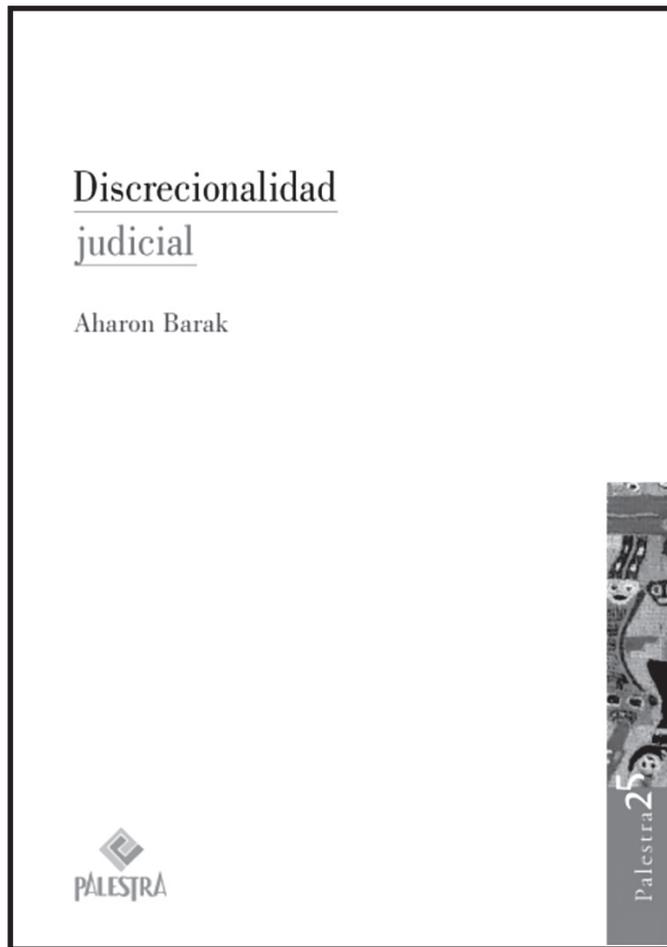


## DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Aharon Barak\*



*María del Carmen Martínez Gómez\*\**

\* Abogado y jurista israelí, fue presidente del Tribunal Supremo de Israel entre 1995 y 2006, tras haber sido magistrado en ese mismo tribunal, y Fiscal General del Estado. Fue decano de la Universidad Hebrea de Jerusalén y profesor en las universidades de Yale y Toronto, entre otras. Es autor de numerosos libros.

\*\* Estudiante de Derecho en la Universidad de Alicante. Es autora de la ponencia "Legal Realism and Legal Primitivism: Notes on the Perspectives of A. Häerström and K. Llewellyn", presentada en el VIII Spanish - Finnish Seminar on Legal Theory. Correo electrónico: mcarmenmg7@gmail.com

**Cómo citar esta reseña:** Martínez Gómez, María del Carmen. 2023. Reseña de Discrecionalidad judicial, de Aharon Barak. Revista de estudios jurídicos Cálamo, n.º 18: 162-164.

Discrecionalidad judicial, de Aharon Barak, es un libro originalmente publicado en hebreo en 1987 y traducido al inglés en 1989. Más de treinta años después, su traducción al castellano, llevada a cabo por Isabel Lifante Vidal y Lucas E. Misseri (Universidad de Alicante), es una invitación a reflexionar sobre el rol de los jueces en la sociedad contemporánea como defensores necesarios de la democracia y del Estado de Derecho. El paso del tiempo le ha sentado bien: el libro no solo no ha quedado obsoleto con los años, sino que se ha convertido en un punto de referencia para cualquier persona interesada en la discrecionalidad judicial.

Aharon Barak (Lituania, 1936) es, sin duda, un jurista polifacético: doctor en Derecho por la Universidad Hebrea de Jerusalén en 1963, fue profesor en la misma entre 1968 y 1975, año en que fue nombrado Fiscal General del Estado de Israel. Poco después, en 1978, fue elegido como magistrado de la Corte Suprema israelí, cuya presidencia ostentó durante veintiocho años, hasta su jubilación en 2006. También ha sido profesor de Derecho en diversas universidades, como Yale, Georgetown y Toronto; además de ser autor de valiosos libros sobre la función judicial y su ejercicio en el marco de las democracias constitucionales.

El libro, que destaca por su sencillez expositiva, parte de un presupuesto claro: los jueces ejercen discrecionalidad judicial, pero solo en los casos difíciles. En otras palabras, para Barak, están equivocados, tanto aquellos que afirman que el juez es el mero altavoz de la ley y que no tiene ningún poder de decisión, como aquellos que sostienen que el Derecho es absolutamente indeterminado y que en todo caso los jueces tienen una absoluta discrecionalidad para decidir según lo que hayan desayunado.

El objetivo de la obra es doble: descriptivo y prescriptivo. Por una parte, pretende definir el concepto de discrecionalidad judicial; eliminando, en lo posible, la niebla que lo rodea, y caracterizando sus elementos más básicos. Y, por la otra parte, expone razonadamente los criterios que el juez debe tener en cuenta a la hora de elegir entre diversas opciones cuando tenga ante sí una decisión en la que deba ejercer su discrecionalidad.

En la primera parte del libro, Barak define la discrecionalidad judicial como “el poder otorgado a una persona con autoridad para elegir entre dos o más alternativas, cuando cada una de ellas es lícita” (2021, 28-29). Esta definición es clave, pues de ella se derivan todos los argumentos que expone a lo largo del libro.

A continuación, retoma la popular distinción entre casos fáciles y difíciles, añadiendo a ésta una categoría más: los casos intermedios. Según esta agrupación, serían casos fáciles aquellos en los que las normas solo requieren un estudio muy superficial (una mera interpretación *largo sensu*, según la clasificación de Wróblewski), para llegar a la conclusión de que solo existe una conclusión lícita a la controversia que plantean. En los casos intermedios, sin embargo, ambas partes de la contienda parecen tener un argumento jurídico legítimo que respalda su posición, y por ello es necesario hacer un ejercicio consciente de interpretación (esto es, interpretación *stricto sensu*) para poder discernir cuál está en lo correcto. En último lugar, los casos difíciles se caracterizarían por plantear, una vez examinadas todas las propuestas y disposiciones normativas relevantes, una elección entre opciones lícitas. Solo en este caso existiría la discrecionalidad judicial.

Asimismo, Barak aprovecha esta primera parte de su obra para detenerse en otras cuestiones teóricas: la existencia de diversos tipos de discrecionalidad (ancha o estrecha, según el número de posibilidades lícitas que se plantean ante el juez) o las fuentes sustantivas y formales del fenómeno.

Barak concede gran importancia a lo que él llama margen de legitimidad formal y margen de razonabilidad judicial. El primero, hace referencia a la frontera metafórica que traza el límite entre los casos en los que hay discrecionalidad judicial y los que no; esto es, los casos en los que el sistema solo prevé una posible solución lícita a una controversia, y aquellos en los que cabe más de una solución lícita al mismo caso, dadas todas sus condiciones particulares. En contraste; el segundo, se refiere al conjunto de posibilidades que, además de ser lícitas, son razonables, teniendo en cuenta el sistema normativo en el que se ubica la contienda, el tribunal encargado de su resolución y las relaciones entre todos los sistemas institucionales del

Estado, así como los principios democráticos básicos, tales como la separación de poderes.

En la segunda parte del libro, Barak expone los criterios que deben guiar cada elección dentro de ese margen de razonabilidad judicial. El autor llama constantemente a la huida de los extremos y denuncia el error que cometen los jueces que optan, sistemáticamente, por tomar las decisiones que menos alteran el precedente jurídico (a los que llama: autorestringidos), pero también a los que indiscriminadamente buscan apartarse del mismo (según su clasificación: los activistas). Subraya, constantemente, la necesidad de que los jueces ejerzan su discrecionalidad de forma razonable para mantener el equilibrio entre las tensiones que el Derecho genera entre el pasado (el precedente), el presente (el caso en cuestión que tiene que resolver el juez) y el futuro (la aplicación de esa decisión como regla general a otros casos). Y todo esto, sin olvidar los límites que la realidad impone a los jueces en su día a día: la escasez de tiempo, la ausencia de información completa sobre campos muy específicos o la necesidad de encontrar el consenso entre colegas, sobre todo, entre aquellos que integran órganos colegiados.

Barak dedica los últimos capítulos del libro a argumentar sobre el carácter democrático de la judicatura. Insiste en que la democracia es multidimensional: no está caracterizada únicamente por el respeto a la voluntad de la mayoría, sino también por la realización de ciertos valores fundamentales (aunque evita posicionarse sobre cuál haya de ser el contenido de estos valores y se limita a dejar la pregunta formulada). De igual modo, a la par que subraya la importancia de garantizar la independencia del poder judicial, asume que es esencial que los tres poderes tengan mecanismos para controlarse y complementarse mutuamente, defendiendo así la doctrina de los *checks and balances* como forma de entender el funcionamiento auténtico de las democracias contemporáneas. Barak reserva también un espacio para referirse a la concepción que tiene la sociedad de la función judicial. Consciente de su importancia, invita, de nuevo, a buscar el razonable punto intermedio entre dejarse llevar por lo que el público opine, y descuidar por completo el deber de proyectar una imagen de imparcialidad y confianza frente a la ciudadanía.

Finalmente, para cerrar el libro, sintetiza su tesis respecto a la decisión en casos de discrecionalidad judicial con una máxima: consideradas todas las cosas, “entre dos verdades, debe preferirse la que proporciona estabilidad” (Barak 2021, 355). Con ello se refiere a que, si no parece haber razones para optar por la desviación del precedente, se ha de elegir la opción que mejor garantice la seguridad jurídica y la continuación del sistema.

Discrecionalidad judicial, obra publicada por Palestra Editores, nació como una recopilación de diversos escritos y artículos; y es por ello que a lo largo de los capítulos son frecuentes las reiteraciones, lo que no ralentiza la lectura: al insistir en los puntos clave, refresca las ideas que le sirven de base, facilitando la comprensión de la obra. Otro aspecto a tener en cuenta a la hora de abordar el libro, es que Barak desarrolla su obra en el marco del *common law*. Abundan las citas a sentencias de tribunales israelíes, británicos y estadounidenses, y se dedica grandes espacios a la figura jurídica del precedente: el precedente como fuente de discrecionalidad judicial, problemas de retroactividad del precedente, revocación del precedente, consideración del precedente a la hora de deliberar, etc.

En definitiva, se trata de un libro escrito desde dentro de la práctica jurisdiccional, cuyo autor es consciente de la responsabilidad que asume el poder judicial como defensor del sistema democrático. Barak, que vivió de primera mano algunos momentos cruciales en el conflicto palestino-israelí, muestra aquí su preocupación por dotar a los jueces de las herramientas adecuadas para que puedan hacer frente a su misión, máxime cuando están en juego los pilares del sistema. Y con este libro colabora doblemente en la tarea: aportando a los jueces guías de actuación y patrones de razonamiento, y recordando, al resto de lectores (juristas o legos), que existen criterios para evaluar la labor judicial, cuyo cumplimiento podemos –debemos– exigir como ciudadanos.

## BIBLIOGRAFÍA

Barak, Aharon. 2021. Discrecionalidad judicial. Lima: Palestra Editores.