

N° 193
AÑO LXI
ENERO - JUNIO 1993
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

RONALD DWORKIN. SOBRE LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL ¹

MARCELO TRONCOSO ROMERO
Colaborador Académico
Depto. Filosofía del Derecho
Universidad de Concepción

Ronald Dworkin es el sucesor de Hart en la cátedra de jurisprudencia de la Universidad de Oxford y uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona en la actualidad. Su examen crítico al positivismo jurídico, "particularmente en la poderosa forma que le ha dado el profesor H.L. Hart", ha suscitado gran interés, que ha resultado en un provechoso diálogo y ha provocado a su vez nuevas discusiones sobre distintos temas de interés para la filosofía del derecho ².

Uno de estos temas es el motivo de este artículo. La teoría de la función judicial fundada en la tesis de la discreción.

Como dijimos, Dworkin elabora su teoría contraponiéndola al positivismo de Hart, o para ser más precisos, a las tesis positivistas que a su entender defiende Hart.

El modelo positivista de las normas que Dworkin se dispone a atacar es caracterizado como sigue:

a) El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos. Estas normas especiales, continúa Dworkin, pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su pedigree u origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron. Estas pruebas se pueden usar para distinguir las normas válidas de las espurias (aquellas que abogados y juristas defienden

¹ Para el análisis de este tema hemos tenido a la vista principalmente el ensayo *El modelo de las normas (I)*, de Ronald Dworkin, contenido en el Capítulo 2 "Los derechos en serio", Edit. Ariel, 2a. edición, 1989, págs. 65 y ss.

² En el mismo volumen de "Los derechos en serio" ya citado se encuentra un apéndice en que se contienen las respuestas que el mismo Dworkin ha dado a algunas de las críticas que se le han formulado. En las notas respectivas están citados también los artículos y ensayos en que dichas críticas se han formulado.

equivocadamente como reglas de derecho), y también otros tipos de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término de "normas morales") que la comunidad sigue pero que no impone mediante la fuerza pública.

b) El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de derecho, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir aplicando la ley. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que "ejerza su discreción", lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente ³.

c) Decir que alguien tiene una obligación jurídica equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga. Decir que un hombre tiene un derecho jurídico, o que tiene algún tipo de poder jurídico, o un privilegio o inmunidad jurídica, es una forma taquigráfica de aseverar que otros tienen obligaciones jurídicas reales o hipotéticas, de actuar o de no actuar de ciertas maneras que a él le afectan. En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica; de ello se sigue que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto ⁴.

Nosotros nos ocuparemos principalmente de la segunda tesis que Dworkin atribuye al positivismo jurídico, en su versión hartiana, y que se conoce como tesis de la discreción judicial.

Según Dworkin la teoría positivista de la función judicial, basada en la tesis de la discreción, es incapaz de dar cuenta de la complejidad del derecho.

Antes que nada es necesario saber ¿qué significa que los jueces tengan discreción?

Dworkin nos señala que los positivistas tomaron este concepto del lenguaje común y que para comprenderlo es necesario analizarlo en su contexto originario. ¿Qué significa, en la vida ordinaria, decir que alguien tiene discreción? Añade luego que este concepto sólo es adecuado en un único tipo de contexto: cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada. Siempre tiene sentido preguntar: "Discreción, ¿según qué normas? o ¿según qué autoridad? La discreción existe como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea.

³ En estos casos si el fallo impone una obligación o confiere un derecho, ni aquella ni éste son la actualización o reconocimiento de una obligación o derecho preexistente.

⁴ Sobre el punto es interesante el ensayo de Carrió *Dworkin y el positivismo jurídico*, págs. 319-371, en notas sobre derecho y lenguaje, 4a. edición, Abeledo-Perrot, 1990. Vid. en especial págs. 324 a 328. Allí Carrió se da a la tarea de explicar los distintos sentidos en que se ha usado la expresión positivismo; como teoría, como ideología (que en su versión extrema sostiene que existe un deber moral de obedecer los requerimientos de las reglas y estándares del derecho positivo, cualquiera sea el contenido de ellos) y como enfoque. Luego de analizarlos a la luz de la teoría de Hart concluye que éste es positivista en el tercer sentido, esto es, de aquellos que sostienen que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral, o dicho de otro modo que admiten la posibilidad de reglas jurídicas inicuas, y que no sostiene ninguna de las tesis que postula el positivismo como teoría.

Sin embargo, el significado exacto de discreción se ve afectado por las características del contexto, tal como sucede con todos los términos. Por ello se hace necesario distinguir entre los diversos sentidos de discreción para que luego de analizar cada uno, podamos identificar aquel que se acomoda al significado que los positivistas le dan a su tesis de la discreción.

Dworkin distingue tres sentidos, dos sentidos que llama débiles y otro que llama sentido fuerte.

SENTIDO DÉBIL 1

Hablamos de discreción en un sentido débil simplemente para decir que por alguna razón las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen un discernimiento.

En este sentido débil podemos afirmar que discreción es sinónimo de buen juicio.

SENTIDO DÉBIL 2

A veces usamos el término en un sentido débil diferente, para decir únicamente que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario.

Hablamos así cuando el funcionario forma parte de una jerarquía de funcionarios estructurada de tal manera que algunos tienen autoridad superior, pero en la cual las pautas de autoridad son diferentes para las distintas clases de decisiones.

SENTIDO FUERTE

Junto con descartar que alguno de estos sentidos sea el que usan los positivistas, enuncia el llamado sentido fuerte.

A veces hablamos de discreción para afirmar que un funcionario, respecto a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad.

En este tercer sentido fuerte decir que un juez ejerce discreción significa que es libre de decidir el caso en favor del actor o del demandado, porque no está jurídicamente obligado a decidir de un modo determinado. Esto no quiere decir que el juez no pueda ser criticado por no usar el buen juicio (discreción en sentido débil) para llegar a su decisión. No obstante, la decisión no puede calificarse de contraria al derecho, porque éste no impone al juez deber alguno, sino que le confiere la potestad de decidir el caso de una u otra manera.

La tesis positivista de la discreción judicial puede enunciarse como sigue:

"Al decidir un caso el juez comienza examinando las reglas del sistema. Si ellas dan la respuesta, la decisión del juez es sencilla y el caso es fácil. Si por el contrario el caso es difícil porque no hay reglas cuyas áreas de significado comprendan el caso, el juez simplemente hace a un lado las reglas jurídicas y actuando como lo haría el legislador crea una nueva regla general -una regla que él considera más adecuada desde el punto de vista de la política social y de la moral- y

la aplica retroactivamente al caso sublite, que queda así resuelto" ⁵.

Según Dworkin es un error concebir a los jueces como órganos políticos creadores de derecho; su función y la razón de ser de su autoridad reside precisamente en garantizar los derechos del ciudadano de acuerdo con el orden jurídico vigente ⁶. Este error positivista deriva de la tesis de que el derecho está compuesto sólo por aquellas normas que satisfacen los criterios de una regla maestra, como la regla de reconocimiento de Hart.

El juez tiene el deber, incluso en los casos difíciles, de descubrir cuáles son los derechos de las partes en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos ⁷.

De este modo, el núcleo más importante de su crítica al modelo de la función judicial positivista está centrado en el tema de los casos difíciles y consiste en una verdadera reformulación del concepto de derecho.

Cuando los juristas razonan o discuten sobre derecho y obligaciones jurídicas, especialmente en los casos difíciles, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de modo diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas ^{8,9}.

Un caso es difícil si existe incerteza, sea porque existen varias normas aplicables que determinan sentencias distintas -porque las normas son contradictorias-, sea porque no existe norma exactamente aplicable ¹⁰. En estos casos, es decir, "cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez -de acuerdo con esa teoría- tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido" ¹¹.

Según nuestro autor, frente a un caso difícil no es buena solución dejar en libertad al juez, porque éste no está legitimado para dictar normas ni mucho menos para darles efecto retroactivo, si es que nos tomamos la democracia en serio.

Dworkin ataca la doctrina de la discreción judicial enunciando la tesis de la respuesta correcta, proponiendo un modelo de juez omnisciente que es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos ellos. Es el denominado juez Hércules.

⁵ Carrió, Genaro, op.cit., pág. 356.

⁶ Luis Prieto Sanchis, *Ideología e Interpretación jurídica*, pág. 67, ed. Tecnos, 1987.

⁷ *Los derechos en serio*, pág. 146.

⁸ *El modelo de las normas (I)*, pág. 72.

⁹ Normalmente usa estas tres expresiones como sinónimos, sin embargo, existe entre ellas una diferencia. Llama directriz (política) al tipo de estándares o pautas que proponen un objeto que ha de ser alcanzado, generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (si bien algunos objetivos son negativos en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos).

Llama principio a un estándar o pauta que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure alguna situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral.

¹⁰ Calsamiglia, Albert. "Ensayo sobre Dworkin", pág. 13 en el Prólogo de "Los derechos en serio".

¹¹ "Los casos difíciles", capítulo 4, de "Los derechos en serio", pág. 146.

El profesor de Oxford está consciente de que muchas veces el conjunto de leyes y precedentes resulta insuficiente para solucionar algunos de los casos sometidos a la decisión de los tribunales. Pero sostiene que es erróneo concebir el derecho de una comunidad sólo como el conjunto de reglas aplicables del modo todo o nada que satisfacen los criterios de la regla maestra. El derecho comprende además principios ¹². Sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas, el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios.

Los principios sí, no contienen una solución al caso concreto sino que nos dan razones para decidir en una u otra dirección. Los principios tienen una dimensión de peso de que carecen las normas, peso que dependerá de las circunstancias del supuesto de hecho. Son además dinámicos y cambian con rapidez, por ello su aplicación no es automática (como la aplicación de las normas), sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría.

Para la decisión de un caso difícil se le debe exigir al juez la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión. No existe, sin embargo, una jerarquía preestablecida de los principios por lo que es posible que se construyan teorías coherentes que justifiquen respuestas distintas, en cuyo caso Dworkin recomienda acoger la teoría que justifique y explique mejor el derecho histórico y el derecho vigente.

El juez en un caso difícil debe balancear los principios e inclinarse por el de mayor peso.

De este modo Dworkin resuelve el problema, los jueces no crean derecho, porque en realidad, los principios y las directrices políticas a que recurren para resolver los casos difíciles, ya forman parte del derecho. Dicho de otro modo, en el derecho no existen lagunas, al contrario existe siempre una respuesta correcta para la solución de cada caso.

¹² Vid. Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, pág. 67.