

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXIV

2023

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Fevereiro, 2024

-
- M. Januário da Costa Gomes**
11-21 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Christian Baldus**
25-38 Tudo podemos... ou: pão integral antes do bolo! Internacionalização da formação jurídica entre política e prática
Wir können alles... oder: Schwarzbrot vor Kuchen! Internationalisierung der Juristenausbildung zwischen Politik und Praxis

-
- Jean-Louis Halpérin**
39-60 O direito e as suas histórias
Law and its Histories

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alfredo Calderale**
63-118 Carta della foresta e mutamenti economico-sociali in Inghilterra dal XV al XX secolo
The Forest Charter and Socio-economical Changes in England from the XVth to the XXth Century

-
- André Mendes Barata**
119-167 O Sistema Europeu de Garantia de Depósitos: perspectivas para a construção do terceiro pilar da União Bancária
The European Deposit Insurance Scheme: perspectives for the construction of the third pillar of the Banking Union

-
- Aquilino Paulo Antunes**
169-190 Falhas de abastecimento de medicamentos
Medicines shortages

-
- Carlos de Oliveira Coelho**
191-238 Em torno de duas leituras da *lex sane si maris*. Sobre as visões de Grotius e de Serafim de Freitas a respeito da liberdade dos mares
On two readings related to the lex sane si maris. About the views of Grotius and Serafim de Freitas regarding the freedom of the seas

-
- Carlos Sardinha**
239-254 Introdução ao estudo da História da Ciência do Direito Privado na Europa: Alemanha
Introduction to the Study of the History of the Science of Private Law in Europe: Germany
-
- Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais**
255-300 Inventory Proceeding according to the *Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Act 2012*: still portuguese law?
O processo de inventário de acordo com o Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Act 2012: ainda direito português?
-
- Daniele Coduti**
301-333 La legge ex art. 116, co. 3, della Costituzione italiana: punto fermo od ostacolo per l'attuazione del regionalismo differenziato?
A lei nos termos do art. 116, par. 3º, da Constituição italiana: ponto fixo ou obstáculo para a implementação do regionalismo diferenciado?
-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
335-376 A Constituição Brasileira de 1824 e o fim da *Confederação Brasileira*: efeitos jurídicos da rejeição política de juntar Cabo Verde e Angola ao Brasil
The Brazilian Constitution of 1824 and the end of the Brazilian Confederation: legal effects of the political rejection of joining Cape Verde and Angola to Brazil
-
- Filipe de Arede Nunes**
377-398 A guerra como continuação da política de Estado: o confronto dialético entre Direito e Poder
War as continuation of State politics: the dialectic confrontation between Law and Power
-
- Francesco Astone**
399-416 Contratto, Interpretazione, Pubblica Amministrazione
Contract, Interpretation, Public Administration
-
- Francisco Mendes Correia**
417-466 Responsabilidade e risco nas operações de pagamento não autorizadas
Risk and liability for unauthorised payment transactions

-
- Francisco Rodrigues Rocha**
467-517 Limites de indemnização e capital seguro. Os artigos 508.º do CC e 12.º do RSORCA
Indemnity Limits and Insured Sum. Articles 508 of the Civil Code and 12 of the Compulsory Motor Vehicle Insurance Law
-
- Gabrielle Bezerra Sales Sarlet | Ingo Wolfgang Sarlet**
519-538 Os desafios da implementação do 5G em um cenário de exclusão digital e de hiperconexão e o Estado Democrático de Direito no Brasil
The Challenges of Implementing 5G in a Scenario of Digital Exclusion and Hyperconnectivity and the Democratic Rule of Law in Brazil
-
- Giovanni Damele | Inês Pinheiro**
539-544 Kelsen e a Górgona do poder: uma resposta a Kaufmann
Kelsen and the Gorgon of power: a response to Kaufmann
-
- Glauto Lisboa Melo Junior**
545-573 Navegando por padrões obscuros: uma análise crítica da Lei dos Mercados Digitais (DMA) e da Lei dos Serviços Digitais (DSA) para a proteção dos consumidores *on-line*
Navigating through dark patterns: a critical analysis of the Digital Market Act (DMA) and Digital Services Act (DSA) in protecting consumers online
-
- Inês Ferreira Leite**
575-599 Fundamento e axiologia de um conceito de ação jurídico-penal (a propósito da definição de “o mesmo crime”)
Reasoning and axiology of a universal concept of a legally liable criminal act (about the concept of the “same offense”)
-
- João de Oliveira Gerales**
601-660 Sobre o âmbito e os limites das denominações de origem e das indicações geográficas nas propostas de revisão da regulamentação europeia
On the Scope and Limits of Designations of Origin and Geographical Indications on the Proposals for the Revision of European Regulations
-
- Jorge Reis Novais**
661-722 Financiamento de contencioso por terceiros e Constituição
The Constitution and third-party litigation funding

- **José Maria Cortes**
723-740 Destapar o consultor: os *proxy advisors* e a solução portuguesa
Uncovering the advisor: proxy advisors and the Portuguese solution
- **Luis Satúrio Pires**
741-766 Sobre a (des)proporcionalidade do regime da revogação por ingratidão
About the (dis)proportionality of the ingratitude revocation regime
- **Manuel Barreto Gaspar**
767-802 As Idiossincrasias Jus-Administrativas do Estado Novo Português e do Estado
Fascista Italiano: Breve Jornada pela Evolução Histórica do Direito Administrativo
e pelo Pensamento Jurídico Marcellista – Parte I
*The Jus-Administrative of the Portuguese Estado Novo and the Italian Fascist State: Brief
Journey through the Historical Evolution of Administrative Law and the Marcellista
Juridical Thought – Part I*
- **Pierluigi Chiassoni**
803-822 Dos conceptos de discrecionalidad judicial
Two concepts of judicial discretion

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- **João Gomes de Almeida**
825-835 Uma ou múltiplas residências habituais do(s) cônjuge(s): comentário ao
Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 25 de novembro de
2021, *IB contra FA*, proc. C-289/20
*One or multiple habitual residences of the spouse(s): annotation on the European Court
of Justice Judgment of 25 November 2021, IB v FA, case C-289/20*

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **Adelaide Menezes Leitão**
839-850 Arguição da tese de doutoramento de José Anchieta da Silva sobre “A posição
dos Credores e a Recuperação da Empresa”
*Discussion of the doctoral thesis presented by José Anchieta da Silva on the subject “Creditors’
position and the recovery of the company”*

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
851-858 Arguição da tese de doutoramento de Geovana Mendes Baía, “Poderes Instrutórios do Juiz e Negócios Processuais em Matéria de Prova”
Discussion of the Doctoral Thesis of Geovana Mendes Baía, “Poderes Instrutórios do Juiz e Negócios Processuais em Matéria de Prova”

-
- Vitalino Canas**
859-890 Arguição da tese de doutoramento de Jorge Manuel da Silva Sampaio sobre “Ponderação e proporcionalidade. Uma teoria analítica do raciocínio constitucional”
Discussion of the PhD exam by Jorge Manuel da Silva Sampaio, on the thesis “Weighting and proportionality. An Analytical Theory of Constitutional Reasoning”

LIVROS & REVISTAS

-
- Adelaide Menezes Leitão**
893-900 Recensão à obra *Krisen des fallimento*, de Johannes Heck
-
- Javier Llobet Rodriguez**
901-920 Recensão à obra *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, de Kai Ambos
-
- João de Oliveira Geraldes**
921-938 Recensão à obra *Causa contractus: Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens/Alla ricerca delle condizioni di efficacia della volontà contrattuale/À la recherche des conditions de l'efficacité de la volonté contractuelle*, (org.) Gregor Albers/Francesco Paolo Patti/Dorothee Perrouin-Verbe
-
- Maria José Capelo**
939-957 Recensão à obra *Manual de Processo Civil*, volume I e II, de João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa
-
- Nuno Andrade Pissarra**
959-975 Recensão à obra *Römisches Recht*, de Alfred Söllner e Christian Baldus

Dos conceptos de discrecionalidad judicial

Two concepts of judicial discretion

Pierluigi Chiassoni*

«The discretion of a judge [...] is the law of tyrants;
it is always unknown; it is different in different men;
it is casual, and depends on constitution, temper and passion.
At best is often caprice. In the worst it is every vice, folly,
and passion to which human nature can be liable»

Lord Camden¹

«The attempt to cut down the discretion of the judge, if it were successful, would remove the very creativeness which is the life of the law. For try as men will to avoid it, judging involves discretion and individualization. The judge, in determining what is the law of the case, must choose and select, and it is virtually impossible to delimit the range of his choice and selection»

J. Frank²

Resumen: El escrito sostiene que, si se quiere entender de una manera quizás un poco más clara el fenómeno complejo y elusivo de la “discrecionalidad judicial” en los estados de derecho legislativos o constitucionales contemporáneos, parece menester que nos dotamos de un aparato conceptual más articulado que el actual y, en parte, heterodoxo. El núcleo de este aparato tendría que ser compuesto

Abstract: The paper purports to argue that, if we aim at a clearer understanding of the complex and elusive phenomenon we are used to refer to by the label “judicial discretion”, it may be useful resorting to a terminological-conceptual apparatus proving at the same time more articulated than, and partly heterodox from, the extant one. The core of the apparatus should encompass two

* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova (pierluigi.chiassoni@unige.it). Versión revisada de una ponencia presentada al IV Seminario Iberoamericano Abogar y Juzgar en el Siglo XXI “Discrecionalidad judicial, argumentación y debido proceso”, Universidad de Salamanca, Salamanca, 29 de junio de 2022.

¹ Charles Pratt, primero conde de Camden (1714-1794), citado en JEROME FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, “Brentano’s Publishers”, 1930, p. 136.

² JEROME FRANK, *Law and the Modern Mind*, cit., p. 138.

por dos nociones genéricas, la noción de discrecionalidad-P (discrecionalidad-poder) y la noción de discrecionalidad-D (discrecionalidad-deber), cada una adecuada en relación con un diferente sub-conjunto de operaciones judiciales “discrecionales”.

Palabras clave: Discrecionalidad judicial, poder discrecional, deber discrecional, discrecionalidad-P, discrecionalidad-D.

basic general notions of “judicial discretion”, namely, judicial discretion-P (judicial discretion-power) and judicial discretion-D (judicial discretion-duty), each one fitting to a different sub-set of “discretionary” judicial operations.

Keywords: Judicial discretion, discretionary power, discretionary duty, judicial discretion-P, judicial discretion-D.

Sumario: 1. Un fenómeno elusivo; 2. “Discrecionalidad judicial”; 2.1. El código penal italiano; 2.2. Hart; 2.3. Ferrajoli; 2.4. Lifante Vidal; 2.5. Dworkin; 2.6. Caracciolo; 3. Discrecionalidad como libertad psicofísica: una noción dudosa; 4. Discrecionalidad como fenómeno normativo: una noción incierta; 5. Explicación de la discrecionalidad judicial en términos de “poder” (discrecionalidad judicial-poder, discrecionalidad judicial-P); 6. Explicación de la discrecionalidad judicial en términos de “deber” (discrecionalidad judicial-deber, discrecionalidad judicial-D).

1. Un fenómeno elusivo

En el aquí y ahora de las organizaciones y culturas jurídicas contemporáneas se suele pensar que, al desempeñar la función jurisdiccional, los jueces “tienen” o “ejercen” “discrecionalidad”³.

A pesar de tantas y valiosas contribuciones⁴, la discrecionalidad judicial sigue permaneciendo un fenómeno elusivo. Todavía a la espera de una reconstrucción conceptual que brinde un nivel de clarificación satisfactorio.

³ Véase por ejemplo LUIGI FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018, p. 22, y, remontando en el tiempo, JEROME FRANK, *Law and the Modern Mind*, cit., capp. IV, V y XIII.

⁴ Véase, por ejemplo, AHARON BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven and London, Yale University Press, 1989, p. 7; RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, in *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 251-260; RONALD MYLES DWORKIN, *Judicial Discretion*, “The Journal of Philosophy”, vol. LX, no. 21, 1963, pp. 624-638; RONALD MYLES DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.; London, England, Harvard University Press, 1977, pp. 31-39; FRANK HOOVER EASTERBROOK, *Judicial Discretion in Statutory Interpretation*, “Oklahoma Law Review”, vol. LVII, no. 1, 2004, pp. 1-20; HERBET LIONEL

En este escrito me propongo dar unos pasos en aquella dirección. Definiré unas nociones de discrecionalidad judicial con el propósito de reducir, en lo posible, la incertidumbre conceptual, teniendo en cuenta la complejidad del fenómeno y evitando todo reduccionismo. En aras de un tal objetivo, procederé en tres etapas.

En la primera etapa (*infra*, §§ 2-4), proporcionaré un análisis de algunas de las principales posturas iusfilosóficas acerca de la discrecionalidad judicial presentes en la cultura jurídica (occidental) actual.

En la segunda etapa (*infra*, § 5), presentaré la definición de una primera noción genérica de discrecionalidad judicial: la noción-P (discrecionalidad judicial-P). Ésta, como veremos, en aras de explicar el fenómeno “discrecionalidad judicial” (a saber: en aras de entender en qué consisten las posiciones y operaciones a las cuales solemos referirnos hablando de “discrecionalidad judicial”), identifica como propiedades relevantes *la atribución y el ejercicio de poderes discrecionales*. La noción-P es la que más se corresponde al común sentido de los juristas y a la mayoría de las explicaciones y redefiniciones (reconstrucciones racionales) que se encuentran en los escritos iusfilosóficos. No obstante, intentaré sugerir que se trata de una noción defectuosa. Por lo menos si tenemos la pretensión de que valga, de una manera excluyente, para el entero conjunto de las operaciones “discrecionales” de jueces que actúan al interior de sistemas jurídicos con carácter de estados de derecho (legislativos o constitucionales). Mirándolo bien, sería pues una noción adecuada solo en relación con algunas de las operaciones “discrecionales” desempeñadas por los jueces, y, además, como veremos, todas prescindibles, no esenciales, marginales.

En la tercera, y última, etapa (*infra*, § 6), presentaré la definición de una segunda noción genérica de discrecionalidad judicial: la noción-D (discrecionalidad judicial-D). Ésta, como veremos, identifica como propiedades (también) relevantes para explicar el fenómeno “discrecionalidad judicial” *la atribución y el desempeño de deberes discrecionales*. Sostendré que la noción-D, aunque paradójica (contraria a la opinión común y a la sabiduría convencional), se presta a ser utilizada como noción complementaria de la noción-P. Más bien, considerándolo todo, tiene que ser vista como la noción más adecuada en relación con operaciones “discrecionales”

ADOLPHUS HART, *Discretion*, en “Harvard Law Review”, 1956, pp. 652-665; HERBET LIONEL ADOLPHUS HART, *The Concept of Law* “Clarendon Press”, Second Edition with a “Postscript” Edited by Penelope. A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford, 1994, pp. 273-276; MARIA LUISA IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2000, pp. 134-173; Lifante Vidal, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, 25, 1989, pp. 3-62; ISABEL LIFANTE VÍDAL, *Poderes discrecionales*, cit. Ofrezco un primer intento de refinamiento conceptual en PIERLUIGI CHIASSONI, *The Methodology of Analytic Jurisprudence*, “Analisi e diritto”, vol. II, 2021, pp. 38-42.

imprescindibles (esenciales) para la función jurisdiccional, tales como la interpretación, la concreción de cláusulas generales, y la integración.

En suma: si queremos entender de una manera quizás un poco más clara el fenómeno complejo y elusivo de la “discrecionalidad judicial” en los estados de derecho (legislativos o constitucionales), parece menester que nos dotemos de un aparato conceptual más articulado que el actual y, en parte, heterodoxo. El núcleo de este aparato tiene que ser compuesto por dos nociones genéricas, cada una adecuada en relación con un diferente sub-conjunto de operaciones judiciales “discrecionales”.

2. “Discrecionalidad judicial”

Asumimos, conforme al principio de ignorancia, no saber nada sobre discrecionalidad judicial. Asumimos además conforme al principio de conversión, que la pregunta útil que es menester plantear, por lo menos al comienzo de la investigación, no sea una pregunta de forma metafísica (¿Qué es discrecionalidad judicial?), sino una pregunta conceptual: ¿Qué entienden *exactamente*, aquí y ahora, los que usan la expresión “discrecionalidad judicial” o expresiones sinónimas, derivadas o conectadas?⁵

Si, planteándonos esta pregunta, realizamos un poco de investigación de sociología lingüística, encontraremos seis documentos sugerentes.

2.1. El código penal italiano

El primer documento sugerente es el alinea primero del artículo 132 del código penal italiano vigente. Allí, bajo la rúbrica “Poder discrecional del juez en la aplicación de la pena: límites”, se lee que:

«Dentro de los límites fijados por la ley, el juez aplica la pena discrecionalmente; él debe indicar los motivos que justifican el uso de tal poder discrecional»⁶.

⁵ En castellano, se encuentra a veces la expresión “discreción judicial”: esto por ejemplo ocurre, como veremos, en RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, en Id., *El derecho desde la filosofía*, cit., pp. 251-260. El principio de ignorancia y el principio de refinamiento son dos de los diez principios que caracterizan todo enfoque analítico a problemas filosóficos (PIERLUIGI CHIASSONI, *The Methodology of Analytic Jurisprudence*, cit., pp. 9-10).

⁶ En el alinea segundo, el mismo art. 132 cód. pen. precisa que “En aumentar o disminuir la pena no se pueden superar los límites establecidos por cada especie de pena, excepto en los casos expresamente determinados por la ley”. Los artículos 133 y 133-bis cód. pen. indican específicamente

2.2. Hart

El segundo documento sugerente es un ensayo, *Discretion*, escrito por Herbert Hart en el año 1956, pero quedado inédito hacia el 2013⁷. En ello, se llevan a cabo tres operaciones notables.

En primer lugar, Hart propone una definición de “discrecionalidad jurídica” (discrecionalidad en relación con “el derecho”) así concebida.

“Discrecionalidad” – sostiene Hart, según una reconstrucción que espero acertada – es la (i) *autoridad para elegir, otorgada bajo el entendimiento de que* (ii) *la persona autorizada ejercerá discreción* (prudencia, sabiduría práctica) *al realizar su elección*, y (iii) *justificará la elección haciendo apelo a principios* (coherencia sistemática, ponderación de todos los diferentes intereses involucrados, equidad, etc.), (iv) *por sí mismos no determinantes* (a saber: que, en hipótesis, no indican concluyentemente algún curso de acción como el sólo que tener), (v) *pero relevantes para argumentar racionalmente a favor del “salto” (“leap”) que el ejercicio de la discrecionalidad otorgada necesariamente* (inevitablemente) *involucra*⁸.

En segundo lugar, Hart destaca cinco situaciones de *discrecionalidad judicial*. A saber, cinco situaciones distintas en que los jueces “tienen”, “ejercen”, o “usan” (“una”) “discrecionalidad”. Éstas ocurren toda vez en que un juez:

(1) aplica un “estándar”, esto es, una norma que (en la terminología de *civil law*) contiene una cláusula general (“reasonable care”, “reasonable and proper cause”, “convenient”, “just”, etc.);

(2) concede o niega un remedio cuya concesión requiere una valoración caso por caso (por ejemplo, una medida inhibitoria o la reparación en forma específica);

(3) determina el tipo y la entidad de la sanción penal que el condenado en un procedimiento criminal debe cumplir;

algunos datos que el juez “debe tener en cuenta” en el “ejercicio del poder discrecional” indicado en el art. 132. Disposiciones similares se encuentran en otros códigos penales. Véase, por ejemplo, el art. 66, línea 2, del código penal español («En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior»).

⁷ HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *Discretion*, cit., pp. 652-665.

⁸ HART, *Discretion*, cit., pp. 658, 659, 663, 665. Cabe notar como en el inglés solo hay una palabra, “discretion”, allí donde en el castellano hay dos: “discreción” y “discrecionalidad”. Lo mismo pasa en el italiano, donde encontramos “discrezione” y “discrezionalità”. “Discreción” (“discrezione”) se refiere típicamente a una capacidad, facultad, o actitud psicológica; en cambio, “discrecionalidad” (“discrezionalità”) pertenece al léxico jurídico y burocrático. Hay sin embargo usos de “discreción” como término intercambiable con “discrecionalidad”, como veremos tratando de la reconstrucción en RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, cit., pp. 251-260.

(4) tiene que aplicar una disposición de ley o de cualquier otra variedad de derecho escrito que se sea revelada semánticamente indeterminada, resolviendo «cuestiones disputables de interpretación»;

(5) tiene que resolver «cuestiones disputables» relativas a la «aplicación de un precedente» judicial (por ejemplo, relativas a la determinación de «cuál norma valga de precedente», o cual sea su alcance en relación con el caso individual que decidir)⁹.

En tercer lugar y por último, con relación al listado anterior, Hart reputa relevante resaltar que hay dos maneras diferentes de “atribuir” y “ejercer” “(una) discrecionalidad”: bien *en forma expresa* o *abierta*, bien *en forma tácita* o *encubierta*. En las tres primeras situaciones (*supra*, nn. 1-3), los jueces ejercerían una discrecionalidad que les es atribuida de una manera explícita o abierta (ellos hacen «usos explícitos o abiertos (*avowed*) de discrecionalidad»). En cambio, cuando tienen que resolver cuestiones que surgen «en la aplicación de reglas», sean ellas cuestiones de interpretación que atañen a enunciados de derecho escrito o bien a sentencias que valen de precedentes (*supra*, nn. 4-5), los jueces ejercerían una discrecionalidad que les es atribuida de una manera tácita o encubierta («discrecionalidad [judicial] tácita o encubierta»)¹⁰.

2.3. Ferrajoli

El tercer documento sugerente se compone de fragmentos de algunos escritos de Luigi Ferrajoli, a partir de *Derecho y razón*¹¹.

Ferrajoli destaca dos formas de “discrecionalidad” que, según sostiene, caracterizarían las actividades de los jueces: la “discrecionalidad interpretativa” y la “discrecionalidad acerca de los hechos”.

La *discrecionalidad interpretativa* se ejerce toda vez en que hace falta que un juez elija «entre una multiplicidad de significados igualmente asociables» a un mismo «enunciado normativo»¹².

⁹ HART, *Discretion*, cit., p. 656.

¹⁰ HART, *Discretion*, cit., p. 656.

¹¹ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989; LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris: una teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007; LUIGI FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013; LUIGI FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, “*Questione Giustizia*”, 2016, pp. 1-22; LUIGI FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale: una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, “*Ars interpretandi*”, 5, 2, pp. 23-43; LUIGI FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016; LUIGI FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018.

¹² LUIGI FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., p. 161.

La *discrecionalidad acerca de los hechos* se ejerce, en cambio, toda vez en que hace falta que un juez elija entre descripciones alternativas de los hechos relevantes para un litigio¹³.

2.4. Lifante Vidal

El cuarto documento sugerente es el ensayo *Poderes discrecionales* de Isabel Lifante Vidal¹⁴.

Después de un cuidadoso análisis, Lifante Vidal llega a proponer una definición según la cual es apropiado hablar de “poder discrecional” (del juez), no ya en relación con *operaciones de interpretación* (en sentido amplio), sino sólo en relación con la *aplicación de normas finales* (“normas de fin”, “mandatos de optimización”). A saber, cuando se trate de aplicar normas que imponen conseguir un objetivo, dejando a los jueces la determinación de los medios de vez en cuando más adecuados para lograrlo. Piense-se, por ejemplo, en una norma que prescribe al juez adoptar aquellas medidas (pongamos, concernientes a la atribución de la responsabilidad parental) que, en el caso particular, sean “en el mejor interés del menor”.

2.5. Dworkin

El quinto documento sugerente es el ensayo *Judicial Discretion* de Ronald Dworkin¹⁵. Dworkin sostiene ser un disparate hablar de “discrecionalidad” en relación con algunas situaciones problemáticas en que los jueces se encuentran con frecuencia – a saber, los llamados “casos difíciles” o “casos muy difíciles”¹⁶. Pues *nunca* – así opina Dworkin – los jueces se encontrarían en situaciones que requieren el ejercicio de una *genuina* discrecionalidad. Y esto porque también en

¹³ LUIGI FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., p. 161-162. En LUIGI FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 125-128, la discrecionalidad acerca de los hechos (o concerniente a la verdad factual) es presentada como «ponderación equitativa de los hechos».

¹⁴ ISABEL LIFANTE VIDAL, *Poderes discrecionales*, “Eunomía”, 2012, pp. 142-143.

¹⁵ DWORKIN, *Judicial Discretion*, cit., pp. 624-638.

¹⁶ DWORKIN, *Judicial Discretion*, cit., pp. 636-637. Para Dworkin, son “difíciles” los casos en que, alternativamente: (1) hay una clara regla expresa (“textbook rule”) que sin embargo merece ser sustituida (“overruled”); (2) la regla expresa se revela indeterminada; (3) la regla expresa está en conflicto con otra regla expresa; (4) no hay alguna regla expresa; (5) la regla expresa contiene cláusulas generales (“expresiones vagas”). Son “muy difíciles” los casos difíciles en que las soluciones alternativas que el juez identifica se presentan todas como «dotadas más o menos del mismo peso» (*finely balanced*). Véase también RONALD MYLES DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 31-39.

los casos difíciles, y hasta en los muy difíciles, ellos *siempre* tienen el *deber* de adoptar “la” decisión “correcta” a la cual las partes en el proceso, en todo caso, tienen derecho¹⁷.

2.6. Caracciolo

El sexto documento sugerente, por último, es el ensayo *Discreción, respuesta correcta y función judicial* de Ricardo Caracciolo¹⁸.

Caracciolo considera acertado distinguir entre dos nociones de “discreción”: una noción factual y una noción normativa¹⁹. Apartándome de una reconstrucción exegéticamente estricta de sus ideas, las presentaré, en obsequio al principio de exposición caritativa, en la que espero sea su mejor luz.

Conforme a la *noción factual*, un juez *J*, en relación con una controversia *C*, tiene “discreción-factual” (discreción-F), si, y solo si, *J* es *psíquica y físicamente libre* de elegir entre maneras alternativas de decidir *C*, adoptando criterios «propios», esto es, seleccionados por el mismo *J*²⁰.

Cabe destacar tres variedades de discreción-F.

Una primera variedad consiste en la *libertad psicofísica*, para un juez, de *adoptar una decisión contraria al derecho* (de «actuar ilegalmente», de «vulnerar las normas»). Según nota Caracciolo, esta forma de discreción-F – que podríamos llamar discreción-F *contra ius* – es una presencia típica (“necesaria”) en cualquier orden jurídico. Ningún orden jurídico puede eliminar toda posibilidad de que una jueza dicte deliberadamente sentencias ilegales²¹.

Una segunda variedad consiste en la libertad psicofísica, para un juez, de elegir entre dos o más maneras alternativas de decidir una controversia, allí donde el derecho no suministra alguna respuesta, siendo «indeterminado», ya sea por ausencia

¹⁷ DWORKIN, *Judicial Discretion*, cit., pp. 636-637.

¹⁸ RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, cit., pp. 251-260.

¹⁹ RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, cit. 252-254.

²⁰ RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, cit., pp. 252-254. En aras de esclarecer un poco más la idea de libertad psicofísica, así como entendida por los teóricos de la discrecionalidad judicial, y disfrutando de algunas ideas de Georg H. von Wright (GEORG H. VON WRIGHT, *Of human freedom*, “The Tanner Lectures on Human Values”, vol. VI, Edited by S. M. McMurrin, Salt Lake City, University of Utah Press, 1985, pp. 116-119), se podría decir que un juez *J*, en relación con una controversia *C*, tiene “discreción-factual” (discreción-F), si, y solo si, *J* es *capaz* de llevar a cabo cada una de las maneras alternativas de decidir *C* (pongamos, *D*₁ y *D*₂) y no existe algún *factor compulsivo*, en relación con la decisión de *C*, que le quite a *J* la posibilidad psicofísica de elegir entre *D*₁ y *D*₂.

²¹ RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, cit., pp. 253, 254-255.

de cualquier norma para el caso (laguna), ya sea por efecto de la textura abierta de las normas existentes y relevantes para su decisión. En relación con esta forma de discreción-F – que Caracciolo, siguiendo a Dworkin, califica de discreción “fuerte” – podríamos hablar de discreción-F *praeter ius*²².

Una tercera variedad, por último, consiste en la libertad psicofísica, para un juez, de establecer cuál sea la respuesta correcta para una controversia, allí donde un tal asunto es controvertido y cabe discrepar razonablemente acerca de él²³. En relación con esta forma de discreción-F – que Caracciolo, siguiendo a Dworkin, califica de discreción “débil” – podríamos hablar de discreción-F *secundum ius*.

Conforme a la noción *normativa*, un juez *J*, en relación con una controversia *C*, tiene “discreción-normativa” (discreción-N), si, y solo si, *J* tiene el *poder* (la *autorización*, el *permiso*, la *facultad*) de elegir entre maneras alternativas de decidir *C*, adoptando criterios «propios» (seleccionados por el mismo *J*).

Cabe destacar dos variedades de discreción-N.

Una primera variedad – que podríamos llamar discreción-N *selectiva* – consiste en el poder de elegir entre maneras alternativas de decidir una controversia, las cuales, en hipótesis, pertenecen todas a un conjunto discreto («un ámbito definido», «un marco cerrado») y son todas jurídicamente correctas²⁴.

Una segunda variedad – que podríamos llamar discreción-N *por delegación stricto sensu o particularista* – consiste, en fin, en el poder de decidir las controversias procediendo caso por caso, sin límites jurídicos sustantivos²⁵.

3. Discrecionalidad como libertad psicofísica: una noción dudosa

Caracciolo resalta que la expresión “discreción judicial” – asumiéndola aparentemente de sinónima de “discrecionalidad judicial” – puede referirse no solo a una situación o posición *normativa* (un *poder*, un *permiso*, una *autorización*, conferidos por normas), sino también, y alternativamente, a una situación o posición *factual*. Y precisamente, como hemos visto (*supra*, § 2.6), a una situación o posición de *libertad psicofísica*, que puede consistir, según los casos: en la libertad

²² RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, cit., pp. 253, 255-257.

²³ RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, cit., pp. 253-254, 256-257.

²⁴ RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, cit., p. 253.

²⁵ RICARDO CARACCILO, *Discreción, respuesta correcta y función judicial*, cit., p. 253. Caracciolo resalta que, si *toda* decisión judicial puede ser tomada ejerciendo una discreción-N particularista («por delegación»), esto tendría el efecto de «eliminar toda regla o norma general, a excepción de las que instituyen los órganos judiciales».

de violar el derecho (discreción-F *contra ius*); en la libertad de remediar a la indeterminación del derecho existente creando derecho nuevo (discreción-F *praeter ius*); en la libertad de determinar cuál sea la respuesta jurídicamente correcta en situaciones de discrepancia razonable (discreción-F *secundum ius*).

El hecho de que la expresión “discreción (judicial)” pueda ser utilizada de una manera tal es incontestable²⁶. Sin embargo, a la hora de construir un aparato terminológico y conceptual teóricamente adecuado para el fenómeno “discrecionalidad judicial”, la noción de “discreción-F”, la idea de la *discreción* o *discrecionalidad* judicial como *libertad psicofísica contra, praeter o secundum ius*, tiene que ser rechazada. Por algunas razones que merece la pena traer a colación.

(1) Pensando en las situaciones de “discreción-F *contra ius*”, parece muy raro – muy *queer*, habría dicho John Mackie – clasificar una vulneración deliberada de una ley por parte de una jueza como “ejercicio de una discreción”. Y aún más raro suena hablar de la “discreción (judicial) de violar o vulnerar el derecho”. Los jueces son a menudo psicofísicamente *libres* de violar el derecho, actuando ilícitamente. Pero ¿por qué hablar, en tales casos, de “discreción”? ¿Hablamos acaso de la “discreción” del ladrón que se ha robado una Hispano-Suiza T56?

(2) Pensando en las situaciones de “discreción-F *praeter ius*” y de “discreción-F *secundum ius*”, parece igualmente raro que tales operaciones judiciales, tan relevantes en (y para) las organizaciones jurídicas, se coloquen al interior de un *espacio vacío de derecho*: pertenezcan a un *Rechtsleerer Raum*, según la expresión utilizada por una antigua doctrina alemana de la completitud del derecho.

Es frecuente, en efecto, que los códigos civiles contengan disposiciones para lidiar con las situaciones de lagunas²⁷. Y allí donde no las hay, los juristas – conforme a maneras de pensar consolidadas en la cultura jurídica – suelen asumir la existencia de normas implícitas dedicadas²⁸.

(3) La sensación de rareza que tales formas de hablar provocan sugiere que hay algo que no funciona en la idea de discreción judicial como libertad psicofísica. Cabe sospechar, en suma, que la noción de discreción-F sea mal construida.

²⁶ La idea de que haya una conexión conceptual entre “discreción” – o “discrecionalidad” – y “libertad” es generalmente considerada acertada. Según ISABEL LIFANTE VIDAL, *Poderes discrecionales*, cit., p. 140, la “discrecionalidad” consiste en «cierto margen de libertad en la toma de decisiones». El problema, sin embargo, es determinar de qué tipo de libertad se trate, y si sea teóricamente acertado concebir tal libertad como una libertad factual.

²⁷ Véase, por ejemplo, el art. 4 del código civil español y el art. 12, alinea 2, del código civil italiano.

²⁸ Tal era la opinión, por ejemplo, de los juristas de la Escuela de la exégesis (PIERLUIGI CHIASSONI, *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*, São Paulo, Contracorrente, 2017, cap. IV).

(4) Su defecto principal se origina, según me parece, en la relevancia inoportunamente otorgada a los usos comunes de términos como “discreción” y “discrecional”.

En su sentido común, “discreción” significa «sensatez para formar juicio», «prudencia», «circunspección»²⁹. Se refiere a propiedades psíquicas, cognitivas, de los agentes. Cabe dudar, sin embargo, como sugiere la sensación de rareza antes resaltada, que cuando se utiliza “discreción judicial” al interior de discursos jurídicos se haga referencia (solo) a la sensatez para formar juicios, a la prudencia, a la circunspección de los jueces³⁰.

En su sentido común, una acción “discrecional” es algo que «se hace libre y prudencialmente»³¹. El adjetivo “discrecional” se refiere a propiedades psicofísicas del agente que lleva a cabo una cierta acción. Cabe dudar, sin embargo, que cuando se utilizan expresiones como “actividad judicial discrecional”, “acto judicial discrecional” o “decisión judicial discrecional” al interior de discursos jurídicos, éstas se refieran (solo) a una actividad, a un acto, a una decisión que un juez, como un agente cualquier, ha cumplido libre y prudencialmente. Parece en cambio que, en dichos usos, la “libertad” de que se trata, cualquier cosa que sea, sea *no* ya (solo) *psicofísica*, sino (también) *normativa*. Sea algo que depende de normas. Sea una posición jurídica subjetiva que alguna norma atribuye a un agente, un juez, en relación con cierta operación o clase de operaciones.

En suma: en los usos jurídicos de los términos “discreción” (“discreción judicial”) y “discrecional” (“acto judicial discrecional”, “decisión judicial discrecional”) parece siempre estar presente una *dimensión normativa*, una referencia a normas atributivas de posiciones de “discreción”, que las nociones de discreción-F se pasan totalmente por alto.

4. Discrecionalidad como fenómeno normativo: una noción incierta

Una vez que rechazamos la idea de discreción (discrecionalidad) como libertad psicofísica (discreción-F) (*supra*, § 3), una vez que estipulamos reservar “discrecionalidad judicial” para fenómenos normativos, todavía no estamos afuera de la selva.

²⁹ Así en el diccionario de la Real Academia Española, a la voz “discreción”.

³⁰ «The concept of discretion is at home in only one sort of context; when *someone is in general charged with making* decisions subject to standards *set by a particular authority* [...] Discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction. It is therefore a relative concept. It always make sense to ask, “Discretion *under which standards?*” or “Discretion *as to which authority?*”» (RONALD MYLES DWORKIN, *The Model of Rules*, “The University of Chicago Law Review”, vol. XXXV, no. 1, 1967, p. 31, cursivos redaccionales).

³¹ Así en el diccionario de la Real Academia Española, a la voz “discrecional”.

Los iusfilósofos discrepan acerca de la manera apropiada de entender la discrecionalidad judicial en tanto que fenómeno normativo (*supra*, §§ 2.2-2.6).

Por un lado, Hart, Ferrajoli y Caracciolo adoptan una postura (que, sobre las huellas de Carnap, podríamos llamar) de tolerancia terminológica e indulgencia conceptual. Apoyándose en los usos corrientes de “discrecionalidad” en los discursos jurídicos, los tres iusfilósofos abogan por una noción amplia. Conforme a ella, pueden destacarse no menos de seis formas diferentes de “discrecionalidad judicial”: la discrecionalidad *sancionadora*; la discrecionalidad *remedial*; la discrecionalidad *concretizadora* (que concierne a la aplicación de normas contenientes cláusulas generales); la discrecionalidad *interpretativa*; la discrecionalidad *precedential*; y, en fin, la discrecionalidad *probatoria* (en relación con la determinación de los hechos del proceso).

Por el otro lado, Lifante Vidal y Dworkin adoptan posturas (que podríamos llamar) de intolerancia terminológica y austeridad conceptual. Para Dworkin, en particular, como hemos visto, el término “discrecionalidad” tendría que ser eliminado sin más de todo discurso teórico acertado sobre la jurisdicción (*adjudication*)³².

La discrepancia entre los iusfilósofos es índice de una incertidumbre profunda. Es más, si la miramos desde la oposición entre iusfilósofos indulgentes y iusfilósofos austeros, algunas actividades judiciales de capital importancia (interpretación, concreción de cláusulas generales, aplicación de precedentes) figuran al mismo tiempo como “discrecionales” y “no-discrecionales”.

El hecho sugiere dos consideraciones.

Primero, el conjunto de posiciones deónticas y operaciones judiciales que forman el fenómeno “discrecionalidad judicial” (en un sentido preanalítico y no comprometido de la expresión) necesita todavía de una exploración sin prejuicios y radical: que intente llegar a las raíces de la incertidumbre, al equívoco básico que proyecta una luz de desconcierto sobre las teorías corrientes.

³² En el ensayo *The Model of Rules*, Dworkin destaca dos formas de “discrecionalidad en sentido débil” y una forma de “discrecionalidad en sentido (más) fuerte” (DWORKIN, *The Model of Rules*, cit. 31-39). La primera forma de discrecionalidad en sentido débil es una presencia frecuente en los órdenes jurídicos, correspondiendo a situaciones donde, en aras de aplicar un estándar vigente (un principio, una directriz de política pública), el juez tiene que ejercer su capacidad de juicio. La segunda forma de discrecionalidad en sentido débil está presente toda vez en que la decisión de un juez es de última instancia, no siendo sujeta a alguna forma de control. En cambio, no hay algún espacio para la discrecionalidad en sentido (más) fuerte. Su presencia requiere situaciones decisoriales no «controladas» (u «vinculadas») por algún estándar jurídico; supone que el derecho se haya agotado («run out»), y que sea menester decidir yendo más allá de él. Lo que, según sostiene Dworkin, mirándolo de una acertada perspectiva no-positivista, y considerando la existencia de principios al lado de las reglas, nunca ocurre ni puede ocurrir.

Segundo, y por consecuencia, hace falta refinar el aparato terminológico y conceptual corriente, sustituyéndolo por otro que, en lo posible, sea más articulado y compuesto por conceptos más precisos.

¿Cómo proceder? Los documentos considerados (*supra*, §§ 2.1-2.6) sugieren que, en relación con el fenómeno “discrecionalidad judicial”, es útil elaborar por lo menos dos nociones genéricas distintas. Una noción definida en términos de *poder* (discrecionalidad judicial-poder, discrecionalidad judicial-P) y una noción definida en términos de *deber* (discrecionalidad judicial-deber, discrecionalidad judicial-D). Ambas, como veremos, reflejan la idea de que una posición de “discrecionalidad judicial” sea una posición normativa compleja.

5. Explicación de la discrecionalidad judicial en términos de “poder” (discrecionalidad judicial-poder, discrecionalidad judicial-P)

Se considere la proposición normativa PD:

(PD) “En el orden jurídico *S*, el juez *J* tiene discrecionalidad en relación con las operaciones endoprocerales *O*”

en tanto que proposición descriptiva relativa a la existencia de una posición de discrecionalidad judicial en cierto orden jurídico, asumiendo:

(a) que la expresión “juez *J*” se refiere a un determinado órgano o conjunto de órganos jurisdiccionales al interior del orden jurídico *S*: todo juez común, todo juez penal, el tribunal constitucional, la corte suprema de casación en sesión plenaria, cada sección simple de la corte de casación, toda corte de apelación, todo tribunal civil de primera instancia, todo tribunal penal de primera instancia, etc.;

(b) que un juez *siempre* “tiene discrecionalidad” *en relación con* operaciones endoprocerales *de una cierta clase* (“*O*”): a saber, en relación con toda operación de un cierto tipo que hace falta desempeñar al interior de un procedimiento jurisdiccional y en aras de la decisión de una controversia;

(c) que un juez *siempre* “tiene discrecionalidad” en virtud de ciertas *normas*, expresas o tacitas, de un orden jurídico (en este caso, el orden jurídico *S*).

Si asumimos, además, que la posición de “discrecionalidad” sobre la cual la proposición PD versa sea, en particular, una posición de discrecionalidad-poder (discrecionalidad-P), podemos sustituir a PD la proposición normativa más precisa PD₁:

(PD₁) “En el orden jurídico *S*, el juez *J* tiene discrecionalidad-P en relación con las operaciones endoprocerales *O*”

Ahora bien, ¿Cuáles son las condiciones de verdad de la proposición normativa PD₁? ¿Bajo cuales condiciones es la proposición normativa PD₁ verdadera?

Un poco de reflexión sugiere no ser desacertado suponer que la proposición

(PD₁) “En el orden jurídico *S*, el juez *J* tiene discrecionalidad-P en relación con las operaciones endoprosesuales *O*”

es verdadera, sí, y solo si:

- (1) están vigentes en *S* las normas N₁ ... N_n;
- (2) conforme a las normas N₁ ... N_n, así como en efecto entendidas y aplicadas en la experiencia jurídica actual:
 - (a) el juez *J puede* elegir entre maneras alternativas de realizar una operación endoprosesual *O*;
 - (b) la elección por parte del juez *J* no es mecánica (no supone un cálculo con factores objetivamente cuantificados o cuantificables), ni prácticamente necesitada (no hay un curso de acción que es de manera evidente el solo practicable), sino que versa sobre alternativas que el mismo *J* puede deslindar o contribuir a deslindar, y tales que cada una de ellas se presenta, por lo menos *prima facie*, como jurídicamente correcta – esto es: no clara o manifiestamente absurda, no clara o manifiestamente equivocada, sino acreditable por argumentos aceptables por la cultura jurídica en su conjunto, o bien por una parte de la cultura jurídica (“la “mejor”, “la más acertada”), o bien por todo “agente razonable”, etc.;
 - (c) el juez *J debe* justificar su elección, proporcionando argumentos que la acrediten como jurídicamente correcta considerando todo³³.

El análisis de las condiciones de verdad de la proposición normativa PD₁ suministra la base para elaborar una definición bastante precisa de la noción genérica de discrecionalidad judicial-poder o discrecionalidad judicial-P:

³³ Se podría pensar, *prima facie*, también en una cuarta condición de verdad: (d) la decisión del juez *J* que resulta de la elección es obligatoria para las partes en el proceso, hasta cuando no sea (eventualmente) reformada por otra instancia judicial competente, si la hay. Sin embargo, habitualmente la obligatoriedad de la decisión judicial no depende de las mismas normas atributivas de discrecionalidad, sino de las normas sobre los efectos jurídicos de las decisiones judiciales, sean ellas discrecionales o no. Otra precisión. Hablo de “normas”. Una formulación más precisa requeriría explicitar si se trate de normas expresas o implícitas, y por lo tanto hacer referencia a su origen interpretativa o mediante formas de integración. Prefiero sin embargo solo limitarme a señalar esta complejidad.

Discrecionalidad judicial-P (Discrecionalidad judicial-poder) = df. La posición normativa compleja, atribuida por ciertas normas de un orden jurídico (*S*) a un juez (*J*), en relación con toda operación endoprocesual de cierto tipo (*O*), que consiste en la conjunción de un permiso con un deber:

(1) el *permiso* (“poder”) para el juez (*J*) de elegir entre maneras alternativas de realizar una operación endoprocesual *O*, cada una de las cuales se presenta *prima facie* como jurídicamente correcta;

(2) el *deber* para el juez (*J*) de justificar su elección, proporcionando argumentos que la acrediten como jurídicamente correcta considerando todo³⁴.

La noción de discrecionalidad judicial-P (noción-P) resulta respaldada por datos empíricos. El legislador italiano, en el art. 132 del código penal, habla de “poder discrecional”, ofreciendo un ejemplo paradigmático de discrecionalidad judicial. Si algo en el mundo es “discrecionalidad judicial”, esto parece coincidir por lo menos con lo de que se ocupa dicho artículo. Además, Lifante Vidal, Hart, Ferrajoli, y Caracciolo en sus reflexiones meta-discursivas, reconducen el fenómeno “discrecionalidad” a la presencia de un “poder”, de una “autoridad”, de una “facultad”, de un “permiso”, en cabo a un juez, para elegir entre cursos de acción alternativos (*supra*, §§ 2.1-2.4 y 2.6).

La noción-P representa, además, una propuesta definitoria que rechaza la idea de discrecionalidad “genuina” abogada por Dworkin. Según Dworkin, no hay (genuina) discrecionalidad si el órgano jurídico debe justificar su decisión presentándola como “la decisión correcta” a la cual las partes, en hipótesis, tienen derecho (*supra*, § 2.5). Según la noción-P, empero, toda “discrecionalidad(-poder)” involucra por definición el deber de justificar la elección discrecional, presentándola como jurídicamente correcta considerándolo todo. Desde la noción-P, no hay alguna incongruencia conceptual entre tener el *permiso* de efectuar una elección discrecional, y tener, al mismo tiempo, el *deber* de justificar la elección, presentándola como jurídicamente correcta considerándolo todo.

Con esto, es menester señalar un problema.

³⁴ La definición podría alternativamente formularse así: un juez (*J*), al interior de un orden jurídico (*S*), y en relación con cierta clase de operaciones endoprocesuales (*O*), se encuentra en una posición de *discrecionalidad-P* (discrecionalidad-poder, poder discrecional), si, y solo si, (1) le es *permiso* elegir entre maneras alternativas de realizar una operación *O*, cada una de las cuales se presenta *prima facie* como jurídicamente correcta; y (2) tiene el *deber* de justificar su elección, proporcionando argumentos que la acrediten como jurídicamente correcta considerando todo.

No cabe duda de que la noción-P sea adecuada para explicar muchas situaciones en que se suele hablar de “discrecionalidad judicial”. Piensen en situaciones de discrecionalidad *sancionadora* o de discrecionalidad *remedial*.

Pero ¿podemos sostener lo mismo en relación con otras operaciones “discrecionales” antes consideradas? Por ejemplo, ¿estamos en el acertado al concebir la discrecionalidad *interpretativa*, la discrecionalidad *concretizadora*, y la discrecionalidad *integradora*, en relación con estados de derecho legislativos o constitucionales, en términos de “poderes”? ¿Cuáles normas, al interior de dichos sistemas jurídicos, otorgarían a los jueces “poderes” de tal forma?

Esto nos lleva a la segunda noción genérica de discrecionalidad judicial: la noción de discrecionalidad judicial-D.

6. Explicación de la discrecionalidad judicial en términos de “deber” (discrecionalidad judicial-deber, discrecionalidad judicial-D)

En los estados de derecho, sean ellos legislativos o constitucionales, los jueces tienen tres deberes fundamentales: el *deber de juzgar*, el *deber de juzgar correctamente*, el *deber de justificación jurídica*.

Deber de juzgar. Todo juez tiene el deber de decidir todo pleito presentado a su cognición que recaiga en su ámbito de competencia. Los ordenamientos jurídicos suelen sancionar penalmente la violación de este deber bajo el rotulo de la “denegación de justicia”³⁵.

Deber de juzgar correctamente. Todo juez tiene el deber de dictar decisiones jurídicamente correctas: a saber, correctas desde (conforme al, acorde con) el derecho vigente, correctas desde los derechos e intereses legítimos de los individuos. Desde el principio de legalidad de la jurisdicción, del cual este deber se deriva (en ausencia de otras normas), no puede considerarse suficiente que un juez dicte una decisión *cualquiera*.

Deber de justificación jurídica. Todo juez tiene el deber de justificar toda decisión (usualmente, al interior de una sentencia), ofreciendo razones (argumentos)

³⁵ Piense-se en el art. 4 del Título preliminar del Código civil francés de 1804: «Si un juez se rehusará a juzgar bajo el pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, se podrá actuar en contra de él como culpable de denegación de justicia». Véase, en lo que concierne al derecho italiano, el art. 2, alinea 1, ley n. 117/1988 sobre la responsabilidad civil de los magistrados. Véase también CARLOS EDUARDO ALCHOURRÓN, EUGENIO BULYGIN, *Normative Systems*, Wien-New York, Springer, 1971., cap. VIII; RICCARDO GUASTINI, *Lecciones de derecho constitucional*, Lima, Editorial San Marcos, 2016, pp. 305-320.

adecuadas para acreditarla como la decisión jurídicamente correcta para el caso individual, considerando todo. A menudo, este deber se encuentra expresamente formulado en disposiciones constitucionales o de ley³⁶. Puede en todo caso derivarse del principio de legalidad de la jurisdicción, el cual requiere que sea posible controlar la legalidad de las decisiones judiciales, y del principio del “justo”, “debido” o “ecuo” proceso³⁷.

En un estado de derecho, legislativo o constitucional, la decisión de un pleito depende típicamente de operaciones de interpretación, concreción de cláusulas generales e integración. Estas operaciones, como hemos visto, se suelen considerar “discrecionales”. Pero ¿en qué sentido? ¿Trata-se de operaciones que también podemos explicar en términos de discrecionalidad-P? ¿O suponen en cambio otra forma de discrecionalidad?

Mirándolo bien, tales operaciones pueden considerarse objeto de *deberes* judiciales, explícitos o tácitos. De forma que, si la presente reconstrucción es (como asumo) acertada, en los estados de derecho legislativos o constitucionales:

(1) el juez no puede (le está prohibido) atribuir a las disposiciones utilizadas en aras de decidir un pleito un significado cualquier, sino que debe atribuirles *siempre y solo* el significado jurídicamente correcto con relación al caso individual que decidir;

(2) el juez no puede (le está prohibido) concretar las cláusulas generales de una manera cualquier, sino *siempre y solo* de la manera jurídicamente correcta con relación al caso individual que decidir;

(3) el juez no puede (le está prohibido) integrar una laguna en el derecho de una manera cualquier, sino *siempre y solo* de la manera jurídicamente correcta con relación al caso individual que decidir³⁸.

Alguien podría considerar la explicación – que estoy proponiendo – de ciertas formas de “discrecionalidad judicial” en términos de “deber”, y no ya de “poder”, como conceptualmente sospechosa. ¿Cómo puede haber un “deber” en relación con operaciones que involucran elecciones entre cursos de acción alternativos, que

³⁶ Véase por ejemplo el art. 111 de la Constitución italiana y los art. 132 del cód. proced. civil y 546 del cód. proced. penal.

³⁷ Lo que, por ejemplo, hace la Corte europea de derechos humanos a partir del art. 6 de la Convención. Véase *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (civil limb)*, Prepared by the Registry (disponible en el web), Strasbourg, Council of Europe, 2022.

³⁸ En el ordenamiento jurídico italiano, estos deberes pueden leerse, por ejemplo, en el art. 12 de las disposiciones preliminares al código civil, además de poderse derivar de normas constitucionales (ex art. 24, 101 y 111 Const.), de normas de los códigos procedimentales (ex art. 360 cód. proced. civ.; art. 606 cód. proced. pen.), y de normas de la ley sobre ordenamiento judicial (art. 65).

no son mecánicas, ni prácticamente necesitadas, sino dependientes de la prudente capacidad de juicio del decisor?

Se puede replicar a esta objeción destacando dos formas de deberes: los *deberes no discrecionales* y los *deberes discrecionales*.

Algunas veces los funcionarios públicos tienen el deber de llevar a cabo una operación para la cual sólo hay *una* modalidad de ejecución. Por ejemplo, conceder la ciudadanía si el postulante satisface un conjunto pre-determinado de propiedades empíricas, cuya presencia se trata solo de averiguar (edad, años de residencia en el país, conocimiento del idioma de nivel B, ingreso, etc.). En estos casos podemos hablar de deberes no discrecionales o deberes con modalidad de ejecución predeterminada.

Otras veces, en cambio, los funcionarios públicos tienen el deber de llevar a cabo una operación para la cual hay una pluralidad de formas alternativas de ejecución. Por ejemplo, si son jueces en un proceso, adoptar la medida que sea “en el mejor interés del menor”, “en el mejor interés de la familia”, etc. En estos casos, podemos hablar de deberes discrecionales o deberes con modalidad de ejecución no predeterminada.

Por las consideraciones que preceden, ¿en qué sentido podría ser todavía acertado hablar de “poder” o “autoridad” en relación con la discrecionalidad judicial interpretativa, concretizadora o integradora?

Deber implica poder, obligación implica permiso. Si queremos seguir hablando, pongamos, de la discrecionalidad *interpretativa* como de un “poder” (o de una “autoridad”), nos es posible hacerlo. La noción-D no lo previene. Sugiere empero que es menester precisar como un tal “poder” (“autoridad”), en un estado de derecho, es un *poder débil, no originario, sino derivado de deberes*. Más precisamente, es un poder que *existe por implicación* a partir del *deber de interpretar correctamente*, que se deriva a su vez del deber de juzgar correctamente.

Surge espontáneo pensar que un tal poder, aunque derivado de deberes, en la realidad de las operaciones interpretativas “se devore” los deberes de los cuales se deriva. Pero esta consideración acerca de lo que pasa en efecto no debe hacernos incurrir en la falacia (“realista”) de concebir el poder de interpretación como un poder originario, directamente conferido por cierta norma jurídica. No debe hacernos confundir el ser con el deber ser, modificando lo que debe ser a la luz de lo que es. Esta sería una forma mala de “realismo”. Y, desde un punto de vista normativo, una manera de poner en tela de juicio una concepción de la jurisdicción conforme a los principios del estado de derecho, presentándola como de difícil, si no imposible, realización.

Con esto, consideramos ahora la proposición normativa PD₂,

(PD₂) “En el orden jurídico S , el juez J tiene discrecionalidad-D en relación con las operaciones endoprosesuales O ”.

A la luz de las consideraciones que preceden acerca de los deberes de los jueces en los estados de derecho, legislativos o constitucionales, ¿Cuáles son las condiciones de verdad de PD₂? ¿Cómo entenderlas? La respuesta es bastante fácil. La proposición:

(PD₂) “En el orden jurídico S , el juez J tiene discrecionalidad-D en relación con toda operación endoprosesual O ”

es verdadera, si, y solo si:

(1) están vigentes en S las normas $N_1 \dots N_n$;

(2) conforme a las normas $N_1 \dots N_n$, así como en efecto entendidas y aplicadas en la experiencia jurídica actual:

(a) el juez J *debe* elegir, entre las maneras alternativas de realizar una operación O , la que es jurídicamente correcta considerando todo;

(b) la elección por parte del juez J no es mecánica, ni prácticamente necesitada, sino que versa sobre alternativas que el mismo juez J puede deslindar o contribuir a deslindar, y tales que cada una de ellas se presenta, por lo menos *prima facie*, como jurídicamente correcta;

(c) el juez J *debe* justificar su elección, proporcionando argumentos que la acrediten como jurídicamente correcta considerando todo.

El análisis de las condiciones de verdad de la proposición PD₂ suministra la base para llegar a una definición bastante precisa de la segunda noción genérica de discrecionalidad judicial, la noción de discrecionalidad judicial-deber o discrecionalidad judicial-D:

Discrecionalidad judicial-D (Discrecionalidad judicial-deber) = df. La posición normativa compleja, atribuida por ciertas normas de un orden jurídico (S) a un juez (J), en relación con toda operación endoprosesual de cierto tipo (O), que consiste en la conjunción de dos deberes:

(1) el *deber* para el juez (J) de elegir, entre maneras alternativas *prima facie* jurídicamente correctas de realizar una operación O , la que es jurídicamente correcta considerando todo;

(2) el *deber* para el juez (J) de justificar su elección, proporcionando argumentos que la acrediten como jurídicamente correcta considerando todo.

La noción genérica de discrecionalidad judicial-D (noción-D) parece más adecuada que la noción-P para dar cuenta de algunas operaciones que son imprescindibles en el desempeño de la función jurisdiccional, y a las cuales solemos referirnos hablando de “discrecionalidad” o clasificándoles de “discrecionales”. Estas operaciones, como hemos visto, son operaciones de interpretación, de concreción de cláusulas generales, de integración. Además de ellas, merece la pena mencionar cuatro: las operaciones de clasificación de entidades lingüísticas al interior del discurso del derecho (estableciendo, por ejemplo, que cierto enunciado normativo es “disposición”, “norma específica”, “principio constitucional supremo”, etc.); las operaciones de identificación de lagunas (que consisten en establecer la ausencia de una cualquier norma para resolver cierta cuestión de derecho); las operaciones de identificación de antinomias (que consisten en establecer la presencia de una relación de incompatibilidad entre dos normas previamente identificadas); las operaciones resolutorias de antinomias (que consisten en establecer cuál, de dos normas incompatibles, debe aplicarse y cuál desaplicarse). También en relación con estas operaciones, en tanto que llevadas a cabo al interior de un estado de derecho, parece apropiado utilizar la noción de discrecionalidad-D, oportunamente especificada. Sin embargo, dejaré esta exploración para otro escrito.