

Rule of Law* y discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación*

Rule of Law and judicial discretion: Compatibility and reciprocal limitation

SUMARIO

1. Planteamiento. 2. *Rule of law* y concepto de derecho. 3. Discrecionalidad judicial y la inevitable y hasta deseable indeterminación parcial del derecho. 4. Congruencia entre *rule of law* y discrecionalidad judicial. 4.1. Tensiones. 4.2. Compatibilidad y recíproca limitación. Conclusiones. Referencias.

RESUMEN

Con este trabajo se busca clarificar la compatibilidad entre las exigencias del *rule of law* y el fenómeno de la discrecionalidad judicial. Para llevar a cabo este objetivo será necesario, en primer lugar, establecer qué entendemos por *rule of law* y por discrecionalidad judicial. Así, por un lado, se propondrá una concepción de la discrecionalidad judicial en parte originada por la inevitable y, en algunos casos, hasta deseable indeterminación parcial del derecho y cuya característica principal está vinculada con un cierto margen de decisión libre del que gozan en algunos casos los jueces entre, al menos, dos posibilidades justificadas de actuación. Además, se propondrá una noción de las exigencias

* Abogado por la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina) y doctor por la Universidad de A Coruña (España). Sus trabajos de investigación se han ocupado del positivismo jurídico anglosajón contemporáneo, de temas de teoría de la interpretación y aplicación vinculados a la objetividad del derecho y de los límites de la discrecionalidad y la arbitrariedad de las decisiones jurídicas. Actualmente es investigador del CONICET y profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Austral (Argentina). Contacto: jbetcheverry@austral.edu.ar

** Este trabajo forma parte de los resultados de un proyecto de investigación financiado por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica dependiente del Ministerio de Ciencia, Técnica e Innovación Productiva de Argentina y la Universidad Austral. Debo mi agradecimiento a Juan Cianciardo, Luciano Laise, Pedro Rivas, Pilar Zambrano y Carlos Massini por las críticas formuladas a borradores de este trabajo.

Recibido el 5 de septiembre de 2016, aprobado el 1.º de marzo de 2017.

Para citar el artículo: ETCHEVERRY, J. B. *Rule of Law* y discrecionalidad judicial. *Derecho del Estado* n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017, pp. 3-21. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.01>

del *rule of law* como ideales orientados a servir fines valiosos, que admiten grados en su cumplimiento, que resulta imposible cumplir completamente con ellos e, incluso, indeseable en algunos casos hacerlo en la mayor medida posible. A partir de estas nociones se buscará mostrar que, si entendemos a las exigencias del *rule of law* de modo tal que no siempre deban ser cumplidas completamente, e incluso que en algunos casos no deban ser cumplidas en la mayor medida posible, ellas podrán ser conciliables con el fenómeno de la discrecionalidad judicial.

PALABRAS CLAVE

Rule of law, discrecionalidad judicial, indeterminación jurídica, única respuesta correcta, decisión judicial.

ABSTRACT

The aim of this work is to throw some light upon the compatibility between the rule of law *desiderata* and the phenomenon of judicial discretion. In order to achieve this, it is first necessary to determine what we understand by the terms “rule of law” and “judicial discretion”. In this sense, the conception of judicial discretion that is offered in this work is linked with a certain margin of freedom that judges have when deciding cases that have at least two justified possible courses of action. In addition to this, this work puts forward a notion of the rule of law *desiderata* and characterizes the latter as ideals that: (i) aim at serving valuable ends, (ii) admit degrees of accomplishment, as it is impossible –and, in some cases, even undesirable– to fulfill them either completely or to the highest possible degree. Based on these notions, this work intends to demonstrate that if the rule of law *desiderata* are understood as requirements that are not always meant to be accomplished completely, and that even in some cases should not be fulfilled to their highest possible degree, then they can be compatible with the phenomenon of judicial discretion.

KEYWORDS

Rule of law, judicial discretion, legal indeterminacy, right answers thesis, judicial decision.

1. PLANTEAMIENTO

Uno de los conceptos jurídicos que más ha sido debatido en los últimos años es el de “Estado de derecho” (*Rechtsstaat*) o “Gobierno del derecho” (*rule of law*). Por un lado, dichos debates se desataron por la crisis (posterior a la Segunda Guerra Mundial) que sufrió la versión decimonónica y continental

del Estado de derecho, que pretendía controlar el monopolio estatal de la producción jurídica solo con algunas exigencias formales para el dictado de las normas (generalidad, irretroactividad, claridad, promulgación, etc.). Más específicamente, estos debates surgieron en torno a los procesos de reordenación política que llevaron adelante varias naciones europeas por medio del cual pasaron de un Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho, que incorpora derechos fundamentales directamente aplicables y sistemas para controlar su respeto¹.

Por otro lado, la noción anglosajona de *rule of law* se afianza en una tradición jurídica (*common law*) en la cual el derecho no era monopolizado por el Estado, sino hallado en las costumbres, la tradición y en los principios razonables que pueden inducirse de las decisiones de los jueces². Presuponiendo estas particularidades, los debates vinculados a la noción de *rule of law* buscan establecer si ha de circunscribírsele principalmente a las ideas de que las normas deben disponerse de forma general y previa al caso que rigen, que los casos deben resolverse en los tribunales ordinarios y que todos los hombres (incluidos los funcionarios) están sujetos a la “superioridad de la ley” (como tradicionalmente la sistematizó Dicey³), o si también deben reconocerse como elementos que componen esta noción los derechos individuales, las formas democráticas de gobierno⁴ e, incluso, (algunos sugieren) los derechos sociales⁵.

Un desafío actual y concreto tanto para la noción de Estado (constitucional) de derecho como para la de *rule of law* está relacionado con el margen de discrecionalidad con que los funcionarios judiciales (especialmente aquellos con competencia constitucional) resuelven algunos de los conflictos que se

1 Cfr. BÖCKENFÖRDE, E. W. Origen y cambio del concepto de Estado de derecho. En *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trad. R. Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, 17 ss.

2 DICEY, citando una comparación que hace Tocqueville entre el sistema inglés y el suizo, advierte que una de las características del *rule of law* en el Reino Unido es que se encuentra más en la costumbre que en la ley. Cfr. DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics, 1982, 108 y 115.

3 Al decir de DICEY, (i) “no man is punishable (...) except for a distinct breach of [pre-existing] law established in the ordinary legal manner” (p. 110); y (ii) “not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law (...) and (...) ordinary tribunals” (p. 114). *Ibid.*, 110 y 114.

4 DWORKIN es uno de los referentes de esta propuesta e incluso propone en ella cómo resolver la tensión entre una noción de *rule of law* respetuosa de los derechos individuales y, a su vez, de la democracia como forma de gobierno. Cfr. DWORKIN, R. *Political Judges and the Rule of Law*. En *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, 9-32.

5 Para una sistematización de las propuestas formalistas y sustantivas de la noción de *rule of law* cfr. TAMANAHA, B. Z. *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, caps. 7 y 8, y Craig, P. *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*. *Public Law*, 1997, 467.

les plantean. Como resulta obvio, para establecer en qué sentido la discrecionalidad judicial puede ser un desafío para el *rule of law*, previamente es necesario aclarar qué entendemos por “discrecionalidad judicial” y por “*rule of law*”⁶.

Si bien existen varias concepciones acerca de cada una de estas dos nociones, a fin de que se pueda comprender el problema o la cuestión que se abordará, podemos adelantar que entendemos por decisión judicial discrecional aquella que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades justificadas de actuación y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras. A partir de esta noción de discrecionalidad judicial resulta más claro cuáles pueden ser los desafíos que dicha discrecionalidad le plantea al *rule of law*.

El principal desafío que plantea la discrecionalidad judicial al *rule of law* puede plantearse como un interrogante: ¿cuando los jueces deciden discrecionalmente obran “sujetos a derecho”, “gobernados por el derecho”, “bajo el imperio del derecho” o “conforme a derecho”? Este interrogante puede ser reelaborado en clave política del siguiente modo: ¿cuando los jueces deciden discrecionalmente nos encontramos ante el gobierno de las leyes o de los funcionarios judiciales? La necesidad de abordar este desafío se vuelve más acuciante si se acepta (como parece hacer la gran mayoría de los teóricos del derecho) que algún margen de discrecionalidad judicial es inevitable.

Para dar respuesta a estas preguntas nos apoyaremos en una noción de las exigencias del *rule of law* como ideales orientados a servir un fin valioso, que admiten grados en su cumplimiento, que resulta imposible cumplir completamente con ellos e, incluso, en algunos casos, indeseable hacerlo en la mayor medida posible. A la vez, se buscará mostrar que una noción de las exigencias del *rule of law* de este tipo es lo suficientemente flexible para resultar compatible con las decisiones judiciales discrecionales⁷.

Se espera, al mismo tiempo, que el resultado de esta explicación de la compatibilidad entre el *rule of law* y la discrecionalidad permita identificar algunos de los límites de la discrecionalidad judicial y, también, corregir concepciones ingenuas del *rule of law*.

2. RULE OF LAW Y CONCEPTO DE DERECHO

Para comprender el concepto de *rule of law*, una de las primeras cuestiones que es necesario dilucidar es si constituye un ideal al que aspira el derecho

6 Sobre la relación entre el concepto de *rule of law* y el de discrecionalidad administrativa cfr. SHANE, P. M. The Rule of Law and the Inevitability of Discretion. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Vol. 36, 2013, 21 ss.

7 Se hará referencia a esta cuestión en el punto 4.2.

o si, en cambio, conforma un conjunto de requisitos mínimos esenciales que han de ser plenamente cumplidos por todo sistema normativo para poder ser considerado un sistema jurídico.

Si el *rule of law* es considerado una exigencia jurídico-conceptual de cumplimiento disyuntivo, la relación entre el concepto de derecho y el *rule of law* sería de tal modo que las prácticas sociales que no cumplan sus exigencias no podrían ser consideradas como jurídicas.

Quienes sostienen que el *rule of law* es una exigencia jurídico-conceptual de esta clase suelen circunscribir el contenido de sus requerimientos lo más posible, probablemente a fin de no acotar demasiado el alcance del concepto de derecho. En este sentido, Guastini sostiene que el contenido del *rule of law* alude únicamente a que “todo acto del Estado sea cual fuere debe estar sujeto a derecho”⁸, y aclara que una concepción del *rule of law* de este tipo (denominada por algunos autores *rule by law*⁹), además de ser una exigencia conceptual, es meramente formal o moralmente neutral, ya que no dice nada sobre el contenido del derecho. A su vez, advierte que para que esta exigencia tenga consecuencias prácticas es necesario que existan reglas que regulen los actos estatales y órganos que controlen el respeto de tales reglas¹⁰.

Este tipo de concepciones del *rule of law* son tan mínimas que su capacidad explicativa se reduce casi prácticamente a lo obvio o tautológico. Kelsen es consciente de esto y, por ello, reconoce que si el Estado o gobierno es comprendido como un orden jurídico (como él propone), entonces el concepto de *rule of law* es meramente pleonástico. Esto es así porque si el Estado existe solo en los actos del Estado y dichos actos son realizados por individuos y atribuidos al Estado por normas jurídicas, entonces resulta obvio que todo acto del Estado está gobernado por normas jurídicas¹¹. En cambio, si el *rule of law* es considerado un ideal y no meramente como una exigencia mínima, deberemos repreguntarnos, por un lado: ¿cuál es la relación entonces entre el concepto de derecho y el ideal del *rule of law*?, y, por el otro: ¿aceptar que el *rule of law* es un valor o un ideal supone aceptar que su contenido es moral?

La gran mayoría de autores que tratan el tema del *rule of law* suelen presentarlo como un ideal, un valor o un estándar de excelencia, y no meramente como una exigencia mínima disyuntiva de todo derecho. En este sentido, Raz sostiene que la noción de *rule of law* refiere a la idea de “gobierno del derecho”, y esta, a que “debe ser capaz de guiar las conductas de los sujetos”¹².

8 Cfr. GUASTINI, R. Implementing the Rule of Law. *Analisi e diritto*, 2001, 95. La traducción es propia.

9 Cfr. TAMANAHA. *On the Rule of Law*, cit., 92-93.

10 Cfr. GUASTINI. Implementing the Rule of Law, cit., 95.

11 Cfr. KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. Trad. de la 2.^a ed., M. Knight. NJ: The Law Book Exchange, 2005, 313.

12 RAZ, J. The Rule of Law and its Virtue. En *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979, 214. La traducción es propia.

Para lograr esto, el derecho debe tener unas características que constituyen las exigencias del *rule of law*. En concreto, dichas exigencias serían que las leyes han de ser prospectivas, generales, claras y relativamente estables, que la creación de reglas particulares debe guiarse por reglas generales y con el resto de características recién enunciadas, que los tribunales deben ser independientes, de fácil acceso, con poder de revisión o control de que los otros poderes del Estado cumplan con las exigencias del *rule of law*, imparciales, respetar el derecho de las partes a ser escuchados, etc.¹³. Sin embargo, no es necesario que un sistema de reglas cumpla con todas estas exigencias para que estemos frente a un sistema jurídico. “La conformidad con el *rule of law* es una cuestión de grado: la conformidad completa es imposible (algo de vaguedad es inevitable) y la conformidad en su mayor medida posible también es indeseable (algo de discrecionalidad administrativa controlada es mejor que nada de dicha discrecionalidad)”¹⁴. En cambio, siguiendo a Hart, para que unas reglas logren conformar las instituciones más básicas de un sistema jurídico (a su entender, las judiciales) han de ser solo mínimamente claras, prospectivas y generales¹⁵. Por otra parte, estos estándares de excelencia, aclara Raz, serían moralmente neutrales, porque no garantizan que las normas que los respetan no sean utilizadas con malos objetivos¹⁶. En este sentido suele advertirse que incluso es posible que un gobierno tiránico respete las exigencias del *rule of law*.

Sin embargo, a nuestro juicio, lo que define el contenido moral de unas exigencias no es que garanticen un buen resultado o un buen uso de las normas que las respetan, sino su orientación a conseguir un fin valioso. En este caso, la confusión de quienes niegan esta orientación de las exigencias del *rule of law* puede surgir de que se presuma que la única aspiración específicamente *moral* del derecho sea resultar justo y, por lo tanto, al ver no necesariamente garantizada dicha finalidad por tales exigencias, se las considera como moralmente neutrales. El error de dicha presunción es no advertir que la finalidad inmediata de las exigencias del *rule of law* no es garantizar la justicia, sino otros fines valiosos que son condición necesaria, pero no suficiente, de la justicia de las normas que cumplen con dichas exigencias¹⁷. Específicamente, estas exigencias no buscan solo que las normas sean más eficaces en su capacidad para guiar y así coordinar la conducta, sino que buscan que las normas hagan esto de un modo en particular: garantizando cierta *reciprocidad* entre la autoridad y quienes la respetan, algún tipo de

13 Cfr. *ibíd.*, 215-219.

14 *Ibíd.*, 223. La traducción es propia.

15 Cfr. *ibíd.*, 224.

16 Cfr. *ibíd.*, 225.

17 Cfr. WALDRON, J. Rule of Law in Contemporary Liberal Theory. *Ratio Juris*, 2, 1989, 93-94.

imparcialidad entre quienes aplican el derecho y, por tanto, *respetando* de algún modo la *autonomía* humana. Esto es lo que busca la previsibilidad, la separación de poderes, el gobierno de las leyes, etc. La autodisciplina que exige el *rule of law* al obligar al gobernante a someterse a las normas y procesos establecidos por el propio derecho supone el valor de la reciprocidad y el de la imparcialidad y, en última instancia, el del respeto de la autonomía de las personas¹⁸. Todo esto es despreciado por el tirano. Por esto es un error pensar que el *rule of law* es meramente una técnica para el bien o el mal, según como se la use. En realidad es muy valiosa por sí misma. Tanto es así que en muchas ocasiones se ha presentado al *rule of law* como un límite a la libertad de maniobra de los gobiernos, a fin de limitar a los gobiernos arbitrarios. Más específicamente, como un modo de evitar que los gobernantes dirijan el ejercicio de su autoridad hacia objetivos partidarios o individuales¹⁹. No obstante, las exigencias del *rule of law* son solo una parte de las exigencias de justicia, no garantizan todos los aspectos del bien común, ni siquiera su sustancia, porque quienes no lo desean pueden mantener estos valores, por ejemplo, para no perder la popularidad que tienen²⁰. En definitiva, la clave para entender que las exigencias del *rule of law* no son neutrales no está en defender que su cumplimiento garantiza normas o decisiones judiciales justificadas, sino en advertir que su negación absoluta garantiza resultados injustificados. Dicho de otro modo, cierto respeto de las exigencias del *rule of law* puede ser considerado como una condición necesaria, aunque no suficiente, para que las normas jurídicas y las decisiones judiciales resulten justificadas.

No obstante, el disenso acerca de si las exigencias del *rule of law* son o no moralmente neutrales, ¿no es en realidad un disenso relativo al concepto mismo de derecho? Para Viola, según qué finalidad se le asigne al derecho, este será explicado solo con un elenco de características moralmente neutrales o meramente formales (referidas al origen, la formulación y la dimensión temporal) o bien será necesario agregar también algunos caracteres sustanciales o morales (determinados contenidos o, en general, la consideración de su justicia)²¹. En esta línea, Dworkin defiende una concepción material de las exigencias del *rule of law* que no permite distinguirlas del resto de

18 Cfr. FULLER, L.L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969, 39-40.

19 En este sentido, Endicott sostiene que el concepto de arbitrariedad de un gobierno no hay que entenderlo como su incapacidad para constreñir absolutamente la conducta de sus funcionarios por medio de la ley o como su incapacidad para garantizar absolutamente la coherencia o su claridad o previsibilidad, sino como un actuar de forma contraria a las razones u objetivos de las normas. Cfr. ENDICOTT, T. *Vagueness in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 186 ss.

20 Cfr. FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Law Series, 1980, 273 ss.

21 Cfr. VIOLA, F. *Ley humana, rule of law y ética de la virtud en Tomás de Aquino*. Trad. C. I. Massini Correas, inédito en castellano, 9.

las exigencias de la justicia y conecta esta visión con una concepción del derecho en el que los ciudadanos tienen derechos y deberes morales entre sí y derechos políticos frente al Estado²².

A nuestro entender, existen dos razones por las que consideramos que es más explicativo no equiparar el concepto de *rule of law* al concepto de derecho. La primera de ellas es que el concepto de *rule of law* se vuelve indistinguible del concepto de derecho y, por tanto, pierde su capacidad explicativa propia. La segunda de ellas es que resulta más iluminador concebir al concepto de *rule of law* como una parte del concepto de derecho (que no lo agota), ya que de este modo puede ayudar a dejar en evidencia las tensiones que pueden darse entre los elementos que componen al derecho (v. gr., formales y materiales); en vez de ocultarlas tras un único concepto de derecho que no diferencia los distintos elementos que lo componen. Más adelante (en el epígrafe 4) volveremos sobre estas tensiones y sobre algunos caminos para lidiar con ellas²³.

3. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y LA INEVITABLE Y HASTA DESEABLE INDETERMINACIÓN PARCIAL DEL DERECHO

En general la noción de “discreción” aplicada a una decisión hace referencia a una serie de cuestiones diferentes: por un lado, a la prudencia, sensatez o buen juicio que debe acompañar a una decisión y, por el otro, al arbitrio o la voluntad admisibles en ella.

En particular la noción de “discrecionalidad judicial” también puede ser entendida de diferentes modos según el contexto en que se la esté usando. Lo que tienen en común la noción general de “discreción” y la específica de “discrecionalidad judicial” es que se utilizan cuando alguien ha de tomar una decisión y dicha decisión, si bien no se encuentra completamente regulada, de algún modo está orientada por alguna clase de material normativo²⁴.

Dworkin fue uno de los primeros en distinguir algunos de los sentidos con los que se puede hablar de discrecionalidad judicial. Específicamente, Dworkin distingue entre:

- La discreción, que resulta necesaria cuando la norma que ha de aplicarse no puede ser aplicada mecánicamente, sino que exige discernimiento.
- La competencia discrecional, que tendría la autoridad final de una cuestión para tomar una decisión que no puede ser revisada o anulada por otro funcionario.

22 Cfr. DWORKIN, Political Judges and the Rule of Law, cit., 11-12.

23 Sobre las tensiones entre las propias exigencias del *rule of law* y entre ellas y el ideal de justicia cfr. KÖPCKE TINTURÉ, M., Desafíos del *rule of law*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Vol. 20, 2014, 594-609.

24 Cfr. DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Trad. M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984, 83-84.

– La discrecionalidad (“fuerte”, según Dworkin), que tendría un juez cuando con respecto a algún problema su decisión no está completamente vinculada por estándares impuestos por otra autoridad jurídica²⁵.

En este trabajo utilizaremos un concepto de discrecionalidad judicial vinculado con este último sentido. Más específicamente, entendemos la decisión judicial discrecional como una decisión voluntaria que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades *justificadas* de actuación y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras. En esta oportunidad nos concentraremos en esta clase de discrecionalidad debido a que es la que parece resultar más problemática para el ideal del *rule of law*, ya que suele ser caracterizada como una “elección entre alternativas abiertas”²⁶. Esto supone un cierto²⁷ margen de autonomía²⁸, libertad²⁹ o falta de control³⁰ para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica³¹. Sin embargo, este margen de libertad que se da a quien decide normalmente se complementa con el deber de resolver impuesto a los jueces³². Además, si bien la discrecionalidad judicial supone una elección, esto no significa que dicha elección pueda ser considerada arbitraria o irracional³³. Como dice Hart, cuando el derecho resulta indeterminado y, por lo tanto, ha de decidirse de forma discrecional, “el juez debe ejercer su poder de creación de derecho, pero no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión”³⁴. En este sentido, puede decirse que cuando los

25 Cfr. *ibíd.*, 84-87.

26 Cfr. HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Trad. G. R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, 160. Énfasis añadido.

27 Bix hace hincapié en lo limitada que resulta la libertad que otorga la discrecionalidad judicial. Cfr. BIX, B. *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon, 1993, 27.

28 Cfr. SCHAUER, F. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press, 1991, 222.

29 Destacando este aspecto de la discrecionalidad, Endicott la define como un “poder para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular”. Cfr. ENDICOTT, T. Raz on Gaps-the Surprising Part. En MEYER, L.; PAULSON, S. y POGGE, T., eds. *Rights, Culture, and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, 110.

30 Waluchow define la discrecionalidad judicial de forma negativa sugiriendo que ella está relacionada con la falta de un estándar que “controle” o “pretenda controlar”, es decir, que determine la solución de un caso. Cfr. WALUCHOW, W. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994, 195 ss.

31 Cfr. IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 32-33; y DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., 85.

32 En este sentido, al desarrollar la tesis de la discrecionalidad judicial, Hart advierte que un juez deberá decidir discrecionalmente solo si “ha de llegar por sí mismo a una decisión en un [caso difícil] y no inhibir su jurisdicción o (como Bentham defendía) remitir el asunto al legislativo”: HART, H. L. A. El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema*, 36, 1980, 5-6.

33 Cfr. HART. *El concepto de Derecho*, cit., 159.

34 HART, H. L. A. “Postscript”, en *The Concept of Law* (2.^a ed.), Clarendon Press, Oxford, 1994, 273. Énfasis añadido.

jueces deciden discrecionalmente no lo hacen sin justificación alguna, por ejemplo, “arrojando una moneda” y dejando el resultado a la suerte³⁵. En cambio, como sugiere Waluchow, al decidir discrecionalmente los jueces buscan “una respuesta razonable que desarrolle y amplíe el derecho de una forma razonable, defendible, pero no necesariamente única”³⁶.

En definitiva, de lo hasta aquí expuesto podría caracterizarse la decisión discrecional como una elección obligatoria, no arbitraria y limitada. Así, por un lado, la discrecionalidad judicial podría ser catalogada como una libertad “relativa” –no absoluta– y “negativa” –es decir, que se tiene solo para elegir entre un grupo de alternativas posibles–³⁷. Además, las decisiones discrecionales no son consideradas como actuaciones arbitrarias. Dicho de otro modo, en tanto decisión judicial, la decisión discrecional también ha de estar justificada y, por tanto, siempre ha de basarse en razones generales³⁸.

Entendida de esta manera la discrecionalidad judicial, queda todavía por establecer por qué se da este fenómeno. Al respecto, buscaremos mostrar que la discrecionalidad judicial en parte es originada por la inevitable y, en algunos casos, hasta deseable incapacidad del derecho para ofrecer a toda cuestión jurídica una única respuesta correcta. En tales casos suele decirse que el derecho se encuentra parcialmente indeterminado.

A medida que los teóricos del derecho han ido despertando del noble sueño de la doctrina de la jurisprudencia mecánica han reconocido la existencia de lagunas y de antinomias en los ordenamientos jurídicos, han tomado consciencia de lo vago que en muchos casos resulta el lenguaje por medio del que se expresa el derecho y, en gran medida, han aceptado que todo esto supone que en algunos casos el derecho les ofrece a los jueces más de un

35 Raz complementa lo dicho por Hart afirmando que, “[a]un cuando la discreción no esté limitada o guiada en una dirección específica, los tribunales todavía están *jurídicamente limitados* a actuar como piensan que es mejor de acuerdo a sus *creencias* o *valores*. Si no lo hacen, si adoptan una decisión *arbitraria*, por ejemplo, arrojando una moneda, *están violando un deber jurídico*. El juez debe invocar siempre algunas razones generales. No tiene discreción cuando las razones son dictadas por el derecho. Tiene discreción cuando el derecho le requiere actuar sobre la base de razones que él piensa que son correctas, en vez de imponerle sus propios estándares”: Raz, J., “Legal Principles and the Limits of Law”, en *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, 847-848. Énfasis añadido.

36 WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, cit., 218. Énfasis añadido.

37 Cfr. BIX, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit., 27. A partir de esta idea, algunos autores hablan de una “zona de razonabilidad” dentro de la que deben tomarse las decisiones discrecionales. Al respecto, cfr. Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial*, cit., 53-56.

38 Razones que como mínimo comprometen a actuar del mismo modo siempre que se dieran circunstancias similares. Cfr. IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, cit., 58. En los últimos años ha salido a la luz un trabajo de Hart en el que este autor afirma que el concepto de discrecionalidad es “*a near-synonym for practical wisdom or sagacity or prudence*”; cfr. H. L. A. HART, “Discretion”, *Harvard Law Review* 127 (2013), 656.

modo correcto de resolverlos³⁹. Por esto, es posible afirmar que la discrecionalidad judicial es la consecuencia ineludible de la relativa indeterminación del derecho. Más en concreto, es el resultado de la indeterminación jurídica, normalmente complementada con el deber, expresamente incluido en toda codificación moderna, que tienen los operadores jurídicos de resolver todos los casos que caen bajo su ámbito de competencia⁴⁰.

Junto con el reconocimiento de que la aplicación mecánica del derecho resulta irrealizable porque el ordenamiento jurídico no es capaz de ofrecer una respuesta unívoca para todo conflicto, ha tomado fuerza la idea de que puede resultar deseable un poder judicial capaz de completar las insuficiencias legales, morigerar sus rigideces y salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Dicho de otro modo, la discrecionalidad que tienen los jueces en la actualidad para decidir no es únicamente fruto de la relativa e inevitable indeterminación jurídica, sino también del hecho de que los constituyentes y legisladores actuales en alguna medida la han considerado preferible a intentar excluir toda incertidumbre, a cualquier precio⁴¹.

Así, por un lado, se ha terminado reconociendo la necesidad de incorporar principios valorativos (v. gr., el que busca proteger el “interés superior del menor”) para superar los llamados defectos lógicos del ordenamiento jurídico. De este modo, se prefiere reconocer que algunos casos pueden no tener una respuesta jurídica completamente determinada y otorgar a los jueces facultades discrecionales orientadas por principios para que puedan decidir teniendo en cuenta las circunstancias particulares, en lugar de aplicar forzosamente un derecho a casos que no fueron previstos⁴².

39 Algunas de las ideas principales de esta crítica pueden verse en ETCHEVERRY, J. B., “Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites”, en *Teoría y Derecho*, vol. 15, 2014, 150 ss.

40 Por ejemplo, el artículo 3 del Código Civil y Comercial argentino establece: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. Además, la primer parte del artículo 273 del Código Penal argentino dispone: “Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley”. Para algunos autores, es precisamente la existencia de este deber lo que conecta la ausencia de respuesta correcta, propia de la indeterminación jurídica, con la idea de la discrecionalidad judicial. Cfr. LOMBARDI VALLAURI, L., *Corso di Filosofia del Diritto*, Cedam, Padova, 1981, 40-41.

41 Autores como Endicott observan que, por más que los legisladores pretendan desarrollar un derecho preciso, la necesidad de que las normas regulen una amplia variedad de casos hace que muchas veces se compongan de estándares abstractos y, por consiguiente, vagos. Por otra parte, también se observa que debido a que el derecho es sistémico y ha de ser interpretado, las formulaciones precisas no siempre garantizan normas precisas. Por último, también se enfatiza en la idea de que puede ser desaconsejable que todas las normas sean precisas porque pueden producir más arbitrariedad de la que intentan evitar. Cfr. ENDICOTT, T. “El derecho es necesariamente vago”, trad. Navarro, P., en *Palabras y reglas. Ensayos de filosofía del derecho*, Fontamara, México, 2004, 72-83. En “Discretion” Hart diferencia entre “concealed discretion” y “avowed discretion”. Cfr. HART, H. L. A. “Discretion”, cit., p. 655.

42 Cfr. HART, H. L. A., “Postscript”, cit., 251-252. En el fondo se afirma que esto es una ventaja porque permite que las normas puedan ser interpretadas “razonablemente” cuando son

Por otra parte, los diseños institucionales han ido incorporando crecientemente principios valorativos no solo para superar los llamados defectos lógicos del ordenamiento jurídico, sino también para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos (*v. gr.*, el derecho a la vida, al honor, a la libertad, etc.)⁴³. La interpretación y aplicación de estos principios, que funcionan como criterios de la validez jurídica del resto de las normas, requiere un tipo de razonamiento práctico que no es meramente formal o no valorativo⁴⁴. Esto es así porque los principios suelen ser generales y abstractos y no tienen una consecuencia jurídica determinada. Además, los principios suelen tener una dimensión de “peso e importancia” que hace que su aplicación no sea “de todo o nada”⁴⁵, sino que admita diferentes grados de cumplimiento. Justamente por esto puede ser que a un juez se le presenten diferentes alternativas posibles de realización de un principio que tendrá que elegir discrecionalmente.

4. CONGRUENCIA ENTRE *RULE OF LAW* Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

4.1. *Tensiones*

Entendida de esta manera la discrecionalidad judicial, ahora nos interesa establecer en qué medida la misma debilita el ideal del *rule of law*. Para ello comenzaremos recordando muy brevemente cada una de las exigencias o desiderata del *rule of law* aceptadas por muchos filósofos del derecho y doctrinarios jurídicos actuales. En este sentido, en muchos casos se ha reconocido que las reglas que pretenden guiar conductas a fin de ordenar la vida social (1) han de tener inevitablemente un grado mínimo de *generalidad* en relación con las personas y situaciones a las que se aplican; (2) han de ser *promulgadas* a fin de poder ser conocidas por aquellos a los que busca guiar su comportamiento; (3) han de ser irretroactivas o prospectivas; (4) han de ser claras y determinadas (aunque esto no supone que todas las reglas deban ser máximamente determinadas o que no haya espacio para principios o estándares jurídicos); (5) han de ser coherentes entre sí; (6) han de ser de posible cumplimiento; (7) han de tener algún tipo de estabilidad que les permite ser

aplicadas a casos no previstos por el legislador. Cfr. BIX, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit., 8.

43 ETCHEVERRY, J. B., “La práctica del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo”, en *La Ley*, vol. A, 2011, 2.

44 En un trabajo reciente Zambrano aborda esta cuestión: cfr. ZAMBRANO, P., *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, UNAM, México, 2009, *passim*.

45 Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., 72-80. Sobre la distinción entre principios y reglas cfr., entre otros, CIANCIARDO, J., “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 108, 2003, 891-906.

conocidas por los ciudadanos; y (8) han de ser aplicadas y obedecidas por la autoridad pública⁴⁶.

Todas estas exigencias no se aplican solo al legislador o a las leyes sino que, en realidad, hablan de cualidades de instituciones y procesos. De hecho, algunas de estas cualidades solo pueden ser aseguradas por los jueces. Por ello, los jueces también deben regir su actuación conforme a estas exigencias. Particularmente, los jueces han de tener estas exigencias presentes a la hora de interpretar y aplicar el derecho. Incluso algunos autores proponen una serie de *desiderata* adicionales específicas de la actividad judicial: independencia, publicidad de los procedimientos, potestad de revisión, accesibilidad⁴⁷.

A partir del desarrollo que se hizo en el epígrafe anterior sobre el fenómeno de la discrecionalidad judicial y del repaso de las *desiderata* del *rule of law* del párrafo anterior puede advertirse que: (i) los jueces gozan de discrecionalidad para decidir algunos casos porque resulta inevitable y en algunos casos hasta deseable que las normas jurídicas no resulten siempre máximamente específicas, precisas y determinadas; (ii) las decisiones judiciales discrecionales no se basan en normas generales que resuelven de un único modo el caso que se les plantea; (iii) las decisiones judiciales discrecionales pueden considerarse no del todo prospectivas si determinan una solución que no estaba dada de forma precisa y determinada por las normas generales con anterioridad al surgimiento del caso; (iv) las decisiones judiciales discrecionales pueden resultar no *absoluta* y *completamente* previsibles; (v) las decisiones judiciales discrecionales, si bien no necesariamente desobedecen o dejan de aplicar reglas jurídicas, gozan de un cierto margen no controlado legalmente y, por lo tanto, en estos casos no puede haber una congruencia *perfecta* entre las acciones de los funcionarios públicos y el derecho⁴⁸.

4.2. Compatibilidad y recíproca limitación

La existencia de estas tensiones entre las exigencias del *rule of law* y la discrecionalidad judicial no supone que resulten necesariamente incompatibles. Más bien, estas tensiones son reflejo o muestra de los límites de ambas. Una explicación de la discrecionalidad judicial (como la propuesta en este trabajo) que la muestra como un fenómeno en alguna medida inevitable deja en evidencia algunos de los límites irremediables del *rule of law*: no siempre es posible cumplir completamente con sus exigencias de congruencia, precisión, generalidad, prospectividad, etc. A su vez, entender que la indeterminación jurídica que conduce a la discrecionalidad judicial en algunas ocasiones no solo es inevitable, sino que en determinados casos es preferida por el

46 Cfr. FULLER, L. L., *The Morality of Law*, cit., 46-91.

47 Cfr. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., 271.

48 Cfr. FULLER, L. L. *The Morality of Law*, cit., 33 ss.

constituyente y el legislador frente a la posibilidad de intentar excluir toda incertidumbre a cualquier precio, también ayuda a comprender por qué no siempre es deseable cumplir con las exigencias del *rule of law* en la mayor medida posible. Una explicación de las exigencias del *rule of law* como *ideales* o *estándares de excelencia* cuyo cumplimiento es gradual facilita una comprensión del alcance del *rule of law*. Aun más, una explicación de este tipo permite reconocer que es imposible cumplir completamente con sus exigencias e, incluso, que puede resultar indeseable, en algunos casos, hacerlo en la mayor medida posible⁴⁹.

Fuller era completamente consciente de esto. A su juicio, en los casos en los que los jueces gozan de algún tipo de discrecionalidad porque el derecho no prevé claramente una solución, no se ha de crear puro derecho nuevo sino que, en cambio, se ha de buscar el sentido o la finalidad de las normas que regulan imperfectamente el caso para luego crear, a partir de dicha finalidad, una respuesta que sea fiel a ese objetivo. Así, la búsqueda de cumplir con las *desiderata* del *rule of law* es presentada como una tarea cooperativa que llevan adelante tanto legisladores como jueces (y otros funcionarios públicos). En dicha tarea, los intérpretes han de llevar a cabo su función de tal modo que su misión tenga un sentido y, por su parte, los legisladores no han de imponer a los intérpretes tareas sin sentido⁵⁰.

A fin de explicar la compatibilidad entre la discrecionalidad judicial y las exigencias del *rule of law* resulta necesario comprender la finalidad última de dichas exigencias y su capacidad para alcanzar tal fin. En este sentido, hemos advertido que un respeto mínimo de ellas es condición necesaria, aunque no suficiente, para poder justificar los distintos tipos de normas y resoluciones judiciales. Esto es así porque la razón de ser del *rule of law* es asegurar solo una parte de las exigencias de justicia. Más específicamente, aquella parte que tiene que ver con la promoción de un tipo especial de coordinación que pueda servir para prevenir y solucionar conflictos de un modo que garantice alguna forma de reciprocidad en la cooperación entre los ciudadanos y la autoridad, que presuponga un respeto por la autonomía humana e imparcialidad en la resolución de conflictos. En este sentido, las exigencias del *rule of law* pueden ser entendidas como unos medios o instrumentos para alcanzar el fin de la justicia. Sin embargo, a su vez, son sub-fines o partes de la justicia y del bien común⁵¹. Por ello, las exigencias del *rule of law*, en tanto parte de los fines del derecho, se presentan ante el razonamiento jurídico como principios o sub-principios que lo orientan.

49 Cfr. FULLER, L. L., *The Morality of Law*, cit., 41.

50 Cfr. ibíd., pp. 81-91. En este sentido, Endicott propone compatibilizar las exigencias del *rule of law* que buscan evitar la arbitrariedad jurídica definiendo a dicha arbitrariedad como la actuación contraria a las razones u objetivos del derecho. Cfr. *supra*, nota 17.

51 Cfr. KÖPCKE TINTURÉ, M., “Desafíos del rule of law”, cit., 597-598.

Por otra parte, debido a que el *rule of law* es una condición necesaria y no suficiente de la justicia, también pueden existir tensiones entre las exigencias del *rule of law* y la justicia. Por ejemplo, cuando una norma resuelve un caso de modo injusto, sea porque se propone obtener un resultado arbitrario o porque su aplicación a un caso en particular conduce a un resultado absurdo o contrario a la finalidad a la que aspiraba la norma. En estos casos, el cumplimiento de las exigencias del *rule of law* debe ser solo en el grado en que no afecte su razón de ser. En este sentido, solo una explicación como la que se propone en este trabajo de dichas exigencias que reconozca su contenido moral y sus limitaciones es capaz de advertir la importancia que ellas tienen y los límites en su aplicación que explican el carácter gradual de su cumplimiento⁵².

A su vez, es importante recordar que si bien la discrecionalidad judicial supone un margen de libertad y autonomía que permitiría completar las insuficiencias legales, morigerar sus rigideces y salvaguardar los derechos de los ciudadanos, la decisión judicial discrecional supone una elección *limitada* entre un grupo de alternativas posibles, no arbitrarias y justificadas en razones generales. Específicamente, dicha discrecionalidad se encuentra limitada a resolver únicamente el tipo particular de caso que está entre sus manos y orientada por el significado de los textos normativos, las reglas de interpretación relativas a tales textos, la finalidad del texto normativo que le da sentido, por los antecedentes que han lidiado con tipos de casos similares y por los estándares y principios del derecho (¡también por los del *rule of law*!) que receptan en gran medida el sentido de toda la práctica jurídica⁵³.

Como ha sido enunciado, las *desiderata* del *rule of law* les exigen específicamente a los órganos judiciales resultar accesibles para resolver los conflictos asignados, cumplir sus funciones de forma independiente y hacer pública las decisiones y los procesos por medio de los cuales llegan a ellas;

52 Solum sostiene que la equidad y el *rule of law* son conciliables a partir de un estudio de la actividad jurídica desde una perspectiva centrada en las virtudes (*virtue jurisprudence*). Desde esta perspectiva advierte que parte de las características de los jueces virtuosos es la capacidad para advertir las particularidades de un caso que ameritan un trato diferente de otros casos. Específicamente, dicha capacidad es propia de los jueces prudentes. A su vez, sostiene que, en realidad, son más predecibles las decisiones prudentes y equitativas que las que se apegan a la letra de la ley. Cfr. SOLUM, L., “A Virtue-Centered Account of Equity and the Rule of Law”, en FARRELLY, C. y SOLUM, L. (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Palgrave, New York, 2008, 160-161. Sobre la tensión entre el *rule of law* y la equidad también puede verse YOWELL, P., “Legislación, *common law*, y la virtud de la claridad”, trad. Candia, G., en *Revista Chilena de Derecho*, 39, 2012, 482 ss.

53 Waldron afirma que no necesariamente una interpretación literal o técnico legal de una norma poco clara ofrece mayor predecibilidad (y, por tanto, es más respetuosa de las exigencias del *rule of law*) que una que localiza el principio subyacente a la norma y lo pone en relación con el resto de principios jurídicos. Cfr. WALDRON, J., “Rule of Law in Contemporary Liberal Theory”, cit., 92-93.

y, principalmente, que resuelvan las controversias aplicando las reglas, principios, estándares y demás materiales jurídico normativos del ordenamiento jurídico, y no meramente conforme a sus propios criterios o intereses. Así, las exigencias del *rule of law* parecen presuponer un sistema de división de poderes en el cual los poderes constituyente y legislativo son los principales responsables de la producción del derecho⁵⁴. Por lo tanto, estas *desiderata* exigen que la función determinativa-creativa que ejercen los jueces en los casos en los que deciden con algún tipo de discrecionalidad debe ser lo más excepcional posible: básicamente, un juez ha de decidir con discrecionalidad solo cuando existen por lo menos dos posibilidades justificadas de actuación y entre ellas el derecho no ofrece razones que hagan más correcta a una de estas sobre las otras.

En definitiva, aunque (como se ha visto) todos los elementos que limitan y orientan la decisión judicial no logran eliminar por completo algunos márgenes de discrecionalidad y, por lo tanto, las decisiones judiciales discrecionales no se encuentran completamente dirigidas o controladas por el derecho, esto no supone que este tipo de decisiones no se encuentren sujetas a derecho. Justamente, en estos casos el problema es que el propio derecho no logra sujetar todas las posibilidades de decisión, aunque sí logra normalmente acotar radicalmente las opciones. Por ello, si bien en algunos casos el derecho no logra guiar absolutamente todos los pasos de la decisión judicial, esto no quiere decir que no logre guiar muchos de dichos pasos. El hecho de que resulte claro quién ha de resolver un conflicto, cuál es el procedimiento a seguir para ello, cuáles son las posibilidades interpretativas entre las que puede optar el juez, cómo han de orientarse dichas posibilidades desde la finalidad de la norma que ha de aplicarse y desde los principios y estándares jurídicos vigentes, etc., etc., son muestra más que suficiente de ello. A su vez, como la discrecionalidad con la que deciden los jueces no los deja sin guías, límites y orientaciones para sus decisiones, la discrecionalidad judicial no parece necesariamente eliminar la reciprocidad entre los ciudadanos y la autoridad, el respeto a la autonomía y a la imparcialidad a la que aspira el *rule of law*.

CONCLUSIONES

Por último, y a modo de conclusión, esperamos que una explicación de la compatibilidad entre el *rule of law* y la discrecionalidad judicial como la que aquí se propone sirva para cumplir una doble finalidad. En primer lugar, para marcar algunos límites a la discrecionalidad judicial. En este sentido, su vinculación con la noción de *rule of law* puede ayudarnos a advertir que toda decisión judicial discrecional supone una elección obli-

54 YOWELL. Legislación, *common law*, y la virtud de la claridad, cit., 505.

gatoria, no arbitraria (o fundada solo en los propios criterios e intereses del juez), limitada al caso concreto y orientada por el significado de los textos normativos, las reglas de interpretación relativas a tales textos, la finalidad del texto normativo que le da sentido, por los antecedentes que han lidiado con tipos de casos similares y por los estándares y principios del derecho que receptan en gran medida el sentido de toda la práctica jurídica y, especialmente, respetuosa de los principios de imparcialidad e independencia judicial. Además, en segundo lugar, para corregir concepciones ingenuas del *rule of law* que la consideran meramente una exigencia jurídico-conceptual mínima o un ideal cuyo cumplimiento es gradual pero cuyo contenido sería moralmente neutral: una mera técnica para el bien o el mal. Como se ha visto, por más que estas exigencias no garanticen normas que conduzcan necesariamente a decisiones justificadas, la autodisciplina que exige el *rule of law* supone los valores de la reciprocidad y el respeto de la autonomía y la imparcialidad. Si bien el respeto de dichos valores no es condición suficiente para que las normas jurídicas estén justificadas, sí es una condición necesaria.

REFERENCIAS

- BIX, B. (1993). *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (2000). Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho. En *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trad. R. Agapito Serrano. Madrid: Trotta.
- CIANCIARDO, J. (2003). Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. 108, 891-906.
- CRAIG, P. (1997). Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. *Public Law*, 467-487.
- DICEY, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics.
- DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Trad. M. Guastavino. Barcelona: Ariel.
- DWORKIN, R. (1985). Political Judges and the Rule of Law. En *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 9-32.
- ENDICOTT, T. (2000). *Vagueness in Law*. Oxford: Oxford University Press, Oxford.
- ENDICOTT, T. (2003). Raz on Gaps-the Surprising Part. En Meyer, L.; Paulson, S. y Pogge, T., eds. *Rights, Culture, and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 99-116.
- ENDICOTT, T. (2004). El Derecho es necesariamente vago. Trad. P. Navarro. En *Palabras y reglas. Ensayos de filosofía del derecho*. México: Fontamara, 72-83.
- ETCHEVERRY, J. B. (2011). La práctica del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo. *La Ley*. Vol. A, 1-2.

- ETCHEVERRY, J. B. (2014). “Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites”, en *Teoría y Derecho*. Vol. 15, 148-171.
- FINNIS, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series, Oxford.
- FULLER, L. L. (1969). *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.
- GUASTINI, R. (2001). Implementing the Rule of Law. *Analisi e diritto*, 95-103.
- HART, H. L. A. (1968). *El concepto de Derecho*, trad. G. R. Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HART, H. L. A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en *Sistema*. Vol. 36, 1980, 3-18.
- HART, H. L. A. (1994). “Postscript”, en *The Concept of Law* (2.^a ed.). Clarendon Press, Oxford, 238-276.
- IGLESIAS VILA, M. (1999). *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- KELSEN, H. (2005). *Pure Theory of Law*, trad. de la 2.^a ed., M. Knight. NJ: The Law Book Exchange.
- KÖPCKE TINTURÉ, M. (2014). “Desafíos del rule of law”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Vol. 20, 591-610.
- LOMBARDI VALLAURI, L. (1981). *Corso di Filosofia del Diritto*, Cedam, Padova.
- RAZ, J. (1972). “Legal Principles and the Limits of Law”, en *Yale Law Journal*. Vol. 81, 823-854.
- RAZ, J. (1979). “The Rule of Law and its Virtue”, en *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 210-229.
- SCHAUER, F. (1991). *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford.
- SHANE, P. M. (2013). “The Rule of Law and the Inevitability of Discretion”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Vol. 36, 21-28.
- SOLUM, L. (2008). “A Virtue-Centered Account of Equity and the Rule of Law”, en FARRELLY, C. y SOLUM, L. (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Palgrave, New York, 142-166.
- TAMANAHA, B. Z. (2004). *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, University Press, Cambridge.
- VIOLA, F. Ley humana, *rule of law* y ética de la virtud en Tomás de Aquino. Trad. C. I. Massini Correas, inédito en castellano, 1-54.
- WALDRON, J. (1989). “Rule of Law in Contemporary Liberal Theory”, en *Ratio Juris*. Vol. 2, 79-96.
- WALUCHOW, W. (1994). *Inclusive Legal Positivism*, University Press, Oxford.
- YOWELL, P. (2012). “Legislación, common law, y la virtud de la claridad”, trad. G. Candia. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 39, 481-512.

ZAMBRANO, P. (2009). *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. México: UNAM.