

HART Y LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

María Angélica Ruiz Atencio¹

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad exponer la tesis de la discrecionalidad judicial de H. L. A. Hart, bajo la hipótesis de que no exista una norma aplicable al caso, desde la comprensión y aplicación en el derecho, las reglas y soluciones discrecionales plateadas por Hart, pero ejemplificado con casos doctrinarios extranjeros y con casos novedosos formuladas desde el derecho colombiano como la interpretación de disposiciones sancionatorias fiscales en el CPACA.

PALABRAS CLAVE

Hart, discrecionalidad judicial, reglas jurídicas, sistema jurídico, jurisprudencia, zona de penumbra y casos fronterizos.

ABSTRACT

The present work aims to present the thesis of judicial discretion of HLA Hart, under the hypothesis that there is no applicable rule to the case, from the compression and application in law, the rules and discretionary solutions plated by Hart, but exemplified with foreign doctrinal cases and with novel cases formulated from Colombian law such as the interpretation of fiscal sanctioning provisions in the CPACA.

KEYWORDS

Hart, judicial discretion, legal rules, legal system, jurisprudence, twilight zone and border cases.

INTRODUCCIÓN

Los individuos que deciden las disputas, ¿se entienden a sí mismos como obligados a aplicar unas normas predeterminadas o no? ¿Hay más individuos en su sociedad que compartan este punto de vista sobre cuáles son sus deberes? Y, finalmente, ¿es esto solamente un discurso sobre cómo deberían ser las cosas o los jueces actúan realmente y en la mayoría de los casos tal y como se exige por esta concepción de sus deberes?

Es necesario para Hart, considerar no sólo aquello que los jueces dicen, sino también lo que los jueces hacen. Y la precaución de considerar lo que otros funcionarios y actores jurídicos hacen es una consideración. Más aún, la concepción según la cual las normas válidas que los criterios de reconocimiento identifican como aquellas que los jueces están obligados a aplicar son únicamente reglas es una concepción equivocada para este autor.

Por ello, en los casos en los que examina la función judicial en sus manifestaciones básicas, se descubre que quienes juzgan, lo hacen de mediante normas implícitas en las actitudes de la comunidad, y no siempre mediante reglas en el sentido específico. No necesitamos pensar que las «reglas»

¹ Estudiante de quinto año nocturno de derecho, Universidad Libre sede Cartagena, artículo orientado por el docente Oswaldo Ortiz Colon y con correo institucional mariaa-ruiza@unilibre.edu.co

agotan las normas disponibles para la aplicación judicial en los ordenamientos jurídicos desarrollados, incluyendo aquéllos bajo los que viven los ciudadanos de los Estados.

En contra posición al pensamiento Hartiano, los formalistas, cuando representan la actividad jurídica como si la aplicación de reglas perfectamente claras y coherentes, lo que presentan es un punto de vista ideal del orden jurídico, un orden que no ha existido nunca, porque es imposible de conseguir. Los realistas como Hart, cuando examinaron la práctica jurídica y dieron cuenta de la falsedad de la visión formalista, estaban totalmente en lo cierto.

REGLAS Y SOLUCIONES DISCRECIONALES

Hart propone una doctrina sobre la razón por la que no es cierto en absoluto que las reglas jurídicas puedan justificar exhaustivamente las decisiones de todos los problemas jurídicos. Ésta es la doctrina de “la vaguedad y la textura abierta de las reglas jurídicas”, cualidades de las reglas que se siguen del hecho de que éstas se diseñan y se expresan en el lenguaje natural ordinario. Estos términos incluyen un «núcleo de certeza», es decir, ejemplos claros de cosas, personas, actos o acciones que, más allá de toda duda, caen dentro del sentido del término en cuestión. Sin embargo, hay también una «zona de penumbra», un ámbito nebuloso o de casos fronterizos que no pueden imputarse al significado del término de forma clara o sin ambigüedades. El ejemplo que utiliza Moreso Mateos para ilustrar un caso fronterizo es el siguiente:

“La ciudad de Edimburgo tuvo que decidir una vez si los patinetes, de acuerdo con la normativa municipal sobre «vehículos» en los parques, tenían que ser prohibidos en ellos. La Cámara de los Lores tuvo que decidir una vez si una ley que prohibía distintas formas de discriminación a causa del «origen nacional» prohibía también la discriminación por parte de las autoridades locales que impedía que los individuos de nacio-

alidad extranjera fuesen admitidos en las listas de solicitantes de ayuda a la vivienda. [Los Lores sostuvieron que no: Ealing LBC v. Race Relations Board (1972) A. C.342. El Parlamento modificó después la ley para incluir la discriminación fundada en la nacionalidad dentro de las prohibiciones incluidas en la Race Relations Act]. Junto con los casos de «textura abierta», en los cuales los términos generales fallan a la hora de ofrecer perfiles nítidos, nos encontramos con casos de vaguedad. Por ejemplo, las reglas o las leyes de derecho común incluyen a menudo estándares generales como el de la «razonabilidad» (el cuidado razonable en la negligencia, por ejemplo), o la «equidad» (v. g., la exigencia legal establecida por la Rent Act de «rentas de alquiler justas»). En estos casos, el grado exigido de cuidado o el nivel de renta que se considera equitativo se estiman vagamente, y no se definen con precisión matemática. El contraste sugerido entre lo relativamente vago y lo relativamente preciso puede ser iluminado contrastando antiguas prohibiciones jurídicas genéricas contra la «ebriedad y el desorden» con modernas prohibiciones muy detalladas sobre conducción de vehículos de motor cuando se supera una cierta cantidad estipulada de alcohol en sangre.” (Moreso, 2010, p. 216)

Dado que para Hart los sistemas jurídicos son sistemas de reglas, y las reglas se diseñan o se expresan mediante el lenguaje general, se sigue que, dejando aparte otras causas de incertidumbre sobre las reglas, hay un límite en la guía que pueden ofrecer. En todas las reglas, salvo en las redactadas de forma muy deficiente. De no ser por ello, la posibilidad de que el sistema jurídico pudiese ofrecer algún tipo de guía para la conducta sería nula para cualquier propósito. Sin embargo, la experiencia compartida manifiesta no sólo la posibilidad, sino la realidad de una guía efectiva de conducta. Cada vez que se ve una señal en la carretera vía al mar, Barranquilla

Cartagena determina no conducir a más de 70 kilómetros por hora, sé que ésta es la velocidad máxima a la que puedo conducir como ciudadano sometido a las leyes, y sé que ésta me proporciona una guía tanto para los casos en los que, si ignoro este límite como en los otros en los que, de modo elogiabile, lo respeto. Sin embargo, también ocurre que, en todas o casi todas las reglas, hay casos difíciles.

La de jurisprudencia colombiana están llenos de casos de este tipo. A menudo surgen situaciones en las que los fundamentos de hecho que se alegan o su calificación están en disputa, y, de ese modo, también lo está la aplicación de la regla relevante. Es frecuente que las que está seriamente en duda la interpretación correcta de la regla, un ejemplo, en la sería como interpretar la nueva las nuevas disposiciones de la reforma al CPACA, ley 2080 de 2021 en cuanto a la facultad de la Contraloría General de la República ¿debemos interpretar que la causal de suspensión provisional cuando se tenga “serios elementos de juicio”? Y, ¿Esto es concordante con el bloque de constitucionalidad y las sentencias de la CIDH? también a menudo, es dudoso que el derecho resuelva claramente el caso en discusión. En la opinión jurídica moderna, se ha convertido en un lugar común el punto de vista de que los jueces, a la hora de decidir estos problemas, en una eventual demanda de nulidad y restablecimiento del derecho o una tutela, no se limitan únicamente a descubrir el derecho, sino que también lo crean. Hart comparte este punto de vista. Su teoría defiende que, aunque los jueces están realmente vinculados por el deber de aplicar las reglas jurídicas relevantes que sean claramente aplicables en cada caso, disfrutan de una mayor discrecionalidad en los casos en que las reglas no están claras.

Los jueces están guiados por fuentes de derecho persuasivas y permisivas, tales como la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales del derecho o el derecho comparado. Ciertamente, el adecuado ejercicio de la discrecionalidad está limitado por la necesidad de incluir como fundamentos de la decisión los que otorguen algún tipo de racionalidad a ésta en el caso di-

ficil, lo que implica “*desplegar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión*” (Moresco, 2010, p. 236). Sin embargo, no hay razón para suponer que el recurso a estas otras fuentes de guía pueda revelar de forma concluyente una única respuesta correcta en los casos en que las reglas de derecho mismas han fracasado a la hora de aportar una solución determinada y clara.

El juez debe ir más allá del derecho y, sin menoscabo de su imparcialidad, consultar su propio sentido de la rectitud moral y política, de la equidad y de la oportunidad para acceder a lo que parezca ser la mejor solución del problema planteado. Al menos para las partes del caso, el juez, en alguna medida, crea el derecho que aplica. Y, si la regla de reconocimiento contempla los precedentes como fuente obligatoria de derecho, el juez, mediante su decisión, crea derecho futuro.

LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD: LA DIVERSIDAD DE NORMAS JURÍDICAS

La doctrina hartiana, apunta en la dirección correcta, pero no nos lleva demasiado lejos. En los sistemas jurídicos hay cánones o estándares de razonamiento jurídico que determinan qué fundamentos de las decisiones judiciales son satisfactorios en aquellos casos en los que la simple deducción a partir de la regla jurídica y los hechos establecidos del caso es imposible por alguna de las razones que consideramos en el anterior epígrafe. Muy resumidamente, estos cánones pueden ser sintetizados del siguiente modo en los sistemas jurídicos modernos. En primer lugar, de acuerdo con el principio de justicia formal («trata igualmente los casos iguales»), el juez debe basar la decisión del caso particular en algún criterio que establezca el tipo de caso al que pertenece el caso particular, así como la decisión correspondiente a este tipo de caso. En segundo lugar, debe evaluar dicho criterio y cualquier posible criterio rival a la luz de las consecuencias que se seguirían de adoptarlo como regla de aplicación general.

Esta evaluación debe realizarse basándose en valores jurídicamente apropiados, lo que incluye la justicia, el sentido común, el bien común y la seguridad jurídica tal y como el juez los interpreta. En tercer lugar, el criterio debe demostrarse coherente con el resto del sistema jurídico o con la rama del sistema que sea relevante. Esto depende de que el criterio sea, bien una extrapolación analógica de reglas jurídicas o precedentes ya establecidos y de carácter obligatorio o persuasivo, bien una aplicación particular de un principio general al menos implícito en el derecho positivo. Por último, el criterio debe ser consistente con el derecho positivo, en el sentido de que no debe entrar en conflicto con ninguna regla jurídica previamente establecida de acuerdo con alguna interpretación razonable de las reglas potencialmente en conflicto. Éste es un resumen, de un argumento extenso. La razón de mencionarlo en este contexto es que Hart afirmó en una ocasión que, en lo esencial, él aceptaba las ideas propuestas, y las juzgaba consistentes con sus propios puntos de vista. El incluyó un esbozo de punto de vista sobre el razonamiento jurídico o la argumentación judicial que es, en su totalidad, compatible con estos puntos de vista.

El requisito de la consistencia se limita a repetir la tesis hartiana de que los jueces tienen que aplicar reglas jurídicas positivas allí donde éstas sean aplicables, añadiendo simplemente el corolario de que es igualmente obligatorio para los jueces demostrar que las reglas que de forma aparente o posible entren en conflicto con el criterio elegido para solucionar el caso difícil puedan ser interpretadas de tal forma que se evite cualquier conflicto. Por otro lado, ha de acentuarse que esta actividad de distinguir y reconciliar reglas que, de forma aparente o potencial, entren en conflicto tiene lugar dentro de un más amplio contexto argumentativo que tiene que ver, entre otras cosas, con valores, principios y otras normas de conducta. Esto demuestra que la distinción Hartiana entre el núcleo de certeza de una regla y su zona de penumbra no es en absoluto un hecho dado de forma invariada e inerte que surja de las propiedades puramente lingüísticas de unas reglas formuladas mediante el lenguaje ordinario.

La posibilidad de ambigüedad en las reglas es un recurso disponible para el juez, que a veces puede tener razones para restringir el núcleo de casos claros hasta un mínimo absolutamente inapreciable; en otros casos y en otros contextos, este mismo juez (u otro distinto) puede tener razones para defender una interpretación amplia y liberal de la regla, de forma que ésta incluya los casos que pudieran situarse en la penumbra más remota. Esto nos conduce a la consideración de las variaciones contextuales.

CONCLUSIÓN

¿Cómo encajan estas exigencias con la teoría hartiana? La respuesta es que hay una fórmula de encaje con la teoría de Hart que demuestre la teoría Hartiana de las reglas sociales admite ser extendida de tal forma que acoja los principios y valores en cuanto normas en sí mismas, así como otros tipos de normas sociales. Puesto que las reglas jurídicas son, en la teoría de Hart, una especie de las reglas sociales, no hay razón para negar la posibilidad de que haya principios jurídicos, valores y estándares jurídicos, así como otras normas jurídicas además de las reglas. Y así ocurre realmente. El derecho acoge principios, valores y otras normas además de las reglas derivadas de la legislación y los precedentes judiciales.

Cualquier estudio del razonamiento jurídico termina dando cuenta de ellos y de su influencia práctica. Por ejemplo, lo que justifica en parte una decisión que establece la responsabilidad por negligencia de un abogado por un trabajo realizado al margen de la práctica en los tribunales y que daña los intereses de su cliente es un principio general del derecho que implica responsabilidad por cualquier conducta negligente que pueda ser previsiblemente dañosa para los afectados por ella.

BIBLIOGRAFÍA

Moreso Mateos, J. J. y Ferrer Beltrán, J. (Dir.) (2010). H. L. A. Hart. Madrid, Spain: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unilibre/58688?page=229>.

Etcheverry, J. B. (2020). DISCRECIONALIDAD JUDICIAL. CAUSAS, NATURALEZA Y LÍMITES. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (15), 149-171. Recuperado a partir de <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123>

Garzón Vallejo, I. (2009). Hart y la configuración del Estado jurisdiccional. *Dikaion*, 17. Recuperado a partir de <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1395>

Echeverry Restrepo, C. (2011). El imperio de la discrecionalidad judicial. *Criterio Jurídico*, 8(1). Recuperado a partir de <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/296>