

El problema de la discrecionalidad judicial*

ANTHONY T. KRONMAN**

Martin Golding realizó un trabajo de gran utilidad para nosotros al describir de forma resumida muchos de los principales temas que han ocupado el centro de la teoría del Derecho norteamericano a lo largo del último siglo. De la variedad de temas que describe, me gustaría tomar uno en especial y realizar algunos comentarios al respecto. Elijo este tema en particular porque su presencia en la Filosofía del Derecho norteamericano como materia de controversia y debate ha sido, en cierto modo, una característica distintiva de nuestra tradición jurisprudencial. La obsesión norteamericana con el problema que estoy por explicar es, en mi opinión, característica de nuestra cultura jurídica, y es además interesante preguntarse, aunque no sea yo quien vaya a dar la respuesta, por qué esto es así. ¿Por qué nos hemos preocupado tanto –por momentos, parecería, casi obsesivamente– por este problema en particular antes que por cualquiera de los diferentes asuntos que podrían, de igual modo, haber llamado nuestra atención?

El problema del que estoy hablando es el de la discrecionalidad judicial; un problema planteado por la caracterización que hace Holmes

* Publicado originalmente en inglés como KRONMAN, Anthony T., "The Problem of Judicial Discretion", en *Journal of Legal Education*, vol. 36, nro. 4, 1986, p. 481. Los editores agradecen al autor y al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por María Natalia Rezzónico, estudiante de la carrera de traductorado público, UBA.

** Profesor de Derecho *Edward J. Phelps* en la Universidad de Yale. Los presentes comentarios fueron desarrollados en el "AALS Workshop on Jurisprudence and Legal Philosophy and Their Application to the Basic Curriculum", que tuvo lugar del 20 al 22 de marzo de 1986, en Filadelfia. Han sido ligeramente editados para su publicación. El lector debería tener en cuenta que no posee ciertas de las características que habitualmente se espera encontrar en un artículo formal.

de la adjudicación como una forma de legislación. En *The Path of the Law*, Holmes sostiene que los jueces, al momento de decidir en un caso, deben necesariamente actuar como legisladores dado que las normas legales vigentes no pueden restringirlo del modo que la concepción del Derecho de Langdell sugiere. Siempre existe un espacio para la discrecionalidad (Holmes no dijo “siempre”, pero sí lo hicieron sus seguidores en la década del 30) que le da al juez libertad de movimiento, libertad para decidir que el caso que está analizando requiere que se aplique cierto principio o política en lugar de otro, un espacio para la discrecionalidad en el que los procesos de decisión del juez no están y no pueden estar mecánicamente predeterminados por la legislación vigente.

La idea de que en el proceso de adjudicación existe un elemento irreducible de libre creatividad, de libertad de interpretación, que se deja de lado, por decirlo de algún modo, luego de que se toma conciencia de todas las normas que pueden llegar a aplicarse en el caso en cuestión es hoy en día una idea tan familiar, tan obvia, que ha perdido todo el poder de asombrar o incomodar que originalmente tenía. A pesar de su obviedad, sin embargo, la caracterización que hace Holmes de la adjudicación como una especie de legislación dio origen a un problema que aún se encuentra en el centro de nuestras preocupaciones: el problema de cómo justificar la legitimidad de la adjudicación cuando se la concibe desde esta nueva perspectiva de Holmes.

Si los jueces son legisladores y no adjudicadores que simplemente aplican las normas que están autorizados a aplicar en los casos que se les presentan, ¿qué es lo que da legitimidad o autoridad a sus decisiones? Ésta es una pregunta difícil, y por más obvia que pueda parecer la opinión de Holmes como punto de partida para el análisis, es una pregunta a la que nosotros aún no hemos tenido ninguna respuesta segura. Sería imposible, en el poco tiempo que tengo, describir, incluso en forma esquemática, la enorme variedad de respuestas que se propusieron para el problema de la discrecionalidad judicial. Me gustaría, sin embargo, decir algunas palabras sobre dos de dichas respuestas. Éstas, aunque no representan las únicas alternativas, han demostrado ser lo suficientemente plausibles como para ganar una gran cantidad de adeptos y para mantener su adhesión a lo largo de un siglo entero.

La primera respuesta puede ser expresada de la siguiente manera: el problema de la concepción de Derecho que tiene Langdell es su extremadamente acotada caracterización de qué es el Derecho, de qué debe incluirse en nuestra concepción del sistema legal en sí mismo. Si uno piensa que el Derecho está formado sólo por normas relativamente rígidas e inequívocas, entonces el problema de la discrecionalidad judicial está destinado a parecer tanto inevitable como irresoluble. Pero sería inocente pensar que eso es todo lo que contiene el Derecho. Este último incluye más que sólo los principios que se nos vienen a la mente al referirnos a las normas legales; incluye, además, por ejemplo, los que Ronald Dworkin llamó políticas y principios, criterios de decisión que tienen una generalidad y una amplitud que los distingue de las normas legales como se las concibe tradicionalmente. Si agregáramos dichas políticas y principios a nuestra concepción de qué incluye típicamente el orden legal estaríamos realizando un gran avance en dirección a la postura según la cual el problema de la discrecionalidad ya no parece tan difícil y aterrador. Los principios y políticas orientan en la interpretación de las normas rígidas en situaciones en las que puede haber interpretaciones diferentes y contradictorias de las normas en sí mismas, y también llenan mucho del espacio de discrecionalidad que existe incluso cuando han sido tenidas en cuenta todas las normas. Por lo tanto, el juez que tiene la obligación de aplicar el Derecho, considerando que éste implica no sólo normas sino también políticas y principios, tiene una discrecionalidad considerablemente menor que la que podría decirse que tiene si el Derecho que tuviera que aplicar consistiera únicamente en normas.

Si lo pensamos por un momento, sin embargo, es obvio que el problema de la discrecionalidad volverá a aparecer con respecto a los mismísimos principios y políticas que trajimos a colación a los efectos de solucionar la dificultad creada por la concepción de Derecho que tiene Langdell. Tanto las normas como los principios y las políticas funcionan perfectamente en parte por su generalidad y amplitud. Es justamente esta característica, sin embargo, la que los pone en contradicción entre sí y los hace finalmente indecisivos al aplicarlos a los interrogantes planteados por los casos particulares. Es decir, si existe discrecionalidad para aplicar una norma legal en particular de una manera u otra, entonces también habrá discrecionalidad para aplicar los principios y políticas.

Por lo tanto, acudir al auxilio de ellos puede dar la idea de que no se ha hecho nada más que ir de mal en peor. En respuesta, se ha sugerido que en lugar de tratar de resolver el problema de la discrecionalidad agregando elementos al inventario de los que incluye el orden legal deberíamos repensar el proceso de adjudicación en sí mismo. Cuando un juez decide un caso, lo hace no como un individuo aislado sino como miembro de una comunidad profesional que carga en sí misma una tradición intelectual y moral. Profundamente inmerso en esa tradición, el juez se ve a él mismo como habilitado a decir sólo ciertas cosas e inhabilitado a decir otras. La tradición de pensamiento en la que está situado el juez, y dentro de cuyo horizonte enfrenta su tarea, lo restringe en las decisiones discrecionales que realiza. La manera de erradicar “el mal” de la discrecionalidad, se sugirió, consiste simplemente en tener en cuenta el hecho obvio de que cuando los jueces deciden casos, lo hacen sujetos a las restricciones que surgen de un conjunto de impresiones comunes que comparten con los otros miembros de la comunidad interpretativa a la que pertenecen. Esta es la opinión que Karl Llewellyn desarrolló fuertemente en sus últimos escritos, y que fue recientemente adoptada y vigorizada por Stanley Fish y por mi colega Owen Fiss.

Un segundo acercamiento al problema de la discrecionalidad, diferente del que estuve describiendo, tiene su punto de partida en la famosa aseveración de Holmes, incluida también en *The Path of Law*. En dicho ensayo Holmes resalta que, aunque por el momento el Derecho pertenece al hombre del Derecho, el Derecho del futuro será hecho, tal como sostiene él, por el hombre de las estadísticas y de la economía. Lo que Holmes quiere decir, entiendo, es lo siguiente: incluyamos lo que incluyamos en nuestra concepción de Derecho, el orden legal en su totalidad seguirá estando impregnado por la ambigüedad y la inseguridad de que las posibilidades de encontrar alguna vez una base firme dentro de él son remotas. Para descubrir (o, mejor dicho, inventar) una base firme para las decisiones legales, debemos reemplazar el dominio del Derecho por el más amplio reino de la política. Sin embargo, si uno considera (al igual que Holmes, probablemente) que es posible identificar principios políticos fundamentales capaces de guiar la aplicación de las normas legales, y cree, además, que puede inventarse un procedimiento para aplicar dichos principios en un modo riguroso y disciplinado para la

decisión de casos específicos, entonces es muy probable que el problema de la discrecionalidad judicial deje de parecer tan incómodo como aparentaba. Los jueces que se hayan dado por vencidos con el derecho por encontrarlo desesperanzadamente indeterminado podrán encontrar alivio en una teoría política que prometa la objetividad y el rigor que el derecho ha demostrado que no puede ofrecer. Creo que uno puede decir que este segundo enfoque del problema de la discrecionalidad –al cual Holmes se aproxima y el cual es desarrollado sistemáticamente por escritores posteriores como Lasswell y McDougal y defendido, más recientemente, por Bruce Ackerman– se encuentra en la creencia optimista de que la ciencia política puede finalmente terminar por reemplazar a la ciencia del Derecho que Langdell había querido construir originalmente pero que Holmes y sus sucesores demostraron imposible en los términos que el mismo Langdell proponía. Este modo de tratar el problema de la discrecionalidad no confía en los conceptos de tradición y comunidad interpretativa, sino en las ampliamente diferentes nociones de ciencia y método científico.

Creo que uno puede llegar a rechazar ambas alternativas que consideré sosteniendo que la idea de una ciencia política es tan engañosa como la idea de una ciencia del Derecho, y atacando la noción de comunidad de comprensión interpretativa por intelectualmente vacía o ideológicamente cuestionable. ¿Pero qué nos queda si abandonamos ambas estrategias? Si damos el paso siguiente de abandonar completamente el intento de encontrar una solución satisfactoria al problema de la discrecionalidad judicial, y simplemente nos resignamos, como algunos actualmente sugieren, a la decisión infundada, nos quedamos, entiendo, con una concepción de adjudicación intelectualmente incoherente y moralmente quebrada. Y eso sería un asunto que iría más allá de la mera preocupación académica, dado que implicaría un golpe en el centro de nuestra concepción de integridad profesional y dañaría el orgullo que sentimos en el desarrollo de nuestro oficio.