teoría, defendida por quien es considerado el padre del positivismo radical, fue la inspiradora de la teoría de la creación del derecho de Hart, y se caracterizó por su extremado radicalismo:

Consideraba este autor que en los casos no reglamentados por la ley no está obligado el juez a emitir ningún pronunciamiento, pues al carecer de norma en la cual sustentar su decisión, lo procedente era negar su jurisdicción.

Sería por tanto una especie de lo que actualmente conocemos como sentencia inhibitoria, en donde el juez, en lugar de dar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto que se somete a su decisión, prefiere abstenerse de hacerlo sustentando

⁴ Op. cit., p. 167.

su posición en el hecho de que no existe la disposición legal que le permita inclinarse a favor o en contra de las partes.

Es tan extrema la posición asumida por Bentham que en tales eventos le corresponde al juez remitir el asunto al conocimiento de quienes ejercen en el estado de derecho la función legislativa, a fin de que sean ellos quienes emitan un pronunciamiento pues él no se considera en condiciones de hacerlo con la “materia prima” que encuentra en la normatividad.

c. Teoría Crítica del Derecho de Duncan Kennedy

Esta teoría se coloca en un punto intermedio entre la teoría reconstructivista de Dworkin, sobre la actividad que debe desarrollar el juez en la aplicación del derecho, al limitarle su contenido, el cual lleva implícitos los principios morales y jurídicos; y la teoría de Hart que propende por una interpretación judicial muy amplia, hasta el punto de que la discrecionalidad permite “crear” el derecho.

Por ello centra su posición en lo que llama la experiencia personal del juez en un caso concreto, proponiendo que es claro que el juez en el momento en que se encuentra frente a un asunto que debe decidir, cuenta tanto con una gran limitación en la normatividad existente que lo restringe (Dworkin), como con una especie de libertad para crear el derecho en caso de que concluya que no existe norma aplicable (Hart).

De ahí que propone una teoría social, en la que advierte que el papel del juez va a estar determinado por la forma en que él percibe y llega al campo jurídico que tiene que aplicar. En tal sentido expone:

El juez tiene que decidir qué va a hacer desde una posición concreta. Dicha posición depende de los presupuestos dados que implica el proyecto vital del juez, del cuerpo de material jurídico y de los hechos que rodean el caso tal y como se captan al inclinarse el proceso y, por supuesto, del trabajo que el juez haya realizado con ese material y esos hechos. Al decidir, el juez toma riesgos, pero también puede ganar

credibilidad. (...) Nótese cómo, sin esa formación "interna" sobre cómo los jueces perciben los campos jurídicos, la noción de la ley como una restricción del poder del Estado no tiene mayor sentido. Debemos saber hasta qué medida y desde cuál posición un juez se siente restringido y qué tan fuerte es dicha restricción, porque de lo contrario no sabemos nada.⁵

Pero es que para Kennedy no existe ninguna justificación para realizar la distinción entre casos fáciles y difíciles, por lo menos en el sentido que lo hacen sus contemporáneos Hart y Dworkin, que la fundamentan en la existencia o no del derecho normativo a aplicar.

Considera él que la dificultad o no de un asunto a decidir radica exclusivamente en la experiencia del juez, pues si bien existen temas del derecho mas complejos que otros, dependerá de esa formación y del criterio del juez que le parezcan mas o menos fáciles, pues por ejemplo él podrá pensar que un caso es difícil cuando si bien existe una norma concreta y precisa para aplicar, la considera injusta, y de ahí que la dificultad no radique en la existencia o no de la norma, sino en lo que deberá hacer para no aplicarla. Y por el contrario, podría pensarse que se halla frente a un caso difícil en el que existe un gran vacío normativo, cuando para él es el campo propicio para moverse entre las diferentes soluciones llegando a una decisión que considera plenamente adecuada tanto para él como para las partes.

⁵ KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, 1999

3. DE LA TEORÍA DE HART

Parte la teoría de Hart describiendo el derecho como una combinación de reglas primarias y secundarias. Las segundas las clasifica en reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación.

Respecto de las reglas jurídicas es importantísimo para Hart establecer en qué consiste el aspecto externo de la regla y en qué consiste su aspecto interno:

- Aspecto Externo. En torno al tema explica Hart que para que exista una regla social, por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por un grupo. Consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar.
- Aspecto Interno. Hart ilustra esto con las reglas de un juego. Explica que no es que los jugadores de ajedrez tengan meramente el hábito similar de mover la reina de la misma manera, hábito que podría registrar un observador externo que no supiera nada de las actitudes que aquellos tienen respecto de sus jugadas. Además de ello, los jugadores observan una actitud crítica, reflexiva en relación con éste patrón de conducta: lo consideran un criterio o pauta para todo aquel que practique el juego. Cada jugador no sólo mueve la reina de cierta manera, sino que tiene “opinión formada” sobre la corrección de todos los que mueven la reina de esa manera. Ésta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos las formulan. Para la expresión de esas críticas, exigencias y reconocimientos se usa amplio campo de lenguaje normativo”. “Yo (tu) no debí (debiste) haber movido la reina de

esa manera”, “Yo (tu) tengo (tienes) que hacer eso”, “Eso está bien”, “Eso está mal.”

Considera entonces Hart que existen algunas normas que no permiten una interpretación única, y por eso las denomina normas de “textura abierta” en su lenguaje, y para su interpretación se debe acudir a la técnica de la analogía.

En este punto considera que toda expresión lingüística tiene dos partes:

Núcleo duro en donde hay acuerdo general en su interpretación, y es la que ayuda a dar solución a los casos fáciles, y

Área de penumbra, que es sobre la cual se presentan discusiones y por tanto debe acudirse a técnicas de interpretación, y es la que se presenta cuando hay que decidir en casos difíciles está mal.”

Por eso su teoría sostiene que en ciertos casos el juez tiene alguna discrecionalidad para escoger la interpretación que le parezca mas adecuada, caso en el cual no está “aplicando” el derecho sino que lo está “creando” para el caso concreto.

Sobre la definición de cuándo un caso es difícil, si bien Hart no utiliza tal denominación, que es propia de su contemporáneo Dworkin, sí habla él de los **“casos no reglamentados o previstos en la ley”**, que son aquellos en los cuales existe mas de una solución, y esto se debe precisamente a la “textura abierta” que presentan las normas dentro de un sistema jurídico.

Sin embargo, considera que existen además otras situaciones que dan lugar a la aplicación de la discrecionalidad por parte del juez, por presentarse dificultad en su solución, y ellos son:

- Cuando existe colisión entre dos principios
- Cuando no existe una norma aplicable al caso, es decir, que existe una “laguna” o vacío legislativo.
- Cuando existe una norma que se ajusta al caso, pero para el juez la aplicación de ésta vulnera el principio de equidad, es decir, en su criterio es una norma “injusta”.
- Si a pesar de existir norma, y decisiones o precedentes anteriores al caso, es necesario modificar dicho precedente por considerarle precisamente inadecuado.

Precisamente Hart sostiene que en casos fáciles se aplica el formalismo de la norma, pues basta con que el funcionario haga el cotejo con el texto mismo de la ley. Pero en los casos que no están reglamentados, el operador judicial aplica es una interpretación realista, esto es, en virtud de la discrecionalidad de la que está investido, crea la solución.

Pero es claro Hart en el sentido de que dicha creación del derecho no es absoluta, pues concibe esta facultad limitada en dos sentidos: Primero, por el precedente judicial, es decir, por las decisiones que sobre los mismos asuntos han sido dictadas por jueces en situaciones anteriores. Y la segunda limitación la concibe en las “virtudes judiciales” que obligan al juez, tales como la imparcialidad, la neutralidad, la ponderación y el balance de las alternativas según los intereses afectados.

Y frente a la crítica que le hacen otros, entre los que se encuentra Dworkin a esa inconveniente facultad legislativa del juez, Hart considera que esa facultad es muy diferente a la que tiene en un estado de derecho la legislatura, por cuando no

puede ser utilizada por el operador judicial para hacer reformas ni nuevos códigos, ya que considera que son facultades “intersticiales” o espaciadas, y no permanentes.

CONCLUSIONES

Hay en Hart algo incuestionable: El lenguaje natural u ordinario tiene vaguedades. El derecho se escribe con el lenguaje natural u ordinario. Las vaguedades del lenguaje natural u ordinario se transmiten al lenguaje del derecho. Por eso Hart dice que (i) ni la regla puede reivindicar por sí misma sus propios ejemplos; (ii) en todos los campos de la experiencia, no solo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje; (iii) los cánones de 'interpretación' no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no puede –y en eso no difieren de otras reglas- proveer a su propia interpretación; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales muestran, cuando se los usa así, una irreducible textura abierta.

Es claro entonces que en la penumbra de duda, que no es la excepción sino la regla general, el juez debe hacer una elección, dependiendo de en qué medida el caso se asemeja “en grado suficiente” al caso típico, en aspectos relevantes. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas. Concretamente, conforme criterios de relevancia y proximidad de parecido que dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla, y de la propia formación del juez.

Es pues insoslayable la discrecionalidad judicial dada la textura abierta del lenguaje.