

**RONALD DWORKIN Y H.L.A  
HART SOBRE LA TEXTURA  
ABIERTA DEL DERECHO Y LA  
DISCRECIONALIDAD JUDICIAL**

**Juan Manuel Ortiz García**

# RONALD DWORKIN Y H.L.A HART

## SOBRE LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO Y LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Juan Manuel Ortiz García



SUMARIO:

**I.** *Introducción.*

**II.** *Objetivo.*

**III.** *Problema y pregunta de Investigación.*

**IV.** *Justificación metodológica.*

**V.** *Discusión teórica.*

**VI.** *Conclusión.*

**VII.** *Referencias.*

### Introducción

Para el desarrollo de este apartado se abordarán las perspectivas divergentes sobre los autores Ronald Dworkin y H.L.A Hart en relación con la denominada textura abierta del derecho, la cual tiene una estrecha relación con la existencia de los denominados “casos difíciles” en los postulados de Dworkin o “Casos de penumbra” referidos de igual modo en la teoría Hartiana. El propósito del siguiente apartado será desglosar de manera sistemática el pensamiento de ambos autores referente a la indeterminación del derecho y las consecuencias que esta misma atañe al desarrollo y funcionamiento de un sistema jurídico, si bien ambos autores convergen en relación a la existencia de casos problema en un sistema normativo y las consecuencias que estos implican para el funcionamiento de la disciplina judicial; se encontrará un punto de divergencia sobre las postulados de ambos teóricos para dar solución a este problema. H.L.A Hart abordara en su teoría la denominada “Discrecionalidad judicial” como método idóneo para mitigar las consecuencias que la indeterminación de los enunciados normativos implica; así mismo Ronald Dworkin desarrollara dentro de

su doctrina la que él considera una respuesta acertada para los casos problemas, mismas que denomina como “Teoría Principialista” y que resulta ser enérgicamente opuesta a los postulados de Hart sobre la “Discrecionalidad judicial”.

Dentro del desarrollo de este enunciado se abordarán las teorías de ambos autores, previamente ahondado en la discusión teórica referente a lo que bajo el criterio de ambos doctrinantes se considera como “Textura abierta del Derecho” sus particularidades y las consecuencias que implica en el derecho y en la disciplina judicial; siendo esta última sobre la cual se desarrollarán los postulados críticos de ambos autores y las surgentes teorías para dar solución a tan eminente problema.

### **Objetivo**

El propósito es confrontar la veracidad y viabilidad de aplicación de la teoría de la discrecionalidad judicial en el sistema jurídico latinoamericano, permeado por corrientes eminentemente positivistas, haciendo énfasis en el contraste que la práctica discrecional presenta en relación con el principio de seguridad jurídica.

### **Problema Y Pregunta De Investigación**

El problema de investigación tiene su centro en la discusión teórica suscitada entre la discrecionalidad judicial propuesta por H.L.A Hart y el razonamiento judicial principialista propuesto por Ronald Dworkin, referente a su aplicación en el sistema judicial latinoamericano, frente a la presencia de vaguedades-ambigüedades del sistema jurídico.

### **Justificación Metodológica**

Este trabajo se divide en seis apartados, primero se examinará la

denominada textura abierta del derecho propuesta por H.L.A Hart, como segundo apartado, se abordará la relevancia de la función judicial para el armonizado funcionamiento del sistema jurídico. Posteriormente, se hará énfasis en el concepto “ambigüedad” y “vaguedad” referente al sistema legislativo abordando los denominados “casos difíciles, a continuación se desarrollará la teoría de H.L.A Hart referente a la discrecionalidad judicial, y finalmente, se desarrollará la solución propuesta por Ronald Dworkin sobre el principialismo como respuesta a las falencias del sistema legislativo.

## Discusión Teórica

### ***La Textura Abierta Del Derecho***

Para referirse correctamente a la denominada textura abierta del derecho es necesario enfatizar, cuando menos, someramente en el pensamiento crítico de H.L.A Hart. Ahora bien, Hart aborda su teoría refiriéndose a la complejidad que encierra todo sistema jurídico como conjunto de normativas encargadas de regular y encaminar la conducta del hombre en sociedad, si bien, todo sistema jurídico resulta ser el pilar fundamental para la conservación del funcionamiento armónico de toda estructura social, para Hart es también evidente el hecho de que todo sistema jurídico presenta falencias que se hacen notorias en el momento de la aplicación de algunos enunciados normativos, problemas que fácilmente podrían pasar imprevistos cuando se evalúan desde la perspectiva del mundo del deber ser y que una vez llevados al mundo del ser brotan como un inconveniente nunca contemplado en el proceso de creación de toda norma, a estas problemáticas fortuitas o falencias de los enunciados normativos Hart se referirá como ambigüedades y vaguedades del derecho.

Lo anterior, en concordancia con la teoría Hartiana se denominará como la falta de certeza en el derecho, que como se mencionó, compondrá una característica intrínseca de todo ordenamiento jurídico; para clarificar de mejor manera este concepto, Hart procede a realizar una diferenciación entre las normas presentes en todo sistema jurídico, siendo así que las clasifica entre normas primarias y normas secundarias, considerando estas obligaciones e imposiciones sobre el individuo para la comisión u omisión de conductas y aquellas facultades privadas o públicas que derivan del individuo.

Con relación a lo anterior, las normas secundarias serán aquellas de las cuales se desprende con mayor frecuencia la falta de certeza en cuanto que implican una franja de libertades individuales o plurales para el ejercicio cotidiano del individuo en sociedad, estas facultades representan al individuo la capacidad especial que consiste en poder interpretar el alcance del texto normativo de un modo unipersonal, resultando de ello un conjunto de variaciones incontables que someten la interpretación al contexto único de cada persona y las situaciones que lo componen, confrontando en diversos momentos el fin último de la norma y el alcance que la misma tiene cuando se presentan en relación al caso particular situaciones que hacen opaco el direccionamiento de la misma. Así lo podemos interpretar tomando como referencia los aproximamientos a la teoría Hartiana por parte de la Sociedad chilena de filosofía jurídica y social en su anuario del año 1999 “La capacidad de reconocer esas instancias como referentes de esas palabras (conceptos) es la capacidad de entender el significado de la palabra (concepto) en cuestión. Del mismo modo, sin embargo, en muchas instancias la aplicación de esa palabra (concepto) a ciertos eventos del mundo distará de ser obvia y ello generará desacuerdo entre hablantes competentes.”

Las vaguedades y ambigüedades del derecho pueden tener diversos orígenes, sin embargo, uno al que hay que referirse de manera particular es el denominado carácter estático del derecho. El concepto de carácter estático se desprende de un factor netamente temporal que afecta el funcionamiento armónico del sistema legal y que tiene una relación directa con el desarrollo social, el sistema normativo, como ya se enunció, es pensado para regular el orden social, razón por la cual al momento de su concepción se incluyen factores y criterios axiológicos, históricos y sociológicos que reflejan las necesidades que ostenta una sociedad como también el estado de desarrollo que atraviesa, en relación a ello se fundan las normas de un sistema jurídico; sin embargo, el concepto de desarrollo social es un concepto sometido al cambio constante y al dinámico proceso transicional de valores axiológicos, y como consecuencia directa de ello todo sistema jurídico se verá inevitablemente sometido a que con el paso del tiempo surjan ambigüedades y vaguedades sobre uno o varios textos normativos, como también lo enuncia Fernando Atria en la ponencia sobre la teoría Hartiana en el anuario del año 1999 de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social “Éstos

eventos están en lo que Hart llamo la “penumbra” del significado de la palabra (concepto) relevante, donde diferentes opiniones acerca de su aplicabilidad pueden existir entre usuarios competentes del lenguaje en cuestión”. Siendo también causa de ello el constante surgimiento de nuevas problemáticas sociales como factor colateral al avance poblacional, las cuales por su carácter reciente claramente no tendrán regulación alguna y repercuten en el sistema, en cuanto no son adheridas nuevas disposiciones legales en las nuevas problemáticas relevantes para el mundo del derecho, generando cada vez más grande la brecha legal en un sistema y afectando la seguridad jurídica por la cual un estado debe de propender.

Ahora bien, también resulta perentorio referirse textualmente a la siguiente expresión del mismo H.L.A Hart (1994) con relación a la textura abierta del derecho, misma que bien enriquecerá de manera prominente el desarrollo de esta discusión, “La textura abierta es una característica general del lenguaje humano; 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” (p. 159). La falta de certeza del derecho y su carácter estático surgen como resultado de la utilización del lenguaje al momento de establecer un sistema normativo, puesto que, el uso de elementos lingüísticos y gramaticales para su desarrollo implican el sometimiento a la amplitud de este y a la franja de incertidumbre que conlleva la significación de cada término usado para la redacción de una norma, esto será lo que Hart referirá en su teoría como “Textura abierta”. De manera consistente con la teoría de Hart, es imperante referir que dicha “Textura abierta” no es intrínseca del derecho, mucho menos un factor característico de su esencia como disciplina científica, esta pertenece más bien al lenguaje en toda su extensión y siendo esencial a su composición, esto en cuanto el lenguaje adolecerá siempre de que en él exista una falta de certeza, por cuanto se somete a la reinterpretación y resignificación de cada individuo que se cuestione frente a un enunciado, por consiguiente, el derecho padecería también de esta textura abierta, pero no de forma directa, sino como consecuencia colateral de emplear el lenguaje como método de expresión del sistema normativo.

El derecho acaecerá entonces de una textura abierta de manera indirecta en cuanto que el lenguaje es su forma de expresión, este



carácter ha de verse mucho mas cuando se aplica el uso de términos clasificatorios genéricos en los lenguajes naturales como lo enuncia Hart (1994) “Por un lado, la necesidad de reglas dotadas de certeza [...] y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que se lo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenten en un caso concreto” (p.162). Lo anterior es bien un factor intrínseco para la expresión del poder regulatorio de un sistema legal, puesto que el significado de toda expresión lingüística esta sujeta a su uso y por ende los conceptos que dentro de sí compila el lenguaje carecerán de sentido cuando no están aplicados a circunstancias específicas. De modo, que en cuanto se puedan reconocer estas circunstancias, se podrá de igual manera reconocer el concepto que contiene; sin perjuicio de anterior existen casos en los cuales la aplicación de una palabra a un determinado contexto o circunstancia dista de ser evidente o de fácil relación, generando como consecuencia la creación de controversias entre los receptores del enunciado y del mensaje que en cuestión debía transmitir.

Entonces para referirse a la textura abierta del derecho propuesta por Hart ha de contemplarse como como una consecuencia colateral que implica el uso del lenguaje en un sistema jurídico y que conlleva una franja de indeterminación normativa confrontada por medio de la interpretación unipersonal.

---

### ***La Función Judicial***

El rol jurisdiccional dentro un sistema jurídico es uno de los pilares fundamentales que aseguran su funcionamiento y correcto desarrollo. El fin último del órgano judicial es materializar aquello que en una norma se establece, hacer aplicable en el mundo del ser lo que por medio del legislativo se suscita en el mundo del deber ser, así entonces la practica jurisdiccional custodia el cumplimiento armónico de todo cuanto tenga carácter de ley y vela por que la supuesta en práctica se genere de manera correcta y justa. El deber del funcionario judicial es entonces uno de los que ostenta una de las mayores cargas de responsabilidad con la adecuada preservación del orden estatal.

El juez dentro del sistema jurídico será quien se investirá con la

facultad de dirimir las controversias que surjan entre los individuos que forman una sociedad, deberá bajo el criterio de la ley y su experticia en el conocimiento de ella determinar el modo de proceder frente a una situación que exige una conclusión, propendiendo por que este desenlace ampare tanto las facultades con las que cada individuo cuenta, como los deberes que a su vez cuyo cumplimiento ha de ser impuesto. Así también lo afirmaría Carlos Alberto Agudelo Agudelo (2011) sobre los pensamientos de Dworkin sobre la función judicial:

para Dworkin, la experiencia judicial significará un asunto importante para definir un concepto interpretativo de la justicia, por encima de muchos postulados de los filósofos del derecho, que consideran la justicia y el derecho un tema desligado de las prácticas judiciales. (pp. 129-144)

Esto indica que todo sistema judicial que desee tener cuando menos un poco de éxito necesita indispensablemente de un órgano encargado de juzgar y decidir conforme a leyes preestablecidas el rumbo que se debe adoptar ante el surgimiento de disputas sociales de cualquier índole, con el direccionamiento de preservar el orden y mantener la correcta convivencia de las personas un sistema social fundado en la voluntad de someterse a los direccionamientos que el legislativo decida adoptar, cabe aclarar, que lo anterior, teniendo como base un sistema democrático. En relación con lo mencionado, no es un desacierto detenerse para enfatizar la importancia que tiene el carácter coercitivo dentro de la decisión judicial, dado que precisamente contribuye en otorgar firmeza al órgano jurisdiccional, estableciendo la prevalencia de la ley por sobre los intereses y comportamiento individuales, en últimas facultando al estado para actuar cuando *per se* de la intervención y orden del sistema legal un individuo decide contrariar al estado que el juez representa.

El derecho esta sujeto y supeditado a la existencia de un sistema judicial para que el conjunto de normas y disposiciones legales, que en su complejidad contienen, cumplan su fin último, el de encaminar y redirigir las conductas de los individuos, pues bien sin un sistema judicial compuesto por funcionarios que hagan materiales las disposiciones y que en conformidad a ellas se vean facultados por el poder del estado para imponer las acciones preestablecidas, el derecho

carecería de sentido y sería tan solo un conjunto de enunciados de carácter imperativo que limitarían su existencia a sugerir modelos conductuales y reacciones consecuenciales en el mundo del beber ser. El derecho depende entonces de los jueces para subsistir.

---

### **Los Casos Difíciles**

La práctica judicial, sin embargo, encuentra en su desarrollo falencias e impedimentos que le apartan del criterio utópico en el que se fundó y que presentan en su ejercicio aspectos problemáticos que exigen una respuesta en medida que surgen por parte del derecho. Lejano del criterio positivista que planteó Kelsen en el cual todo sistema normativo será completo, conteniendo en el mismo las respuestas a toda controversia que en la sociedad pudiera presentarse y sin adolecer de falencia alguna, es menester reconocer que inexorablemente un sistema jurídico no será impune a encontrar en su composición defectos e inconvenientes que sujetos al factor de temporalidad tenderán de manera exponencial a hacerse más numerosos.

Los conceptos de “carácter estático”, “indeterminación” y “textura abierta” del derecho repercuten de manera importante en el mundo jurídico y mas directamente en la práctica judicial, por cuanto afectan el alcance, la interpretación y la aplicación de los textos normativos, siempre que se manifiesten controversias que confronten de manera problemática la aplicación de más disposiciones legales. El efecto incidental que generan estas imperfecciones intrínsecas de todo sistema legal recaerá con mayor peso en la función de los jueces en razón de su deber de aplicar y hacer valer la ley en los casos particulares, se apoya entonces en la función judicial el deber de dar respuesta a las necesidades del particular aun cuando la ley no resulta ser clara sobre el modo de proceder, cuando es espesa la distinción entre dos normativas que se refieren a una cuestión en particular o se exige la ponderación de derechos que legalmente resultan ser igual de válidos, entre otros; de tal modo que la practica judicial encuentra un bache en su ejercicio, en medida que exista la presencia de situaciones no contempladas previamente por el ordenamiento jurídico e impongan al juez un problema para determinar su solución. Como fundamento de lo anterior podríamos tomar la siguiente afirmación de Doctor Carlos Alberto Agudelo (2011) “pues

habrá casos donde la ley no es suficiente, es vaga o genera vacíos, así, el juez tendrá que ponderar diferentes situaciones para buscar la respuesta más razonable”.

Estas situaciones problema cuyo proceder no se encuentra contemplado de ninguna manera por el ordenamiento jurídico serán lo que H.L.A Hart y Ronald Dworkin referirán como “casos difíciles” por cuanto su solución representa para el funcionario judicial un conflicto que se suscita entre su deber de administrar justicia de manera permanente y la carga de legalidad que ata sus acciones a un marco legal previamente establecido y delimitado. Los casos difíciles son para el derecho una transgresión directa a la seguridad jurídica, por hacer notorios ámbitos que carecen de cualquier tipo de regulación o particularidades que ponen en conflicto varias disposiciones legales plenamente válidas y que exigen una solución, situando la decisión judicial en un panorama ampliamente borroso ante la escogencia de un fallo y el proceder para su motivación, que implican el desconocimiento y prevalencia de uno o más derechos entre sí, con el especial cuidado de no transgredir el orden legal o romper el marco de sus funciones.

Los casos difíciles desde la perspectiva de Dworkin serán aquellas situaciones problemáticas que a la luz del derecho no presentan una solución clara, con ello refiriéndose a que no existe una normativa clara o un procedimiento legal previamente estipulado para que el juez proceda a dirimir el conflicto en cuestión; como también aquellas situaciones donde la aplicación de una norma vigente acaezca como resultado “un injusto”, de tal manera que el funcionario judicial en el ejercicio de su labor es contrariado sobre las facultades que ostenta y los deberes que aluden a su labor dentro del sistema.

En sus propios términos Dworkin anunciará que nos encontramos frente a un caso difícil “cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución; el juez -de acuerdo con esta teoría- tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido” (1984, p. 146).

En concordancia con los planteamientos de Dworkin, la existencia de casos difíciles no implican para el derecho ni para el juez la

facultad para inhibirse de pronunciarse sobre el conflicto y sobre los derechos que dentro del mismo versan, pues aunque bien representan un óbice para el funcionamiento armónico del sistema, no implican el desconocimiento de la función estatal de propender por la preservación de las facultades personales de cada individuo, por lo que sin perjuicio de cuan contrariado se puede situar el estado o el juez frente al surgimiento de un caso difícil, deberá por encima de ellos dirimirse la controversia esclareciendo que derecho deben de reconocerse en la solución de la problemática. Ello más bien implicaría para Dworkin una nueva dimensión de la práctica judicial en la cual el juez ha de ampliar su perspectiva más allá del positivismo de la norma, como así también lo afirma el Doctor Carlos Alberto Agudelo (2011):

Para Dworkin hay un concepto más amplio del derecho que vincula la moral para fallar mejor aquellos casos donde los jueces no pueden resolverlos con base en la norma, o cuando las personas tienen dilemas morales bastante fuertes y requieren de una teoría moral. (pp. 129-144)

Estas situaciones problemáticas cumplen para Dworkin un papel fundamental en el desarrollo de la visión que se tiene sobre el derecho, pues son precisamente estas lagunas del sistema legal las que empleará para desvirtuar los planteamiento positivistas que postulaban al sistema jurídico como completo e idóneo, de tal manera que la presencia de casos difíciles dentro de un sistema normativo serían la prueba acertada de la amplia franja de indeterminación que existe dentro del derecho y que da razón de que es errado el planteamiento de Kelsen que alude a que el derecho siempre tendrá una única respuesta para cada caso, como así lo menciona en sus pronunciamientos sobre su propia teoría

Si a la hora de decidir los casos difíciles a los jueces no se les exigiera que tomaran decisiones morales entonces no tendrían desde luego que consultar la teoría moral. Pero si se les presentan problemas morales, entonces decirles que deben resolverlos mediante el uso de la historia, la ciencia económica o cualquier otra técnica no moral supondría un error categoría. (Dworkin, 2007)

El carácter estático del derecho, será entonces, para Dworkin un problema claramente plausible dentro de todo estado social de derecho, dejando en evidencia que el positivismo implica no mas que la aplicación mecánica de enunciados de carácter imperativo que ajenos al desarrollo social resultan en un ordenamiento jurídico incompleto; la función judicial entonces no podrá resumirse únicamente en la aplicación concurrente y monótona de disposiciones sustanciales y procesales, en vista que frente al surgimiento de casos no previstos ni regulados previamente por el aparato legislativo, la doctrina positivista resulta obsoleta por cuanto no le permite al sistema normativo avanzar y adaptarse al desarrollo social convirtiendo al derecho en una disciplina obsoleta incapaz de dirimir las situaciones problema a la par de la sociedad.

El concepto de Hart sobre los casos difíciles o como el los refiere “casos de penumbra” estará estrechamente relacionado con la utilización del lenguaje como forma de expresión del derecho y la aplicación de términos clasificatorios genéricos para la producción de enunciados normativos, puesto que estos inciden en someter al derecho a la infinita franja de interpretación de cada termino lingüístico y conllevan a la contradicción de distintas disposiciones legales o a la duda sobre la procedencia de uno o más textos normativos en situaciones específicas

Por un lado, la necesidad de reglas dotadas de certeza[...]  
Y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que se lo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenten en un caso concreto (Hart, 1994-1963, p. 130- p.162.)

Mismas que tendrán una consecuencia directa y plausible en la práctica judicial, controvirtiendo la manera correcta de proceder del juez y poniéndolo en una penumbra como lo referiría Hart frente a solución de determinadas situaciones, bien porque dos imperativos legales tienden a contradecirse, por que no existe una regulación clara para la controversia surgente o por que las características de la misma permiten múltiples interpretaciones y a su vez la posibilidad de múltiples disposiciones legales.

Estos casos de penumbra para Hart no implican un factor que desvirtúe los planteamientos de la corriente positivista de Kelsen, puesto que bajo su criterio encuentran solución en las reglas que el mismo postula; la regla de reconocimiento, la regla de cambio y la regla de adjudicación, las cuales consecutivamente pretenden dar solución a la falta de certeza, el carácter estático y la ineficacia de la presión social en el derecho. De este modo el planteamiento Hartiano frente a los denominados casos difíciles no pretende comunicar un sistema ineficaz o una legislación estática como lo hace Dworkin, sino más bien aduce a un sistema positivista que, aunque dista de ser perfecto como lo plantea Hart, asienta unos cimientos fehacientes sobre un sistema jurídico cuyas imperfecciones que son intrínsecas del lenguaje y no del positivismo como corriente imperante en los sistemas jurídicos, más bien aquellas ambigüedades y vaguedades de las que todo sistema tiende a padecer resultan ser una consecuencia colateral e ineludible al ser el lenguaje el medio idóneo de expresión y desarrollo del derecho, por ello y sin perjuicio de la efectividad del sistema positivista, Hart alude a soluciones bajo su criterio eficaces para contravenir las fallas del sistema jurídico y permitir su armónico funcionamiento. Así, también, lo enuncia el Doctor Fernando Atria “textura abierta del derecho no es una característica del derecho si no, como Hart dice explícitamente uno de los lenguajes naturales” (Sociedad Chilena de filosofía jurídica y social, 1999, p. 481).

Uno de los planteamientos más reconocidos de Hart y que ha repercutido grandemente en el debate sobre la idónea solución para lo que se denominan “casos difíciles” es la discrecionalidad judicial, que surge como la respuesta idónea a la textura abierta del derecho y a su carácter indeterminado y estático. La discrecionalidad judicial como una facultad extraordinaria para el juez es a la luz de la teoría Hartiana la manera de proceder acertada y definitiva que contribuiría a que todo el sistema jurídico pudiera ser realmente completo y no tuviera que enfrentarse a controversias que expusieran su ineficacia o incapacidad para regular el orden social.

---

***La Discrecionalidad Judicial***

Como solución para el continuo surgimiento de casos difíciles, debido al desarrollo permanente de la sociedad,

Hart postulará dentro de su teoría referente a la solución del carácter indeterminado del derecho, lo que él denominó “Discrecionalidad judicial”, la cual bajo los planteamientos Hartianos brinda al sistema jurídico la oportunidad de contrarrestar o erradicar las imperfecciones que le impiden ser completo y orgánico.

La discrecionalidad judicial alude directamente a la textura abierta del derecho, que bien ya habiendo clarificado que dentro de su teoría, Hart refiere la textura abierta al lenguaje, el derecho acaece de ella por cuanto usa el lenguaje en su totalidad para desarrollarse, de este modo toda norma jurídica es objeto de contener en su redacción o aplicación cierto carácter de indeterminación que lleva bajo circunstancias específicas a la creación de confusiones o penumbras sobre su correcta aplicación y procedencia. Es al funcionario judicial a quien legalmente bajo los presupuestos del estado social de derecho a quien correspondería dar una adecuada solución a estos casos de duda o de incierta procedencia, empleando la totalidad del sistema legal y de sus disposiciones normativas para cumplir cabalmente con su función de administrar justicia; más bien este presupuesto se ve opacado cuando en el sistema jurídico se presentan contradicciones entre diversos postulados normativos, cuando las particularidades de un caso no hacen clara la procedencia o aplicación de una norma, ya sea porque no satisfacen la controversia expuesta, porque la aplicación de la norma o conjunto de normas resulta en la materialización de un injusto o porque no existe ninguna regulación sobre la problemática presentada. Resulta entonces también relevante para el desarrollo de esta teoría la mención del rango de acción al que es sujeto el funcionario judicial, el cual nunca podrá exceder de lo ya estipulado con anterioridad por el órgano legislativo, de tal manera que tendrá que apegarse a lo estipulado normativamente para dar solución a las controversias que llegan diariamente a un despacho judicial; pero como ya se mencionó, esta premisa no es posible cuando por la misma naturaleza del sistema jurídico no siempre es factible dar solución de manera sistemática y sencilla a todas las problemáticas que surgen en una sociedad, existen pues casos difíciles, como ya se enunció, en los cuales el juez se encuentra con un panorama oscuro que no le permite encontrar una respuesta idónea dentro del mismo sistema normativo. Así, se podría tomar como fundamento de lo anterior el siguiente enunciado del mismo Hart (1961):



La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.

Lo anterior, también debe contrastarse con el factor de permanencia que es característico de la jurisdicción que ostenta el órgano judicial, mismo que alude a que el estado no podrá en ningún caso dejar de administrar justicia, ahora bien, con relación a lo anteriormente expuesto, lo que se puede encontrar es un claro dilema para el funcionario judicial entre apearse a su función de administrar justicia, de tal modo que se ve imposibilitado para rechazar o resolver insatisfactoriamente las problemáticas que los ciudadanos ponen a disposición del sistema judicial, y la aplicación de un sistema normativo que frente a determinadas problemáticas no le brinda a los jueces un adecuado proceder o le contraria frente a la aplicación de determinadas normas, de tal modo que la procedencia del principio de seguridad jurídica, que rige la subordinación del jurista a los imperativos previamente estipulados, conlleva a una disyuntiva que según Hart resulta en la solución insatisfactoria de las situaciones sociales surgentes.

La discrecionalidad judicial plantea facultar al juez para que en situaciones de casos difíciles, en las cuales la ley no ofrece una respuesta clara sobre cómo proceder o que norma aplicar para dar una solución satisfactoria, este sea capaz de interpretar la particularidad del caso y de las partes, para así mismo en función de su experticia, su conocimiento del sistema legal y su criterio pueda brindar una respuesta a la problemática presente y sobre la cual la ley no resultaba clara. La respuesta discrecional del juez que plantea Hart debe cumplir con ciertos criterios, bien siendo consciente de que su postulado contraviene directamente el principio de seguridad jurídica o cuando menos el criterio que se tenía del mismo en aquel momento; en razón de ello, la respuesta discrecional debe siempre de ir con el ánimo del sistema jurídico y de la legislación existente, no debe bajo ninguna circunstancia ser una respuesta arbitraria y más aún vulnerar o contrariar derechos fundamentales establecidos por el orden constitucional, siendo así que el funcionario judicial que ejerza

la facultad discrecional debe de sustentar su respuesta en la justicia, los derechos fundamentales, la moral y la experticia que le otorga su cargo de jurista. De un modo similar, lo expresa el Doctor Luis Prieto Sanchis (1985):

Para el escritor británico, los jueces no se comportan como legisladores, sino que obtienen de las leyes, de los precedentes, etc., las pautas fundamentales para adoptar sus decisiones. Sin embargo, esas leyes y presidentes no son siempre suficientemente precisas ni pueden contemplar en todas sus dimensiones la complejidad de la vida social; es entonces, bajo esa vinculación, cuando los tribunales despliega en una actividad que bien puede clasificarse como creativa. (p. 365)

La discrecionalidad judicial es bajo la perspectiva de H.L.A Hart una medida necesaria con el fin de subsanar las imperfecciones que todo sistema jurídico contiene, por lo cual las plantea como una medida necesaria para combatir la indeterminación del derecho, siendo este el principal obstáculo para su funcionamiento armónico y completo. Los casos difíciles permiten vislumbrar que el derecho, en relación al desarrollo social, tenderá a llevar la desventaja y se enfrentará con situaciones problemas sobre las cuales aún no se ha regulado o que presentan particulares alteraciones que hacen que la aplicación de una norma no cumpla su fin último, así entonces, la discrecionalidad le brinda al sistema jurídico la capacidad de no incurrir en un sistema legislativo obsoleto proyectado temporalmente, ampliando la capacidad del juez para acudir a su conocimiento de la ley, su criterio y muy especialmente la moral. Con la discrecionalidad judicial, afirma Hart, todo sistema jurídico contaría con las capacidades para orgánicamente acoplarse al factor de temporalidad, contrarrestar la textura abierta que el derecho acaece, nutriéndose orgánicamente de la función judicial. Finalmente es menester para soportar este argumento el criterio del Doctor Joan Mesquida Sampol (2003) sobre el concepto de discrecionalidad:

La discrecionalidad es la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a un juez o a un funcionario para que decida según los principios o estándares que considere justificadamente de aplicación ante la indeterminación o el carácter abierto de la norma jurídica a aplicar. (p. 340)

**Dworkin Sobre  
La Discrecionalidad Judicial**

El postulado sobre a discrecionalidad judicial de Hart fue bastante controvertido por cuanto contravenía directamente el principio de seguridad jurídica imperante en el estado social de derecho, pues pretendía dar respuesta y solución a las problemáticas que el derecho afronta como disciplina, así mismo desvirtuaba valores que se han establecido como cimientos para la construcción de un sistema jurídico. El principio de seguridad jurídica tiene una estrecha relación con la adecuada administración de su justicia, así como con el principio de imparcialidad judicial, la discrecionalidad judicial como respuesta a la textura abierta del derecho implica la significación de un sinnúmero de nuevas posibilidades que podrían vulnerar la esencia del derecho como disciplina y como ciencia.

Ronald Dworkin no evita pronunciarse sobre la discrecionalidad judicial que postula Hart, así mismo la desvirtúa partiendo del hecho que facultar a los funcionarios judiciales para interpretar la ley bajo un criterio unipersonal conlleva más consecuencias contraproducentes que beneficios. Vulnerar de manera directa el principio de seguridad jurídica lo único que traería sería debilitar las bases del derecho como disciplina, el juez entonces ya no tendría que apegarse a lo que el órgano legislativo previamente estableció, sino que tendría la facultad para interpretar la ley bajo su esfera personal y su propio concepto, la ley estaría sujeta ya no solo a múltiples interpretaciones por parte de la sociedad, sino también por parte de los funcionarios judiciales, como consecuencia de ello encontraríamos múltiples respuestas dependiendo de cada juez y de las corrientes filosóficas a las que cada uno decida acudir, y cada caso tendría una respuesta distinta dependiendo, no de las particularidades de este, como lo afirma Hart, sino de los criterios que cada juez tenga y como considere que debe resolverse el caso, en tal situación, es más que pertinente preguntarse si realmente se contribuye a la administración de justicia o por el contrario lo que hace es aludirse a dejar la justicia en manos de las subjetividades de cada individuo y la infinidad de factores que pueden influir en ella. Pues bien lo anterior se desarrolla sobre la siguiente afirmación del Doctor Oscar Alexis Agudelo (2014):

Desde la mirada integralista de Dworkin, el fenómeno de la creación judicial del Derecho muestra la presencia de

lagunas y falta de claridad en las reglas; en este punto, Dworkin niega la posibilidad de creación judicial, en tanto el juez no crea reglas, pero sí resuelve casos difíciles a partir de principios. Tal tesis trae consigo la negación de la discrecionalidad. (p. 49)

Del mismo modo, Dworkin alude a un hecho implícito dentro de la teoría discrecional que resulta a la luz de los principios constitucionales bastante ruidoso, facultar a los jueces para que interpreten la ley en casos difíciles en relación a su criterio, implica facultar a los jueces para que estos creen derecho y así mismo generen precedentes judiciales para la solución futura de problemáticas; la función de crear derecho, es decir de generar normas con carácter vinculante y coercitivo, corresponde únicamente al órgano legislativo que es escogido por democracia, por ello si se faculta a los jueces para que creen derecho no se estaría haciendo más que tornar borrosa la separación de las ramas del poder que ostenta el estado social de derecho y que asegura la imparcialidad de un sistema de gobierno.

La discrecionalidad judicial, a la luz de los preceptos del derecho como ciencia, resulta ser un inconveniente más que una solución según lo plantea Dworkin, pues bien es una solución poco eficiente que no asegura que la textura abierta del derecho se erradique de la disciplina judicial sino que implica la concesión de múltiples soluciones que entre sí podrían también contradecirse y que menguarían la autoridad, coherencia y organicidad de un sistema jurídico, como lo enuncia el Doctor Joan Mesquida Sampol:

Para este autor, la discrecionalidad es una facultad propia de un órgano en un sistema normativo dado. Esta facultad exige que exista una norma que la legitime y la acote. Sin esta norma no tiene sentido hablar de discrecionalidad. Con una gráfica metáfora, dice Dworkin que la discrecionalidad no es otra cosa que el agujero de una rosquilla; éste no es sino el vacío creado por la rosquilla pero que no puede existir sin ésta. Análogamente, la discrecionalidad es un vacío de normas, un espacio abierto entre ellas, sin dejar de ser, sin embargo, una facultad atribuida a un juez o a un funcionario y que presupone la existencia de normas que la acoten. (p. 343)

Los casos difíciles si bien ponen en una encrucijada al derecho, en razón de que exponen su carácter incompleto e imperfecto, no son una razón fehaciente para facultar al funcionario judicial con la función de crear derecho, ahora bien, aun cuando Hart afirma que la discrecionalidad judicial ha de aplicarse únicamente en aquellos casos de penumbra en los cuales la ley no ofrezca una respuesta clara o una adecuada manera de proceder, para Dworkin este argumento pierde su validez en el momento en que la identificación de casos difíciles resulta someterse a la particularidad de cada caso o al surgimiento de problemáticas no contempladas por un ordenamiento, lo cual permite significar que las lagunas y ambigüedades del derecho estarían sometidas a ser resueltas por el juez, implicando con ello una monumental vulneración al principio de seguridad jurídica.

## Conclusión

En desacuerdo con la teoría Hartiana, Dworkin postula su propia teoría en conciencia de la existencia de casos difíciles en la práctica judicial y la imperante necesidad del derecho de poder dar solución a los mismos y administrar justicia, sin embargo para Ronald Dworkin la respuesta no se encuentra en facultar a los funcionarios judiciales para que interpreten la norma y creen derecho, como respuesta a las ocasiones en las que la ley no es clara sobre la idónea solución, más bien la respuesta se encuentra en los principios constitucionales que todo ordenamiento jurídico posee y resultan ser la base de todo sistema de justicia, pues bien las normas y postulados legislativos tienen su base en un desarrollo de los principios constitucionales que rigen el ánimo en que un estado es fundado y los valores, que esta a su vez considera mayormente relevantes, adoptándolos como cimientos para el desarrollo de la vida en sociedad.

ver el derecho como concepto interpretativo va a llevar a los jueces a tomar decisiones en casos complejos, no sólo con base en las normas, sino con base en decisiones políticas, pues habrá casos donde la ley no es suficiente, es vaga o genera vacíos, así, el juez tendrá que ponderar diferentes situaciones para buscar la respuesta más razonable. El juez tendrá que hacer uso

de las reglas interpretativas del derecho de concebir la jurisprudencia y la ley como una novela donde cada juez escribe el capítulo siguiente sin perder la coherencia con sus antecedentes judiciales. (Dworkin, 2007, p. 29)

Para la teoría de Dworkin el funcionario judicial frente a los casos difíciles debe siempre acudir a los principios constitucionales que como base de todo sistema normativo podrán guiarlo sobre el ánimo en que fue fundada la ley y así mismo la prevalencia de algunas disposiciones sobre otras, así entonces en los casos de duda lo ideal será siempre regirse por el rumbo que los principios constitucionales indiquen, por cuanto estos a su vez son el desarrollo de los valores de mayor relevancia que ha decidido adoptar una sociedad, sin embargo, rechazando rotundamente la postulada discrecionalidad, siendo que solo aporta inseguridad jurídica.

## Referencias

- Agudelo, C. (2011) *“La justicia con toga de Ronald Dworkin: ¿Los jueces son filósofos o son interpretes moderadores?”* (ed. 7). Sophia. pp. 129-144.
- Agudelo, C. (2014). *Dos dilemas judiciales en Ronald Dworkin*. (ed. 2). Novum Jus
- Anuario de filosofía jurídica y social. (1999). *Diálogos con Norberto Bobbio y GH Von Wright*, 17. Sociedad Chilena de filosofía jurídica y social (p. 380).
- Hart, H. (1963). *Mis cursivas*.
- Hart, H. (1961). *El concepto de derecho* (trad. Carrió, G) 2a ed. Editora Nacional.
- Mesquida, J. (2003). *El concepto de discrecionalidad y su control*. Anales de la cátedra Francisco Suárez, 37. pp. 340-343.
- Prieto, L. (1985). Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin. *Revista española de derecho constitucional*, 14, 365.