

Comentario al artículo “*Rule of Law* y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, de Juan Ruiz Manero.

Hugo R. Zuleta

Universidad de Buenos Aires

En su interesante contribución, el profesor Juan Ruiz Manero señala algunas dificultades que presenta, a su juicio, la concepción del *Rule of Law* sobre la base del modelo que, siguiendo a Dworkin, denomina “libro de reglas”; sostiene que tales dificultades son superadas satisfactoriamente, en la generalidad de los casos, por la versión estándar de la teoría de la ponderación y señala dos limitaciones de esa teoría. Una de ellas consistiría en la imposibilidad de preservar el ideal del *Rule of Law* en situaciones en las que los principios en conflicto exhiben tensiones irresolubles entre sí, que impiden la formulación de reglas relativamente estables. La otra se refiere a la incapacidad de la teoría estándar para dar cuenta del papel en el derecho y en el razonamiento jurídico de ciertos principios que considera imponderables y cuyo alcance se limita al plano justificativo, sin que tengan un alcance directo como guías de la conducta.

Me propongo discutir algunos puntos de su trabajo que me suscitan objeciones o dudas.

Con relación a las dificultades que enfrenta la concepción del *Rule of Law* como libro de reglas, concuerdo con Ruiz Manero en que existen todas las que él señala, esto es, (i) la imposibilidad de resolver de acuerdo con las reglas en los supuestos de laguna normativa, (ii) la necesidad de optar por alguna de las reglas en conflicto en los casos de antinomia, (iii) la necesidad de reformular el alcance de las reglas en los supuestos de indeterminación semántica y (iv) la posible existencia de casos genéricos cuya regulación puede resultar inadecuada, de acuerdo con cierto criterio axiológico, con relación a algunos supuestos comprendidos en el caso genérico en cuestión.

Ahora bien, Ruiz Manero sostiene que sólo la teoría de la ponderación permite resolver estos problemas en una forma que no resulte arbitraria, mediante la introducción de una nueva regla general “relativamente estable” que resulte de la ponderación de los principios en juego, ya que en “cualquier visión del *Rule of Law* que no vaya más allá del modelo del libro de reglas no puede evitarse que la solución de determinados casos esté abocada a la pura arbitrariedad o a implicar anomalías valorativas graves”. En tal sentido afirma: “Si entendemos que en todos

estos supuestos, de inexistencia o de inadecuación de las reglas preexistentes, es la ponderación entre principios lo que determina la regla que hemos de construir el caso, es preciso, si queremos preservar el ideal del *Rule of Law* que podamos sostener que la construcción de tal regla puede y debe ser una operación jurídicamente guiada, y no discrecional”.

En este punto, me parece, en primer lugar, que es necesario distinguir entre “arbitrario” y “discrecional”. Una decisión arbitraria es una decisión antojadiza, no basada en razones. “Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón” define el diccionario de la RAE. Por otra parte, discrecional es, según el mismo diccionario, aquello “que se hace libre y prudencialmente”, es decir con “sensatez o buen juicio.”

Ahora bien, es sabido, y creo que no está en discusión, que los jueces tienen el deber de fundar sus decisiones en razones públicamente defendibles, tanto cuando resuelven sobre la base de reglas preexistentes como cuando deben crearlas, ya sea porque existe una laguna o por algún otro motivo. Pero cuando la regla es creada por el juez, la decisión es discrecional aunque sea fundada convincentemente. Las razones que se invoquen para la creación de una regla pueden consistir, desde luego, en la invocación de principios incorporados al sistema jurídico. Sin embargo, me parece que el hecho de que el juez afirme que el caso X debe resolverse en determinado sentido porque, luego de ponderar los principios A y B, que determinaban soluciones opuestas, encontró que el principio A pesaba en el caso más que el principio B, no hace a la decisión menos discrecional. Por supuesto, la argumentación puede ser refinada e incluso llegar a extremos de sofisticación tales como la conocida fórmula del peso de Robert Alexi, pero, puesto que no se ha inventado aún una balanza para pesar principios y no existe una operación generalmente aceptada y públicamente controlable que permita determinar unívocamente el peso relativo de los principios en juego, la decisión no deja de ser discrecional.

La segunda cuestión que me genera algunas dudas se vincula con la cuarta dificultad del libro de reglas que planteaba Ruiz Manero, esto es, “aquellos supuestos en los que el caso presenta propiedades adicionales a las tenidas en cuenta en la regla y estas propiedades adicionales son lo suficientemente relevantes –desde el punto de vista de los valores que el derecho incorpora- como para exigir una solución normativa diferente.” Estos supuestos son una clase de lo que Alchourrón y Bulygin denominaron “lagunas axiológicas”.

Conviene recordar que, cuando un sistema normativo determina una solución para un caso genérico, definido por cierto conjunto de propiedades, esa solución es aplicable a todos los

casos más finos, entendiendo por tales aquellos que se definan sobre la base de esas mismas propiedades y algunas otras. Así, la solución establecida para el caso genérico definido por las propiedades A y B valdrá para el caso genérico más fino definido por las propiedades A, B y C.

Si se concibe a las normas generales como una clase de enunciados condicionales, esto no es más que la aplicación de la ley lógica de refuerzo del antecedente.

Ahora bien, podría ocurrir que la propiedad C, si bien es irrelevante de acuerdo con las reglas en juego, ya que su presencia no modifica la solución establecida, sea relevante desde el punto de vista de algún sistema axiológico, es decir, que se considere que la solución para los casos que presentan las propiedades A, B y C debería ser diferente de la que corresponde a los casos en los que están presentes las propiedades A y B, pero no está C. Estos son los supuestos de laguna axiológica.

Esta caracterización, sin embargo, resulta ambigua, como ha observado agudamente Jorge Rodríguez, pues deben distinguirse dos conceptos de laguna axiológica, un concepto prescriptivo y un concepto descriptivo. “[D]e conformidad con el primero, predicar la existencia de una laguna axiológica constituirá un enunciado de crítica a un sistema normativo (un enunciado prescriptivo) formulado desde el punto de vista interno de otro sistema normativo (el sistema axiológico del intérprete). De conformidad con el segundo, predicar la existencia de una laguna axiológica constituirá un enunciado interpretativo de cierto conjunto de formulaciones normativas a través del cual se pretende reconstruir las intenciones del legislador. Este último sentido de laguna axiológica no necesariamente debe poseer carácter valorativo o prescriptivo, sino que predicar la existencia de una laguna axiológica en este sentido puede limitarse a constatar (describir) que aunque el legislador no haya atribuido expresamente relevancia normativa a cierta propiedad, ella ha de considerarse (descriptivamente) relevante en el sistema de conformidad con lo que surge de otras normas dictadas por el legislador que permiten reconstruir el sistema axiológico por él presupuesto”.

Entiendo que las lagunas axiológicas que tiene en mente Ruiz Manero son las que corresponden al sentido descriptivo, ya que se refiere a propiedades no tenidas en cuenta en la regla pero que son relevantes desde el punto de vista de “los valores que el derecho incorpora”. En este punto, mi duda se vincula con la forma en que se determinan esos valores, cuestión sobre la cual el profesor español nada dice. Si tomamos como referencia la caracterización hecha por Jorge Rodríguez que transcribí arriba, el sistema axiológico supuesto en el orden jurídico positivo se determinaría a partir de las normas expresamente dictadas. Sin embargo, me parece que no se puede dar por sentado que siempre será posible determinar,

sobre esa base, un conjunto de valores coherente. En efecto, una condición de coherencia de todo juicio de valor es la transitividad, es decir que la afirmación de que A es mejor que B y B es mejor que C implica que A es mejor que C. Sin embargo, ningún procedimiento de decisión colectiva de tipo mayoritario, es decir, basado en algún tipo de regla de mayoría, puede garantizar ese tipo de coherencia, como muestra la paradoja del voto y prueba con alcance general el teorema de Arrow.¹ En consecuencia, se presenta una tensión entre nuestros ideales democráticos y nuestro ideal de coherencia valorativa. Si queremos vivir en democracia, parece que deberíamos estar dispuestos a aceptar regímenes por reglas que produzcan alguna incoherencia axiológica en algunos casos.

En relación con esta cuestión, cabe preguntarse cuál es el papel de las reglas en la decisión judicial, de acuerdo con la concepción de Ruiz Manero o, más exactamente, si hay algún supuesto en que la existencia de la regla sea la razón que determina la decisión.

Hemos visto que, en su visión, las reglas no satisfacen la ley de refuerzo del antecedente ya que siempre se pueden presentar propiedades no contempladas en la regla que determinen la necesidad de realizar una operación de *distinguishing*, es decir, dividir el caso genérico en dos casos genéricos más finos y crear una nueva regla para uno de esos casos más finos; regla que solo tendrá una estabilidad relativa, pues “valen, se supone, en tanto que un nuevo caso individual no presente una propiedad adicional, no contemplada en la regla, lo suficientemente relevante como para exigir una nueva regla *más fina* que la anterior”. Ahora bien, todo caso individual presenta propiedades adicionales a las contempladas en la regla en la que se subsume, y las propiedades no vienen naturalmente clasificadas en relevantes y no relevantes. Parece entonces que la decisión de todo caso individual requiere que el juez establezca si las propiedades que presenta, además de las definitorias del caso genérico al que pertenece, son suficientemente relevantes desde el punto de vista de los valores que el derecho incorpora como para resolverlo de un modo diferente. Pero si el juez está facultado para apartarse de las reglas cada vez que encuentra que estas presentan, en su aplicación al caso individual, una incoherencia axiológica que el juez evalúe como grave, parece que las

¹ La paradoja del voto muestra que en un conjunto de más de dos alternativas, si se computan las preferencias de los miembros de la sociedad para cada una de las alternativas y se establece la decisión social por medio de la regla de mayoría, se pueden obtener juicios de preferencia social circulares, es decir, A es preferible a B, B es preferible a C y C es preferible a A. El teorema de Arrow prueba que ningún procedimiento de decisión colectiva que produzca juicios de preferencia social transitivos puede cumplir con un conjunto de condiciones que parece que debería cumplir todo procedimiento democrático.

Véase Arrow, K., *Social Choice and Individual Values*, Yale Univ. Press, New Haven and London, 1963.

reglas son superfluas o a lo sumo son solo consejos del legislador acerca de cómo promover ciertos valores, consejos que el juez puede seguir o no.²

Esta concepción del papel de las reglas no me parece convincente. Yo no niego que en ciertas circunstancias los jueces puedan estar moralmente justificados para apartarse de las reglas, ya sea por razones de equidad o por algún otro motivo, pero lo que me parece dudoso es que estén jurídicamente justificados, salvo cuando no es posible resolver de acuerdo con las reglas o cuando éstas los facultan expresamente a hacerlo de acuerdo con otros criterios.

Esta manera, a mi modo de ver, equivocada de entender el papel de las reglas está en la base del problema que Ruiz Manero plantea con respecto a la tensión irresoluble que en su ejemplo se presentaría entre el principio que establece “debe ser lo prescrito por las autoridades normativas definitivas” y los principios constitucionales sustantivos. En su opinión, cuando el tribunal constitucional resuelve que una ley es constitucional a pesar de que manifiestamente no lo es, los tribunales inferiores se encontrarían ante el problema de tener que decidir de acuerdo con la constitución o de acuerdo con las decisiones del tribunal constitucional. Lo curioso es que Ruiz Manero se pregunta “¿qué debe hacer el juez al que le corresponde enjuiciar un caso subsumible en esa norma claramente inconstitucional pero que el tribunal constitucional ha declarado constitucional?” y a continuación enuncia la regla que resuelve claramente el problema, esto es, el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece “las sentencias recaídas en procedimiento de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE”. No se advierte, entonces, cuál es la tensión insoluble a la que se refiere el autor, ya que es muy claro que en ese sistema, en que el control de constitucionalidad es centralizado, los tribunales inferiores no tienen competencia para declarar inconstitucional una ley; su obligación es resolver de acuerdo con lo que dispone el tribunal constitucional, no de acuerdo con los principios constitucionales sustantivos. Esto no significa que el sistema jurídico renuncie a regular la conducta de las autoridades normativas definitivas que él mismo instituye, como afirma Ruiz

² Desde un punto de vista formal, suele caracterizarse la justificación de la decisión de un caso individual por subsunción en una regla general como un caso de aplicación de la regla lógica de separación o *modus ponens*, que permite deducir el consecuente de un condicional a partir de la afirmación conjunta del condicional y de su antecedente, donde el condicional es la regla general, el antecedente es la afirmación de que están presentes las propiedades definitorias del caso genérico y el consecuente es la solución normativa. Ahora bien, Carlos Alchourrón ha probado que en una lógica en que no es válida la ley de refuerzo del antecedente tampoco puede validarse el *modus ponens*. Por eso, teniendo en cuenta que para Ruiz Manero las reglas no cumplen con la ley de refuerzo del antecedente, considero necesario que explique de qué modo considera que una regla puede justificar la solución de un caso individual.

Manero. Lo que ocurre es que el sujeto normativo, es decir, quien tiene la obligación de decidir de acuerdo con los principios constitucionales sustantivos, es el tribunal constitucional, no los demás tribunales.

El tipo de situación que plantea nuestro visitante ha sido analizado por Hart en *El concepto de derecho*, donde la compara con la de un tanteador que no siguiera las reglas del juego: “Hasta cierto punto, el hecho de que algunas decisiones del tanteador sean claramente equivocadas no es inconsistente con que el juego continúe: ellas cuentan tanto como las decisiones obviamente correctas. Pero la extensión en que la tolerancia de las decisiones incorrectas es compatible con la existencia continuada del mismo juego tiene un límite, y esto halla un análogo importante en el campo jurídico. El hecho de que se toleren aberraciones oficiales aisladas o excepcionales no significa que lo que se juega ya no es *cricket* o *baseball*. Por otra parte, si estas aberraciones son frecuentes o si el tanteador repudia la regla de tanteo, llega un punto en el que o los jugadores ya no aceptan las decisiones aberrantes del tanteador, o si lo hacen están jugando otro juego”. Pero este no es un problema que se pueda resolver por las normas del sistema jurídico. Se trata, más bien, de las condiciones de existencia del sistema mismo. Como señala Hart, “[n]inguna regla puede ser garantizada contra las transgresiones o el repudio, porque nunca es psicológica o físicamente imposible que los seres humanos las transgredan o repudien, y si un número suficiente de hombres lo hace durante un tiempo suficientemente prolongado, la regla desaparecerá”.

La ponderación de los principios incorporados expresa o implícitamente en un sistema jurídico es un criterio para resolver tensiones internas del sistema, pero la subsistencia de éste no depende de lo que dispongan sus normas sino de las preferencias políticas de los miembros de la sociedad en que está destinado a regir.

Por último, Ruiz Manero se refiere a la necesidad de que la teoría estándar de la ponderación tome en cuenta la existencia de principios imponderables, “que incorporan conceptos valorativos ligeros que no operan como guía de la conducta sino a través de aquellos otros conceptos, más densos, que concretan sus exigencias.” Propone como ejemplo el principio de respeto a la dignidad humana, que —afirma— se sitúa en el plano justificativo más alto y sirve como fundamento y justificación de los derechos fundamentales, sin tener él mismo, virtualidad directiva, como guía de conducta.

Me pregunto si puede haber más de un principio con las características que Ruiz Manero atribuye al de respeto a la dignidad humana.

Mi duda se debe a que, si hubiera dos principios que justificaran los mismos derechos fundamentales, parece que serían equivalentes e indiscernibles. Por otro lado, si justificaran diferentes principios con virtualidad directiva, los que sí pueden ser objeto de ponderación, parece que los principios justificantes también se verían involucrados indirectamente en la ponderación y, por tanto, no serían imponderables.