

## DOS MODELOS DE ADJUDICACIÓN

Pablo López Ruf  
*Universidad de Buenos Aires (Argentina)*

### I. Introducción

**M**e propongo analizar si en determinados casos que los jueces resuelven o deben resolver, casos que pueden calificarse como duros o difíciles, es posible afirmar que la función judicial asume rasgos propios de la función legislativa; los desarrollos del profesor Hart se orientan en este sentido.

Otros autores, como Dworkin, opinan que una respuesta semejante debilita los criterios diferenciadores entre las dos funciones del Estado, que tienden a identificarse produciéndose una subordinación de la judicial a la legislativa.

Pretendo analizar ambos modelos de adjudicación, y mi plan expositivo reconoce tres fases:

1. En la primera analizaré «el modelo refutado» por Dworkin de función judicial, que no es otro que el descrito por Hart; intentaré resumir sus principales tesis y las inconsistencias que le atribuye, de modo que se visualicen los problemas que el modelo alternativo debe superar.

2. En la segunda analizaré el modelo alternativo (al que Dworkin denomina «modelo de los derechos»), la relevante distinción que formula entre argumentos de principios y argumentos políticos, y el rol que la misma juega en los casos duros o difíciles convirtiéndose en la clave para superar las inconsistencias del modelo refutado.

3. En la tercera parte, sin ser exhaustivo, insinuaré algunas críticas que propongo al modelo alternativo o modelo de los derechos.

### II. El modelo refutado

Es la versión de Hart, que puede ser reducida a las siguientes tesis:

- i. El modelo subordina la función judicial a la legislativa.* Concibe al derecho de una comunidad como un sistema de reglas, las cuales son identificadas a través de criterios compartidos que permiten diferenciar las reglas jurídicas de otros conjuntos de reglas que rigen el comportamiento.

Es en base al sistema de reglas jurídicas que los jueces deben resolver las controversias que les sean sometidas.

*ii. El modelo admite la existencia de casos en la penumbra.* Los sistemas de reglas jurídicas presentan características similares a los lenguajes; por la ambigüedad, vaguedad o textura abierta de sus palabras, hay casos en los que no media certeza respecto a si están o no regulados por las reglas. Hart los denominaba casos de la penumbra, entendiendo por tales aquellos que se suscitan por problemas de vaguedad o textura abierta del lenguaje normativo. Casos en la penumbra se verifican en consecuencia en todas las reglas del sistema.

Entendemos que una noción diferente y con la que no debe confundirse la noción de caso en la penumbra la constituye la noción de caso difícil que desarrollan varios autores.

Así Neil MacCormick ha caracterizado a los casos duros o difíciles incluyendo en la noción *i*. Problemas de hecho, tales como los que ofrece su prueba (identificación de los hechos relevantes del caso), o de calificación para que se los incluya en un instituto jurídico u otro, y *ii*. Problemas de derecho, entre los que incluye los de interpretación, normas susceptibles de interpretarse en más de un sentido, o problemas de relevancia cuando no se sabe si existe una norma aplicable al caso [Neil MacCormick «Legal Reasoning and Legal Theory», Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1978, págs. 195 y sigts.].

Dworkin y Aulis Aarnio [«Lo racional como razonable», Centro de Estudios Políticos, Madrid, consideran que se está ante un caso duro o difícil cuando se verifica alguna de estas dos condiciones: *i*. Insuficiencia de norma, no hay una norma que de la solución del caso y *ii*. Problemas de interpretación de normas, consistentes en la concurrencia de varias reglas para la solución del mismo caso.

Con similar alcance Raz las denomina «disputas reguladas» y «disputas no reguladas» [«Derecho y Valor en la decisión judicial», en *La Autoridad del Derecho*, Cap. X, págs. 228 y siguientes].

En mi opinión la noción de caso en la penumbra no es equivalente o idéntica a la de caso difícil o disputa no regulada, ya que el primero es una propiedad común a todos los lenguajes y se presenta de ordinario, al segundo se les otorga un carácter de excepcionalidad.

Entendiendo la excepcionalidad en base a un criterio empírico, el grado cuantitativamente limitado o reducido de estas cuestiones, el problema consiste en indicar cómo los jueces resuelven estos casos en la penumbra (visión descriptiva), o sea, cómo de hecho resuelven los casos de la penumbra.

*iii. El modelo admite la discrecionalidad judicial:* Hart deja librada esta elección a la discrecionalidad del juez opinando que, en ejercicio de la

misma, puede, para resolver el caso de la penumbra, acudir a objetivos sociales o metas de la comunidad o criterios de la conveniencia e incluso a principios morales.

Dworkin analiza el significado que debe otorgársele a la noción de discrecionalidad adecuada en un tipo de contexto general, que alude a que alguien debe tomar decisiones que están sujetas a normas preestablecidas.

Distingue tres sentidos del concepto, dos de ellos débiles y uno fuerte, lo que significa que la norma o el standard que obliga a un funcionario a determinada conducta no específica o tipifica la conducta a observar permitiendo que sea el destinatario quien la determine en el caso.

Entendida la discrecionalidad en este sentido, no implica o equivale a libertad sin límites, toda vez que siempre hay estándares que enmarcan, que circunscriben las decisiones, tales como la equidad, buena fe, razonabilidad, eficacia, desviación de poder.

Se entiende el significado que se le asigna a la expresión «el juez debe decidir discrecionalmente»; significa que no hay norma que le pauté el sentido de la conducta a observar por el juez, el cual está facultado para determinarlo observando los límites muy generales que hemos determinado.

Es decir que, en definitiva, este modelo de la función judicial en los casos difíciles convierte al juez en legislador para el caso, toda vez que remite a su discrecionalidad la selección de la premisa normativa que le dé solución Dworkin, Ronald, «Los Derechos en serio», Ariel, Barcelona 1984.

El modelo descrito es tributario de varias críticas que intentan refutarlo; las sistematizamos a continuación:

**i. La crítica constitucional:** Una de las primeras críticas que afectan al modelo radica en que se evidencian incompatibilidades entre sus postulados y los ideales constitucionales, más específicamente el del instituto de la separación de poderes o de funciones.

Esta teoría pretende establecer una radical diferencia entre las competencias del ejecutivo, del legislativo y del judicial, preservando la autonomía de cada uno de ellos, y adviértase que este ideal no lo realiza el modelo hartiano presentado por Dworkin.

Por lo pronto al convertir al juez en un legislador para el caso le está otorgando una competencia que desdibuja los límites claros y precisos de la teoría y el ideal constitucional de la separación de poderes, toda vez que convierte al juez en legislador para el caso.

La función judicial extralimita sus competencias, y ello genera una incompatibilidad manifiesta entre los cometidos de la función judicial y las exigencias de las normas constitucionales.

De modo que si la separación de poderes se planteó como un diseño institucional que evita las arbitrariedades y posibilita crear las garantías de

controles y ajustes recíprocos entre los poderes, para que los derechos o libertades no resulten vulnerados, en la teoría en análisis se postula no sólo que la función judicial tiene sus propios objetivos específicos, sino que en casos también asume funciones legislativas.

**ii. La crítica democrática:** Ésta es la segunda crítica a que se expone el modelo. El argumento destaca que en toda sociedad democrática es al poder legislativo, caracterizado por ser un poder elegido democráticamente por el pueblo, o sea por la aplicación de la regla de la mayoría, a quien compete la función de establecer las normas que regulan los comportamientos sociales, crear derechos y obligaciones, prescribir qué conductas serán prohibidas, cuáles permitidas.

Si se admite, como en la descripción hartiana, que los jueces en ocasiones, en los casos duros o difíciles, también crean derechos, se está afirmando que a funcionarios que no han sido electos se les está delegando la representación de los intereses mayoritarios.

**iii. La crítica jurídica:** El modelo de adjudicación descrito se expone también a una crítica decisiva. Si en el caso difícil el juez no dispone de normas que den solución de modo directo al caso y debe establecer la premisa normativa como lo haría un legislador, resulta que la norma es posterior a los hechos a los que se aplicará.

Normas que no habían sido sancionadas se establecen para resolver hechos pretéritos. O sea que la creación judicial de derecho implica la aplicación retroactiva de normas.

### III. El modelo alternativo

El modelo alternativo propuesto por Dworkin procura:

*i. El modelo alternativo pretende establecer una diferencia relevante entre la función judicial y la función legislativa:*

Procurando reconciliar la tarea de la función judicial con la teoría política que inspira una democracia liberal, que le asigna el rol de reconocer los derechos que las partes tienen, y no el de crear derechos, que es propio de la función legislativa.

En su ya clásico ensayo sobre «El liberalismo», Dworkin ha sostenido que su tesis constitutiva o identificatoria, que lo distingue de otras moralidades políticas, es una concepción de la igualdad, que se traduce en el derecho de cada persona a ser tratada con la misma consideración y respeto.

Esta idea se conecta con el valor de la autonomía, entendido como la posibilidad que cada persona tiene de formular sus planes de vida e ideales de excelencia, proyectos personales, metas, y que en la medida en que no perjudique a terceros no puede ser interferida por el Estado u otras personas.

En una concepción liberal los denominados derechos individuales cumplen un rol relevante ya que operan como un perímetro protector ante pretensiones mayoritarias; son, en palabras de Dworkin, «cartas de triunfo» que los individuos disponen para rechazar las interferencias a sus proyectos vitales.

Sobre estas premisas Dworkin estructura su tesis de la función judicial, no caracterizándose por ser descriptiva, o sea, no repara en cómo de hecho los jueces deciden casos, sino que su perspectiva es proponer una tesis normativa que se plantea cómo los jueces deben resolver casos difíciles.

Le atribuye como principal función el reconocimiento y protección de los derechos individuales, y especifica la diferencia que encuentra con la función legislativa en el modo en que deciden y justifican sus decisiones los dos tipos de institución.

El criterio diferenciador que propone distingue entre *argumentos de principio*, entendiendo por tales un modo de justificar una decisión demostrando que tal decisión asegura o protege algún derecho individual o de grupo, esto es, que el destinatario de la decisión tiene el derecho a obtenerla, y *argumentos políticos* propios de la legislatura, que justifican una decisión demostrando que favorece o protege una meta colectiva. Estas últimas estimulan los intercambios de beneficios y cargas en el seno de la comunidad con el fin de producir algún beneficio global para la misma en su totalidad.

Por ello, si bien los destinatarios de la decisión no tienen derecho a ella, adoptarla se traduce en una medida que beneficiará a la comunidad en su conjunto.

El núcleo central de la distinción propuesta radica en que los argumentos de principio pueden o deben en casos desplazar la consideración de los objetivos políticos, o sea, que resultan gananciosos en una competencia entre los mismos.

Afirma que los jueces no deben, aunque de hecho lo hagan, resolver casos difíciles en base a argumentos políticos, toda vez que los únicos legitimados o autorizados para establecer o modificar derechos son los órganos elegidos para representar a las mayorías.

Precisamente el carácter de órgano no representativo de las mayorías le permite al órgano judicial apartarse de las tendencias mayoritarias y afirmar frente a ellas los derechos individuales de la gente.

*ii. El modelo alternativo no admite la discrecionalidad judicial:*

Repárese en que, al afirmar que en los casos difíciles, con los alcances que les hemos asignado, el juez debe acudir para resolverlos a principios, Dworkin intenta eliminar la discrecionalidad del juzgador conforme la definió.

La idea que él tiene es bien conocida: apela a principios, de los que nos da dos conceptos diferentes. El primero de ellos es negativo, en el sentido de que define a los principios como todos los estándares que no son normas.

En un segundo momento distingue entre estos dos conceptos positivos: directrices de política y principios propiamente dichos.

Los principios en sentido fuerte son definidos como exigencias de justicia o de otra dimensión de la moralidad, o sea, como lo precisa en *El Imperio del Derecho*, son principios en base a los cuales toda sociedad estructura sus instituciones o leyes; precisamente si hay un caso difícil el juez debe aplicarlos para obtener la premisa normativa que decidirá la cuestión.

O sea, se trata de principios de moralidad pública o moral institucional que pueden contribuir a resolver los casos no previstos en el sistema jurídico ponderando entre los mismos cuál ofrece la mejor justificación posible y evitando la discrecionalidad del decisor.

*iii. El modelo alternativo evita aplicar derecho retroactivamente:*

Se infiere del desarrollo precedente que si el juez justifica el derecho que reconoce en un caso difícil en un principio, ello significa que no aplica una solución que se diseña con posterioridad a los hechos del caso, por cuanto el principio precede a la solución del caso.

#### **IV. Puede afirmarse que el de Dworkin es un modelo alternativo**

Como conclusión y sin dejar de reconocer el ponderable esfuerzo del autor por afirmar los derechos individuales y perfilar las características diferenciales y propias de la función judicial, entendemos que el camino emprendido no es fecundo.

No puedo detenerme en extenso en estas consideraciones, sólo enunciaré algunas líneas refutables del modelo alternativo expuesto, que el mismo Dworkin a mi juicio relativiza en dos ocasiones:

a. Primero, cuando advierte que decidir en un contexto histórico si una decisión determinada ha sido adoptada siguiendo argumentos u objetivos políticos o de principio no resulta simple de resolver.

b. En segundo lugar, por el carácter intercambiable de los objetivos o metas políticas y de los argumentos de principios, ya que ello depende del lugar y función de cada uno de ellos en una teoría política única. Lo que para una teoría resulta un objetivo político para otra puede ser concebido como un derecho.

El argumento resulta en definitiva que Dworkin no afirma el carácter absoluto de los derechos, y en consecuencia al afirmar su relatividad admite que los mismos puedan ser desplazados por otros derechos o por objetivos.

Sentado ello, la primera línea de crítica que puede formularse radica en la circunstancia de que no se ha logrado formular un criterio claro para diferenciar Principios de Directrices; esto especialmente resulta muy claro, ya que Dworkin identifica principios con derechos individuales.

Pero, como sugiere Robert Alexy, no hay razón para no identificar como principios ciertos bienes colectivos como el afianzamiento del sistema democrático, o la salud pública, o la protección del medioambiente, que suponen o también revisten carácter de metas colectivas.

Concluye afirmando que él prefiere la definición negativa o amplia de principio que admite las dos clases de la posterior clasificación Dworkiniana, entre directrices y principios.

A su vez debe considerarse como otro argumento que en casos no hay otros argumentos que apelar a consideraciones de bienestar colectivo o a razones de interés público, que en el análisis de Dworkin aparecerían como objetivos de políticas.

En síntesis esta apretada revisión crítica destaca que los criterios propuestos por Dworkin no pueden sostenerse; en consecuencia, que sobre esas bases no puede fundarse la importante distinción que intentó perfilar entre la función judicial y la función legislativa.



**DOXA 21-II (1998)**

---