



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 25, n° EXTRA 3, 2020, pp. 50-60
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA
ISSN 1316-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción

Judicial Discretion. Development of a Category in Continuous Construction

Eduardo Alonso FLÓREZ ARISTIZABAL

<https://orcid.org/0000-0003-4409-1349>

eduardo.florez@upb.edu.co

Universidad Pontificia Bolivariana - Seccional Montería, Colombia

Carlos Alberto MOJICA ARAQUE

<https://orcid.org/0000-0003-0391-015X>

camojica@udem.edu.co

Universidad de Medellín, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:

DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.3907038>

RESUMEN

En este artículo se plantea la realidad actual de los límites y/o autonomía con la que cuentan los operadores jurídicos al momento de aplicar las normas legales, teniendo en cuenta que en los Estados Constitucionales la actividad judicial se encuentra ligada al compromiso estructural que tiene el Estado frente al desarrollo del contrato social. Ahora bien, para abordar esta investigación hemos decidido tomar como referente los planteamientos del neopositivismo analítico propuesto a partir de la conceptualización desarrollada por Hart, y de esta manera plantearemos un análisis del estado actual de la "discrecionalidad" que tienen los operadores judiciales al momento de tomar una decisión, considerada "difícil".

Palabras clave: Discrecionalidad, operadores judiciales, neopositivismo, constitucionalismo

ABSTRACT

This article presents the current reality of the limits and / or autonomy that legal operators have when applying legal norms, bearing in mind that in Constitutional States judicial activity is linked to the structural commitment of the State facing the development of the social contract. Now, to approach this investigation we have decided to take as a reference the approaches of the analytical neopositivism proposed based on the conceptualization developed by Hart, and in this way we will propose an analysis of the current state of "discretion" that judicial operators have when making a decision, considered "difficult".

Keywords: Discretionary, judicial operators, neopositivism, constitutionalism

Recibido: 20-05-2020 • Aceptado: 30-06-2020



INTRODUCCIÓN

Establecer la relación que existe entre los operadores jurídicos y la norma legal, implica reconocer los defectos y problemas estructurales que durante toda la historia ha tenido el desarrollo de las teorías jurídicas que han intentado explicar la función del operador judicial. Desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico constitucionalizado impone unas limitaciones estructurales que dan cuenta de cómo entonces la actividad judicial se encuentra ligada al compromiso estructural que tiene el Estado frente al desarrollo del contrato social¹.

Así las cosas, conforme lo evidencia Hespanha², si realizáramos una pesquisa al desarrollo teórico de la discrecionalidad del operador jurídico, y de cómo estos operadores sustentan sus decisiones dentro del ordenamiento jurídico, nos encontraríamos que existen diversos estudios que determinan sus límites al decidir el derecho, sus alcances y la verdadera importancia de la “discrecionalidad” como herramienta jurídica dentro del Estado constitucional, lo cual implica la necesidad de tomar una postura para abordar el fenómeno y de esta manera poner al descubierto cuáles son las categorías con las cuales se construye la discusión metodológica alrededor de esta práctica judicial.

Ahora bien, para el propósito de nuestra investigación, y conforme a los lineamientos teóricos, consideramos que la postura idónea y pertinente para abordar esta cuestión, de forma irreductible, se encuentra en los planteamientos del neopositivismo analítico propuesto a partir de Hart³, para quien “en los casos difíciles, al no estar clara la norma que el juez debe aplicar, este se convierte en legislador para ese caso concreto. Cuando las normas son incompletas, y no dan soluciones, el juez legisla y ejerce una opción creativa entre varios fallos”. Para este autor, cuando un juez se encuentra ante un caso difícil el ámbito discrecional puede ser muy amplio.

Frente a esta postura, y con el propósito de salvaguardar la imparcialidad y objetividad de nuestro trabajo de investigación, es imprescindible hacer referencia a los conceptos planteados por quien fuese el mayor crítico del positivismo jurídico plantado por Hart, no referimos por supuesto a Ronald Dworkin⁴, quien entendía el derecho como un conjunto de principios y no de reglas, lo cual lo llevó a plantear una crítica a la discreción judicial sobre la base de dos argumentos principales: “a) Porque toda regla se fundamenta en un principio y, por lo tanto, el derecho no son solo reglas y b) Porque existiendo principios en el ordenamiento jurídico, entonces, el juez que tenga dudas en los casos difíciles, no crea una norma retroactiva que antes no existía, sino que aplica los principios existentes”. En conclusión, Dworkin⁵ asegura que cuando existen normas incompletas o contradicciones el juez no debe tener discreción porque está determinado por los principios.

LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL OPERADOR JURÍDICO DESDE LA HISTORIA

Existe una necesaria e ineludible relación entre el operador jurídico y el contrato social al momento en que el juez ejerce la noble tarea de mediar, dirigir, tramitar y decidir los problemas de los ciudadanos cuando estos llegan a los tribunales, puesto que su papel determina la respuesta Estatal a una problemática de naturaleza jurídica, en donde los operadores judiciales tienen a cargo hacer efectivo aquello que se ha positivizado a través de normas jurídicas.

En este orden de ideas, es importante advertir que para los efectos de análisis, se observa el fenómeno desde el sistema jurídico continental romanista, en donde el Estado ha establecido que la función del juez está direccionada por un conjunto de normas jurídicas previamente establecidas, en virtud de las cuales se

¹ GUASTINI, R., GASCÓN, M., & CARBONELL, M. (2001). Estudios sobre la interpretación jurídica. México D.F.: Porrúa.

² HESPANHA, A. M. (2002). Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio. Madrid: Tecnos.

³ HART, H. L. (1974). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A.

⁴ DWORKIN, R. (1995). Los derechos en serio, Barcelona. *Ariel*.

⁵ *Ibidem*.

deben resolver diferentes casos, siendo importante advertir que el operador judicial se verá enfrentado tanto a casos difíciles como a casos fáciles, siendo los primeros los llamados a involucrar la necesidad de que el juzgador deba ir más allá de la consagración explícita de la norma jurídica para tomar posición frente a la necesidad de "justicia" que se plantea en un litigio⁶.

Desde esta perspectiva, si se hiciese una revisión histórica, se podría advertir que el Estado ha planteado la necesidad de que las normas jurídicas contribuyan, como una de sus funciones principales, con evitar la arbitrariedad de quien se encuentra representando al Estado, es así como en la Antigua Roma, durante el mandato del emperador Justiniano en el año 533 D.C, aproximadamente, fecha en la cual se profirió el acta de promulgación del digesto, se prohibió a los jueces hacer cualquier interpretación a la ley, y se les ordenó dirigirse al creador de la norma en casos donde hubieren dudas⁷

En el mismo sentido, una situación similar se produjo con el advenimiento del liberalismo, con la Francia naciente posrevolución, en la cual, durante el año 1790, se funda la institución llamada referé législatif con la finalidad de crear un Tribunal de Casación, *"para prevenir las desviaciones de los Jueces frente al texto expreso de la ley, lo que era considerado como una intromisión en la esfera del Poder Legislativo, capaz de quebrantar la separación de los poderes que era piedra angular de la nueva concepción del Estado de Derecho; tal es así que en los primeros años de la Revolución se dio una ley que prohibía a los Jueces interpretar las leyes, aún con eficacia limitada al caso concreto"*⁸

Esta idea representó una decadencia gigantesca del sistema judicial, que se extendió hasta el siglo XIX, cuando toman fuerza las ideas de Robespierre, las cuales representan un giro conceptual que se ve expresado en el siguiente sentido: *"Esa palabra de jurisprudencia de los Tribunales, en la acepción que tenía el antiguo régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma"*⁹, significando que con la construcción republicana del Estado, el liberalismo predispuso la preponderancia de las otras ramas del poder público a la actividad judicial.

Así entonces, se gestó el concepto de "interpretación retenida" para referirse a esa corriente radicalista que consideraba nocivo cualquier ejercicio de interpretación judicial, entendiéndose entonces que el legislador al ser creador de la norma se reserva para sí el ejercicio de interpretarla, esto responde a una denominación propia de una ideología política que no le basta con la separación de poderes, sino que pretende la subordinación, que no depende en últimas del ejercicio del derecho, sino de una decisión política que establece la subordinación de lo judicial frente al legislativo, evidenciando con ello un espectro de imposibilidad funcional de una actividad judicial independiente.

Por esta razón, no es sino hasta la construcción de los Estados de Derecho, durante el siglo XX, en donde en el sistema jurídico continental romanista se estructura el concepto del juez discrecional, quien es garante del Estado de Derecho; esto a través de la libertad de elección y selección del juez, quien dentro del ejercicio de sus funciones tiene el deber de guardar un amplio respeto a la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la aplicación de la norma jurídica, con las expectativas que se desarrollan en el contrato social, porque el derecho se entiende como una práctica reglada, nunca de manera ilimitada.

Mario Masciotta en su artículo denominado: El Poder Discrecional de los Jueces, afirma que *"La discrecionalidad judicial resulta de la indeterminación del Derecho, implica libertad de elección y de selección, integra los poderes-deberes del juez que les confiere y les impone el ordenamiento jurídico. Consiste en la capacidad de discernir la solución justa entre diferentes parámetros, en definitiva, es el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la ley y conlleva inexorablemente a la independencia del magistrado. Jamás se lleva a cabo en forma absoluta e indeterminada, siempre debe ser debidamente*

⁶ ZAGREBELSKY, G. (1997). El derecho dúctil: ley, derechos, justicia (Vol. 4). Trotta.

⁷ PETIT, E., & FERNANDEZ González, J. (1989). Tratado elemental de derecho romano. México: Porrúa.

⁸ CALAMANDREI, P (1959). La casación civil (Trad. Santiago Sentis Melendo y Mariano Ayerra Redín). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

⁹ UPRIMNY, R. (2006). Interpretación judicial, módulo de autoformación. 2018, de Consejo superior de la judicatura Sitio web: <http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca2011/content/pdf/a6/9.pdf>

fundada y se encuentra sujeta al control de racionalidad y razonabilidad. Más que una prerrogativa debe ser entendida en términos de responsabilidad jurisdiccional¹⁰

El autor advierte que incluso en la visión del Estado de derecho se dimensiona que esta potestad discrecional del juez representa ciertas ventajas y desventajas¹¹:

Desventajas:

- 1) Subjetividad: Es injusto que dependa del temperamento del juez;
- 2) Incoherencia: Es inadmisibles que se apliquen criterios disímiles para casos iguales, pues se deteriora la seguridad jurídica y
- 3) Vergüenza judicial: No pueden atentarse contra el criterio de la comunidad, los pronunciamientos deben asentarse en el sentido común (como la lógica y la experiencia) habida cuenta de que el juez no puede incurrir en el absurdo, es decir, dictar pronunciamientos ilógicos o disparatados. La discrecionalidad irrestricta e ilimitada puede configurar la "tiranía judicial".

Ventajas:

- 1) Impedir que el tribunal se encuentre limitado a ritos formales;
- 2) Implica que la ley sea interpretada;
- 3) Simplifica los procedimientos al reducir la complejidad de las normas procesales; y
- 4) Entraña el ejercicio de la soberanía.

Vemos, pues, que si bien la construcción de la discrecionalidad tiene por finalidad dar cumplimiento a lo que las normas jurídicas positivas estructuran dentro de un Estado, las mismas deben estar planteadas para satisfacer los derechos fundamentales que están consagrados en el ordenamiento jurídico, y en todo caso evitar que se generen interpretaciones amañadas de las intenciones de lo que el poder constituyente consagró en las normas, esta disposición pone en evidencia la continua preocupación que se ha generado sobre la actividad judicial sin límites en tanto, se reconoce en coherencia al contrato social.

La discrecionalidad judicial, incluso dentro de un Estado Social de Derecho, implica una actividad jurídica de orden técnica, donde los jueces con las competencias que les son conferidas por el ordenamiento jurídico, solo se pueden inhibir de la aplicación de un precepto normativo al considerarlo antijurídico, y en ese sentido apoyar su punto decisorio en otro acápite normativo que permita, proporcionalmente, llegar a una decisión que no contrarié los principios del derecho del territorio donde se pretenda satisfacer la seguridad jurídica, a su vez esto se encuentra sometido al respectivo control judicial, para garantizar la legitimidad y legalidad propia de su actuación, para así maximizar el óptimo desarrollo del derecho y los fines propuestos por este.

El poder judicial es producto del poder constituyente y que tiene como finalidad el proteger los derechos fundamentales, es decir, *"llamado a asegurar las reglas del proceso democrático: amplitud de la participación en la discusión de los asuntos a resolver entre los afectados por la decisión que se tome; la libertad de expresarse que tienen los participantes de hacerlo por sí mismo en una deliberación; igualdad de condiciones bajo las cuales la participación se lleva a cabo y que las propuestas sean debidamente justificadas"*¹²

Y es que al hablar de discrecionalidad judicial es la representación técnica de la libertad – marco subjetivo de acción- del operador judicial, una libertad que en palabras de Zulay C. Díaz Montiel & Álvaro B. Márquez-Fernández¹³:

¹⁰ MASCOTRA, M. (2015). El poder discrecional de los jueces. .Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Sitio web: https://app.vlex.com/WWW/search*/discrecionalidad+judicial/WWW/vid/631567689

¹¹ Ibidem.

¹² CHACIN FUENMAYOR, R. & LEAL OROZCO, G. (2019) "Tensión entre democracia y autoritarismo en Latinoamérica y el rol del poder judicial." Utopía Y Praxis Latinoamericana No. 24. Pp. 75-100.

¹³ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, A & MONTIEL DIAZ, Z (2013) Justicia social emancipadora, democracia ciudadana y crisis del estado. Revista Fronesis. Pp. 299-305.

La libertad es de uso responsable, moral, comunitario porque está constituida por la capacidad de creación, inventiva o instrumentación del hombre limitada solamente por la responsabilidad de perpetuar su especie. Por lo anterior, la libertad se ejerce en un orden que el hombre crea, norma y establece para la convivencia comunitaria y cívica.

La libertad ilimitada y desprovista de todo elemento moral es riesgosa y las rémoras que antepongamos a ella conducen a la inhabilitación del hombre libre para pensar, crear y transitar por el mundo. La que ejercitemos responsablemente, con sentido comunitario, respeto a la vida y reconociendo que sólo es posible disfrutarla si los otros también pueden hacer lo mismo es la libertad humana y ejercitan la libertad humana.

Se concluye entonces de lo anterior que en la interpretación existe una necesidad de consagrar los espacios de interacción judicial, pero que los mismos deben estar altamente limitados por las normas jurídicas, puesto que la discrecionalidad judicial debe entonces estar articulada con la garantía de la seguridad jurídica en un Estado, pues pese a la relevancia de que los jueces puedan intervenir en los denominados casos difíciles, estos deben únicamente motivar su decisión en correspondencia a lo que el Estado estructura en el contrato social, teniendo en cuenta que se les entrega una función de especial importancia como intérpretes de todo el sistema normativo.

No obstante, esas facultades de interpretación y discrecionalidad de las que venimos dando cuenta, no son en sí mismos elementos axiomáticos que impidan juicios en contrario, puesto que, de ser entendidos de esa manera, la labor del operador jurídico sería arbitraria e injustificada, lo que desbordaría el sistema de pesos y contrapesos, como base fundamental del principio de la tridivisión de poderes propuesto por el filósofo y jurista francés Montesquieu¹⁴, lo cual haría excesivo daño al sistema jurídico, por lo que se hace necesario la creación de un control de esas facultades judiciales.

Esta conceptualización de la discrecionalidad adquiere una especial importancia en la medida que se estructuran determinadas facultades del operador jurídico, vinculado de una forma irreductible a las reglas del sistema normativo como lo advierte el tratadista argentino Juan Carlos Cassagne¹⁵ al señalar que la actividad judicial tiene dentro de su cosmovisión un deber de independencia a la vez que debe fortalecer el ordenamiento jurídico, a incluso resistir a cualquier abuso que se pueda efectuar en una decisión judicial.

De acuerdo a los estudios y análisis hechos por el autor argentino Cassagne, es posible afirmar que la discrecionalidad judicial, como potestad judicial, encontró un respaldo estructural en las bases normativas del derecho administrativo francés, dinamizando la posición de control público a las demás ramas del poder. Tal es el caso, de la Europa de la posguerra, donde se construyen marcos de operatividad de la actividad judicial.

Ese orden histórico se fue gestando de tal modo, que fueron concibiéndose los conceptos de discrecionalidad de manera particular, como por ejemplo, en Alemania donde se pensó que la discrecionalidad judicial debía estar ajustada al imperio de la administración y alejada de cualquier tipo de control judicial, o de menor grado, y en ese orden los silogismos jurídicos, compuestos por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, eran los que en últimas limitarían ese papel discrecional de los jueces.

Otra tendencia doctrinaria que ha significado un punto de vista significativo en el estudio y alcance de la discrecionalidad judicial, ha sido expuesto por Isabel Lifante Vidal¹⁶, quien plantea la identificación de la concepción de los "ítems jurídicos indeterminados", como aquellos que en últimas permiten y dan relevancia a la discrecionalidad judicial, por cuanto su análisis implica la diferenciación entre lo determinado y lo indeterminable y, en consecuencia, se obtiene la explicación de la naturaleza jurídica de la discrecionalidad judicial, ya que lo determinable no necesita mayor ejercicio que la reglamentación hecha por el legislador,

¹⁴ MONTESQUIEU, C. L. de S (2001). El espíritu de las leyes. 14ª edición, México: Porrúa.

¹⁵ CASSAGNE, J. (2009). El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Madrid. Marcial Pons

¹⁶ LIFANTE, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. Revista Doxa. Nro. 25. Doi. 10.14198/DOXA2002.25.12

dejando de lado todo margen de discreción del juez, por cuanto esa aplicación reglada se considera justa y por demás legítima, pero al encontrarse con un sentido indeterminado, puede el juez crear derecho a partir de la interpretación de esa norma y ajustarla justamente a los casos presentados. Y como expresa Lifante, “donde termina el derecho, comienza la discrecionalidad”¹⁷

Esta visión, altamente positivista, nos muestra como la actividad judicial tiene por propósito consagrar todo un marco que viabiliza la discrecionalidad judicial, en tanto la misma cumpla con condiciones regladas, puesto que de no advertirse la posibilidad de interpretar, puede establecer condiciones que no son aceptadas o legitimadas por la sociedad, ya que es necesario que los jueces puedan ofrecer soluciones asertivas a los problemas jurídicos concretos, pero no se puede vulnerar la seguridad jurídica a partir de decisiones individuales.

ALCANCE DEL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD Y SUS LÍMITES

Lejos de establecer una posición concreta, debemos concluir que la discrecionalidad judicial es una construcción teórica inacabada, en la medida en que siempre se establecerán puntos de tensión alrededor de su desarrollo, frente a lo cual se precisa resaltar que, en los argumentos, tanto de aprobación como aquellos de plantean desconfianza, existen elementos que deben determinar un cuestionamiento por lo justo en la aplicación judicial.

Por esta razón, es preciso entonces señalar que la premisa fundamental a defender no es si los jueces pueden ser discrecionales en sus decisiones o no, sino que la apuesta fundamental radica en determinar cómo se construye un juicio justo dentro de un estado constitucional.

Bajo esa precisión deben delimitarse las condiciones de funcionamiento de la discreción judicial; conforme lo sostiene Hart¹⁸, es preciso que el ordenamiento jurídico determine condiciones que permitan reglar la actividad del juez, lo cual implicaría un reconocimiento de normas primarias y normas secundarias que representan limitaciones sobre las cuales el juez debe buscar los fundamentos que le permitan orientar su decisión en aquellos casos en que la norma evidencia la necesidad de interpretar.

En este sentido, el tratadista Manuel Segura, manifiesta que la norma establece las consecuencias jurídicas precisas, “aunque no haya acertado en hacerlo con la debida claridad”, lo cual quiere decir que el arbitrio solo existe allí donde hay una norma que lo autorice expresamente. En caso contrario, los jueces, por más que las normas sean vagas y ambiguas, solo realizan una tarea de aplicación en la que no podría hablarse propiamente de la existencia de una auténtica libertad de elección¹⁹

Ahora bien, esta concepción implica el reconocimiento de la existencia de una laguna axiológica o una antinomia normativa²⁰ que demanda hallar las causas de la discrecionalidad, lo cual es un ejercicio altamente acucioso puesto que, se expone, que lo que permite en últimas, de manera involuntaria, el nacimiento de la discrecionalidad es la indeterminación que emana del derecho y que concurre con sus formas de expresión. Esas indeterminaciones del derecho se consolidan de la siguiente forma: “Admitida la indeterminación del Derecho podemos analizarla desde cuatro perspectivas diferentes que se refieren al contenido del Derecho, al lenguaje de las normas, a la voluntad del legislador y, por último, a los defectos del sistema jurídico”²¹. Las anteriores perspectivas se evidencian de la siguiente manera:

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ HART, H. L. (1974). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A.

¹⁹ SEGURA, M. (2006). Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. 2018, Madrid. Editorial universitaria Ramón Areces

²⁰ ALCHOURRÓN, C. E., & BULYGIN, E. (1974). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea.

²¹ SEGURA, M. (2006). Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. 2018, Madrid. Editorial universitaria Ramón Areces

El contenido normativo

Es posible analizar esta perspectiva a partir de la expedición de las constituciones modernas, categorizadas en flexibles y abiertas, puesto que no limitan el ejercicio del derecho sino que permiten disposiciones que hagan de su desarrollo una constante moldura de criterios que integren posibles tomas de decisiones, esto, adquirido por los diferentes movimientos filosóficos e ideológicos que integran la creación del texto constitucional, pero siempre en defensa de principios y valores que determinen los fines de la existencia del Estado, lo cual indetermina el derecho, porque fácilmente pueden encontrarse los llamados casos difíciles entre los mismos principios constitucionales, lo cual, de tajo, debilita el respeto que le debe el juez a la ley, dándole al juzgador la potestad de decidir mediante otros medios. Este contenido del derecho, denominado indeterminación voluntaria - por la consciencia de la discreción - juega un papel importante al decidir la realidad que presenta el discurrir del derecho.

El uso indeterminado del lenguaje

Esta perspectiva de análisis se evidencia con el advenimiento de los pactos sociales que buscan dinamizar el papel de la constitución dentro de un Estado, fomentando su uso en aquellas situaciones que en su texto les ha sido otorgado un trato especial, y que al determinarse dentro del plexo constitucional esperan adquirir un valor preponderante a la hora de materializar el derecho en situaciones de hecho, como es el caso de los diferentes factores reales de poder. “[...] puede decirse que todos los sistemas jurídicos – y, en general, también cualquier sistema normativo– padecen una indeterminación lingüística cuyo efecto fundamental es dificultar el reconocimiento de lo que el Derecho prescribe para situaciones determinadas”²². De lo anterior se concatena el uso parcial de la discrecionalidad, porque si bien se obtienen normas que aleguen posibles soluciones, por otro lado, hay normas determinadas que no ameritan el papel discrecional - como se esperaría - a la hora de actuar el derecho, lo que se concluye como el uso ambiguo en la creación de la norma.

Indeterminación consciente de conceptos

Podríamos definirla en cierto modo, como la discrecionalidad legal, puesto que esta emana expresamente de la voluntad del legislador, donde este, al expedir leyes, sincroniza dentro del texto la posibilidad de que el juez o quien haga las veces de juzgador, pueda circunscribir su arbitrio a varias posibilidades de encontrar una solución, bien sea siguiendo el camino reglamentado del legislador, o apoyarse en otra fuente formal admitida en ese ordenamiento para obtener legitimidad en el ejercicio del derecho y la realización de la justicia. Desde esta perspectiva, la discrecionalidad admitida, no genera mayores discusiones sobre su existencia, puesto que las normas y sus fines, no garantizan una decisión justa, ni se logra de ellas inferir cuales podrían ser las soluciones para el caso en específico, por lo cual, el juez puede apoyar su decisión en la jurisprudencia, la doctrina, e incluso en el sistema internacional.

En este caso el creador de la norma prescribe la consecución de un determinado objetivo o fin, pero no dice –intencionadamente– cuáles son los medios que deben utilizarse para la obtención de este, es decir, que se presupone que existen varias posibilidades o varios caminos para la obtención del fin, dejándose al órgano habilitado por la norma la elección de tal camino²³.

²² Ibidem

²³ Ibidem

Defectos del sistema normativo

Este punto de análisis deviene de las llamadas lagunas o antinomias, las cuales generan fallas en todo ordenamiento o sistema jurídico pensado. El legislador, al estar consciente de estos resquemores, prevé alternativas o mandatos de interpretación para quien tiene en sus manos el *juris dicere*, y en tal situación, poder ofrecer, por medio de analogías o apoyado en los principios preponderantes del sistema, una solución conforme a derecho

El propio creador de las normas es quien, de un modo intencionado, enuncia criterios lo suficientemente vagos e indeterminados para permitir que los jueces lleven a cabo una auténtica elección y en este sentido su poder discrecional (aunque limitado) aparece reconocido ab initio cuando se le encomienda que, de uno u otro modo, y valiéndose de los medios legítimos que el legislador pone a su disposición, dé sentido y significado final al contenido de las normas jurídicas²⁴.

En este sentido adquiere validez material el desarrollo conceptual de esta temática, teniendo en cuenta que la discrecionalidad judicial ofrece un amplio alcance, evidenciado en la manera como se ha sublevado el poder judicial como interpretador y creador del derecho, no erga omnes, pero si estandarizado para las situaciones difíciles.

En un Estado social de derecho, la facultad de dictar méritos legales es un imperativo categórico conferido al legislador por normas de carácter constitucional, sin embargo, no es la norma quien finalmente resuelve las situaciones de hecho llevadas a los tribunales, son las decisiones de los jueces las que ofrecen las soluciones de acuerdo a los preceptos y fines de esas normas. Por tal razón en todos aquellos casos donde el legislador no previó reglas aplicables, el juez ejerce una labor creadora, o en caso de existir, le fija el sentido a la norma a través del ejercicio interpretativo, siempre en consonancia con los poderes que el mismo legislador le otorga y con los límites que este mismo le establece.

El maestro Echeverry²⁵, en el desarrollo de la teoría Hartiana, en el debate sobre los casos difíciles, resalta la posición de Hart²⁶ en los siguientes términos:

H.L.A. Hart, uno de los más influyentes exponentes de un positivismo lingüístico-sociológico, con su teoría sobre los casos difíciles, acepta de antemano que la ley escrita no contiene respuestas definitivas a todo hecho social, abriendo la posibilidad de aceptar un alto margen de discrecionalidad judicial en la resolución de los conflictos jurídicos²⁷.

Ahora bien, siguiendo con la exposición de la validez material del concepto de discrecionalidad judicial, considero necesario aclarar, que, si bien las decisiones judiciales no constituyen fuerza vinculante para el ordenamiento en general, existe en el ejercicio del derecho, el denominado "precedente judicial", el cual aboga por dar preponderancia a aquellas decisiones constantes y uniformes tomadas por los altos tribunales, del cual los jueces no pueden apartarse.

De esta manera vemos como ciertas decisiones judiciales adquieren fuerza vinculante frente al operador jurídico, quien finalmente se ve obligado a aplicarlas en sus providencias, lo cual a su vez constituye un límite a esa discrecionalidad judicial.

²⁴ Ibidem

²⁵ ECHEVERRY, C. (2008). El imperio de la discrecionalidad judicial. Revista Criterio Jurídico. Vol. 8

²⁶ HART, H. L. (1974). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A.

²⁷ ECHEVERRY, C. (2008). El imperio de la discrecionalidad judicial. Revista Criterio Jurídico. Vol. 8

CONCLUSIONES

Frente a la idea de la función del juez como interprete normativo, es preciso señalar que, en el proceso de construcción histórica, los diferentes regímenes han visto como un peligro la consagración legal del margen de interpretación judicial, no obstante a estas consideraciones, la discrecionalidad judicial adquiere un papel preponderante, por cuanto constituye un eje de control a las demás ramas del poder público, y su disposición legal supone un respaldo normativo en la resolución de los casos difíciles.

Es necesario resaltar la importancia de la interpretación judicial, que como medida funcional del ordenamiento jurídico implica reconocer el papel preponderante de la discrecionalidad, pero de la misma importancia es reconocer que el juez está sometido a límites funcionales que están condicionados por reglas construidas en el contrato social. Esta visión, tal y como lo hemos expuesto, pone al descubierto que las decisiones judiciales están sometidas al orden jurídico constitucionalizado.

No se trata de una apuesta hiperlegalista, sino que dentro de su concepción entiende que los derechos fundamentales son consagraciones positivas emanadas por diversas fuentes, sea de orden legal, jurisprudencial, internacional e incluso administrativo, en donde conforme lo propone el profesor Restrepo Tamayo²⁸ dan garantía de supervivencia, autodeterminación y dignidad humana.

Por esta razón los criterios orientadores del ejercicio de la discreción judicial se manifiestan cuando se presentan como elementos de armonización estructural del ordenamiento jurídico al momento de plantear respuestas a lagunas axiológicas o antinomias normativas, las cuales devienen en casos difíciles que el Estado define teleológicamente.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C. E., & BULYGIN, E. (1974). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1991) Constitución Política. Bogotá D.C.

BAUTISTA, J. (2015). Discrecionalidad judicial. 2018, de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/18.pdf>

CALAMANDREI, P (1959). La casación civil (Trad. Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América.

CASSAGNE, J. (2009). El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Madrid. Marcial Pons

CHACIN FUENMAYOR, R. & LEAL OROZCO, G. (2019) "Tensión entre democracia y autoritarismo en Latinoamérica y el rol del poder judicial." Utopía Y Praxis Latinoamericana No. 24. Pp. 75-100.

DUQUE, O. (2007). Concepciones del derecho y discrecionalidad judicial. Criterio Jurídico. No 7. Pp. 35-58

DWORKIN, R. (1995). Los derechos en serio, Barcelona. *Ariel*.

²⁸ RESTREPO TAMAYO, J. (2018). Estructural constitucional del Estado. Medellín. Sello editorial Universidad de Medellín

- EICHEVERRY, C. (2008). El imperio de la discrecionalidad judicial. *Revista Criterio Jurídico*. Vol. 8
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, A & MONTIEL DIAZ, Z (2013) Justicia social emancipadora, democracia ciudadana y crisis del estado. *Revista Fronesis*. Pp. 299-305.
- GARCÍA, L. (2014). El juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes. *Revista Vniversitarias*. Doi:10.11144/ Javeriana.VJ128.jphr
- GARCÍA, J. (2006). ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? *Isegoría* No. 35 . pp151-172
- GUASTINI, R. (1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *Jueces para la democracia* . nro. 34. Pp.39-46
- GUASTINI, R., GASCÓN, M., & CARBONELL, M. (2001). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F.: Porrúa.
- GÜECHÁ, C. (2017). La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la administración. *Opinión Jurídica*. Vol. 16 nro. 31. Pp 25-48
- HART, H. L. (1974). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A.
- HESPANHA, A. M. (2002). *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.
- IGARTUA, J. (1996). Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial. *Revista Vasca de administración pública*. No. 64. Pp.95-118
- KENNEDY, D. (2002). Libertad y restricción en la decisión judicial., Nuevo pensamiento jurídico Sitio web: http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Libertad%20y%20Restriccion%20en%20la%20Decision%20Judicial_Estudio%20Introductorio.pdf
- KRONMAN, A. (2007). El problema de la discrecionalidad judicial. *Revista sobre enseñanzas del derecho*. Año 5 .nro. 10. 95-99
- LEÓN, S. (2016). Los límites a la discrecionalidad judicial en la constitución política de 1991. *Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas*. No. 2. Vol. 18
- LIFANTE, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Revista Doxa*. Nro. 25. Doi. 10.14198/DOXA2002.25.12
- MARTÍNEZ, L. (2009). Relativismo ético y discrecionalidad judicial. *Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*. Nro. 61. Pp. 115- 142.
- MASCIOTRA, M. (2015). El poder discrecional de los jueces. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* Sitio web: https://app.vlex.com/#WWW/search*/discrecionalidad+judicial/WWW/vid/631567689
- MONTESQUIEU, C. L de S (2001). *El espíritu de las leyes*. 14ª edición, Mexico: Porrúa.
- PETIT, E., & FERNANDÉZ González, J. (1989). *Tratado elemental de derecho romano*. México: Porrúa.
- RESTREPO TAMAYO, J. (2018). *Estructural constitucional del Estado*. Medellín. Sello editorial Universidad de Medellín
- RUÍZ, R. (2010). Sobre la discrecionalidad judicial en un estado constitucional. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. Nro. 20

SEGURA, M. (2006). Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. 2018, Madrid. Editorial universitaria Ramón Areces.

SHELLER, A. (2017). Discrecionalidad, ciencia y sistema del derecho penal. Revista Pensamiento jurídico Número 45, p. 193-218

UPRIMNY, R. (2006). Interpretación judicial, módulo de autoformación. 2018, de Consejo superior de la judicatura Sitio web: <http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca2011/content/pdf/a6/9.pdf>

ZAMBRANO, J. (2009). Multiculturalidad y discrecionalidad judicial en una sentencia penal: análisis desde Joseph Raz. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Vol. XXXII. 327-343

ZAGREBELSKY, G. (1997). El derecho dúctil: ley, derechos, justicia (Vol. 4). Trotta.

BIODATA

Eduardo Alonso FLÓREZ ARISTIZABAL: Abogado egresado de la Universidad de la Sabana; Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Medellín, Magister en Derecho de esa misma Universidad, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Economía en la Universidad de los Andes. Director de la especialización de Derecho Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Montería y Profesor Universitario a nivel de pregrado y postgrado.

Carlos Alberto MOJICA ARAQUE: Abogado y Doctor en Derecho de la Universidad de Medellín, Magister en Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, Magister en Derecho de la Universidad de Medellín, Especialista en Responsabilidad Patrimonial de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Profesor Universitario a nivel de pregrado y postgrado en la Universidad de Medellín.