

LA EXISTENCIA DE UN PODER JUDICIAL*

CARLOS SANTIAGO NINO **

1. INTRODUCCIÓN

Montesquieu¹ pensó que la libertad de las personas dependía de la separación del Poder Judicial, del Legislativo y del Ejecutivo y que esto implicaba que las sentencias de los tribunales deberían ser inalteradas es decir, deberían ser siempre conformes a la letra exacta de la ley. Si las sentencias fueran una opinión personal del juez, entonces los ciudadanos vivirían en sociedad sin conocer exactamente las obligaciones que recaen sobre ellos. Según Montesquieu, los jueces no debían ser más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres simplemente pasivos, incapaces de moderar siquiera su fuerza o rigor.

En esta caracterización del Poder Judicial, dentro de una Constitución democrática, hay tres requisitos fundamentales que están resumidos. El primero, que no es explícitamente indicado por Montesquieu pero que está en el concepto de la función judicial y expresa una virtud interna del rol, es que los jueces deben hacer justicia, que deben alcanzar decisiones

*[N. del T.] Artículo inédito impreso como documento de trabajo. Escrito en inglés con el título "The Existence of a Judicial Power". Traducido por Gustavo A. Beade (Universidad Austral de Chile). Quisiera aprovechar la oportunidad para agradecer a Gustavo Maurino por invitarme a formar parte del proyecto de investigación "Los Escritos de Carlos S. Nino" allá por el año 2008 y por empujarme a publicar esta traducción que quedó esperando durante tanto tiempo. También le agradezco por la ayuda durante el proceso de revisión a Juan Zelaya.

[N. del E.] La presente obra posee algunas notas al pie incompletas, cuya reconstrucción ha sido imposible. Para evitar cualquier error o distorsión, el Consejo Editorial de Lecciones y Ensayos ha decidido conservarlas tal cual han sido plasmadas por su autor, el Dr. Carlos S. Nino, en honor a su memoria y a su gran legado.

1. MONTESQUIEU, *The Spirit of laws*.

justificables para el caso que se les presenta sin la interferencia de prejuicios o intereses personales o grupales, o de presiones de otros poderes del Estado. Resulta algo obvio mencionar explícitamente este requisito, pero para algunas referencias relevantes de varias de sus implicancias, como la independencia de las otras ramas del gobierno, podría ser igual de tautológico que insistir en que los cuchillos deberían ser buenos para cortar o los doctores buenos al curar.

Lo que no resulta tan tautológico es el segundo requisito expresamente señalado por Montesquieu que establece que los jueces deben administrar justicia en una dirección previsible y segura. De este modo, los individuos podrán saber por adelantado cuáles son las decisiones que podrán eventualmente darse si un caso es llevado ante los tribunales. Esto permite, por supuesto, disuadir a los individuos de realizar comportamientos dañosos, coordinar diferentes estrategias de acción y, en general, garantizar que las personas disfruten de un marco de estabilidad normativa para emprender proyectos comunes y privados, sin interferencias sorpresivas.

El tercer requisito fue también explícitamente expresado por Montesquieu, aunque puede o no verse como tautológico de acuerdo a diferentes puntos de vista teóricos. Este es el requisito de que los jueces deben hacer justicia en una dirección previsible a través de la aplicación estricta de la ley cumpliendo un rol de agentes pasivos. No existe una única caracterización posible de la noción de "ley", según la cual su aplicación estricta sea garantizada lógicamente (desde que se refiere a los estándares que los jueces generalmente aplican), sino que también hay otra caracterización posible según la cual la aplicación de la ley supone hacer justicia en una dirección previsible (puesto que se refiere a los estándares que los jueces deberían aplicar en una dirección previsible). Pero dejando a un lado, por el momento, dichas caracterizaciones, este último requisito expresa, por supuesto, una condición básica de la política democrática: que solo a través de un procedimiento de discusión abierta, la decisión mayoritaria, transparente para los individuos, se establecen los *estándares* del bien y del mal a los cuales la sociedad debe someterse para ser establecidos y revisados. Los jueces, cuya estabilidad en el cargo les garantiza su independencia al juzgar, que son escasamente receptivos de las expresiones de la soberanía popular, deben, por ello, ser deferentes a las leyes promulgadas según este tipo de expresiones.

Quiero llamar la atención en este trabajo sobre un hecho que es, en un sentido, extremadamente familiar para todos nosotros; pero que, a la vez, resulta enmarañado por numerosas confusiones y equívocas y

que solo algunas de sus consecuencias son discutidas explícitamente. Así, estos tres requisitos fundamentales que definen el rol del Poder Judicial bajo una Constitución democrática son afectados por tensiones mutuas e incluso pueden ser inconsistentes entre sí, no por razones de una relación causal poco feliz, sino por los elementos que son inherentes a la estructura del razonamiento práctico: la naturaleza del Derecho y la supremacía de la Constitución. Si esto es así, la idea de un Poder Judicial –un cuerpo con acceso al aparato coercitivo del Estado a fin de hacer justicia conforme a la ley en un modo seguro y previsible– puede ser intrínsecamente dañado.

2. EL CONCEPTO DE DERECHO Y LA ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

A fin de analizar las tensiones inherentes entre los tres requisitos fundamentales dirigidos al Poder Judicial, permítanme empezar con el tercero de ellos, el de la aplicación estricta de la ley.

Por supuesto, el contenido de estos requisitos depende del concepto de Derecho que utilicemos. En estos días, hacer hincapié en el concepto de Derecho ha pasado de moda, desde que las viejas controversias alrededor de este concepto entre iusnaturalistas y positivistas o aquellas entre realistas y normativistas, se consideran irrelevantes. Estoy de acuerdo que esto es así en gran parte, pero no pienso que sea un acierto desestimarlos sin una idea clara de las razones por las que son irrelevantes, a menos que alguno de los restos de esta discusión comprometa en forma oculta en nuestro análisis.

A mi juicio, todas aquellas controversias acerca del concepto de Derecho fueron en gran parte irrelevantes, dado que las distintas partes involucradas emplearon implícitamente un estilo esencialista: según el cual puede haber solo una noción (verdadera) acerca de éste. De esta manera, cuando H.L.A. Hart defendió el positivismo en *The Concept of Law*, asumió que la única noción posible, por lo menos para ciertas preocupaciones teóricas, es una noción descriptiva que refiere a una práctica social y que da cuenta, desde un punto de vista externo, de juicios que son formulados desde un punto de vista interno. Y cuando Dworkin acusó² a Hart y a los positivistas en general de confiar en las prácticas sociales para justificar las

2. Ver DWORKIN, *Taking Rights Seriously*.

decisiones judiciales, asume que el único concepto de Derecho posible es un concepto normativo –aludiendo al estándar que los jueces deben reconocer– que es necesariamente usado en las propuestas justificativas.

Si resistimos el encanto de los esencialistas y reconocemos terminantemente que hay varios conceptos de Derecho que son usados actualmente en diferentes contextos y que cada uno de estos tiene sus ventajas y desventajas relativas al contexto, estamos en una mejor condición para analizar el tercer requisito fundamental dirigido al Poder Judicial, sin riesgo de que el vestigio de las viejas controversias distorsione nuestro análisis.

Los diferentes conceptos de Derecho que empleamos en diversos contextos se reflejan en las variadas nociones de ley, o de norma jurídica. A veces identificamos una norma jurídica con una práctica social, especialmente de los jueces, a veces con un acto lingüístico, especialmente de un legislador, a veces con un texto, especialmente un texto escrito y a veces con una proposición que es el contenido de dicha práctica, acto lingüístico o texto.

Permítanme hacer hincapié, por un momento, en las primeras tres nociones y preguntarnos qué sería aplicar estrictamente la ley asumiendo cualquiera de ellas. Al menos, ello significaría que la norma, así concebida, debería ser la premisa operativa en el razonamiento práctico del juez, que culminaría en su decisión.

Pero tan pronto como expongamos la cuestión en estos términos, observamos que con esta interpretación el tercer requisito estará en una categórica contradicción con el primero de ellos: si una norma jurídica es entendida como un verdadero fenómeno o entidad, ni ella ni tampoco una proposición que afirma su existencia puede ser una premisa operativa en un razonamiento práctico y, de esta manera, no puede conducir a una decisión justificada. Esto no es más que la aplicación del viejo principio humeano que establece una brecha entre juicios fácticos y juicios normativos (que solo acepto con algunas reservas).³ Desde la premisa 1, existe una práctica o un texto o un acto lingüístico estableciendo que "quien mata a otro debe ser castigado", no es posible deducir la conclusión que establece 2, "Juan, quien mató a otro, debe ser castigado". Un enunciado de hechos como el mencionado anteriormente es compatible con cualquier decisión y, de este modo, no puede justificar una decisión particular.

3. Ver de mi autoría NINO, *Ética y Derechos Humanos*.

Así, el requisito de que los jueces deben aplicar la ley estrictamente, puede tener solo una posibilidad de ser compatible con el requisito de que los jueces deben alcanzar decisiones justificadas si lo interpretamos como el empleo de una noción de norma jurídica que no refiere a hechos o entidades —o a sus descripciones—, sino a las proposiciones normativas, que son proposiciones en el sentido de que algunos actos son permitidos, prohibidos u obligatorios. Una premisa operativa en el razonamiento práctico judicial no debe ser un juicio como 1, "existe una práctica, texto o acto que establece que quien mata a otro debe ser castigado" sino un juicio como 1*, "quien mate a otro debe ser castigado".

Hasta el momento vamos bien. El tercero y el primero de los requisitos ahora parecen ser perfectamente compatibles, desde que la decisión del juez que decide que Juan, quien mató a otro, debe ir a la cárcel sobre la base del juicio 1* parece ser tanto la aplicación estricta de la ley, como así también el alcance una decisión justificada. Pero una duda incómoda merodea detrás de nosotros: ¿Cómo sabemos que el juez está aplicando la ley? ¿Cómo sabemos que el juicio que está trabajando como una premisa operativa en su razonamiento es una norma jurídica? Bien, alguien podría tranquilizarnos inmediatamente recurriendo a Kelsen: "Observe el contenido de la regla en el acto que es clasificado deontológicamente y, si es un acto coercitivo, es decir, una sanción o un castigo, ésta es una norma jurídica como contrapartida a una norma moral o religiosa. En este caso particular la respuesta es clara: lo que la norma prescribe es una pena, entonces es indudablemente una norma jurídica".

Pero sabemos desde hace mucho que esta respuesta es insatisfactoria, no solo porque, como se señala generalmente, existen normas jurídicas comúnmente reconocidas que no prescriben sanciones, sino, y más importante, porque los principios y las reglas morales también pueden prescribir sanciones. ¿No sería el caso, cuando nos encontramos con un juez que justifica sus decisiones sobre la base del juicio 1* que esté siguiendo su propia opinión moral, como había dicho Montesquieu?

Aquí, una segunda respuesta corriente vendrá fácilmente ante nosotros: identificamos las normas jurídicas, no por su contenido, sino por su origen. Si el juez toma en cuenta el juicio precedente porque fue promulgado o formulado por alguna autoridad política y no por su contenido, lo está tratando como una norma jurídica. En otras palabras, una proposición normativa como 1* opera en el razonamiento práctico del juez como una norma jurídica si llegó a esa conclusión, por así decirlo, debido a que un

juicio del tipo 0 "la autoridad L prescribió 'quien mate a otro debe ser castigado'" ingresó previamente en aquél razonamiento.

Pero si dejamos las cosas como están, llegaríamos a la conclusión de que si un juez aplica la ley su decisión no puede ser una decisión justificada. Un razonamiento basado en una premisa mayor 0 no puede conducir al juicio 1* y menos aún a la conclusión 2.

Entonces, necesitamos un puente entre las premisas fácticas y la conclusión normativa intermedia, lo que nos lleva a preguntarnos, de forma directa, cómo la premisa fáctica 0 entra dentro del razonamiento práctico del juez. La respuesta es clara: esto ocurre porque el juez aceptó el juicio previo -1 "La autoridad L debe ser obedecida", o "L es una autoridad legítima". Esta proposición normativa es lo que sirve de puente entre la premisa fáctica acerca de lo que prescribe L y la proposición normativa que prescribe que quien mate a otro debe ser castigado.

Por supuesto, alguien puede preguntar si esta premisa normativa adicional es una norma jurídica. Es muy posible que hubiera sido aceptada por sus orígenes autoritativos, dando una premisa normativa adicional que otorgue legitimidad a la autoridad. Pero este proceso de búsqueda de proposiciones del tipo de -1 y 0, una y otra vez legitimando una autoridad y la descripción de una de sus leyes, no puede continuar para siempre. El razonamiento práctico debe necesariamente terminar en alguna premisa normativa que sea aceptada, no por su origen, sino por sus méritos intrínsecos. Kelsen llamó a esta premisa la norma básica del razonamiento jurídico, si bien él la distinguía por el hecho de que no era realmente aceptada sino solo presupuesta hipotéticamente, al efecto de referirse a la ley en términos normativos, esto es extrayendo juicios normativos de actos lingüísticos y prácticas sociales. Pero desde una premisa normativa hipotética solo se deduce una decisión hipotética —es por eso que Kelsen solo concibe a la norma básica como un instrumento para el pensamiento jurídico académico y no para un razonamiento práctico judicial. Por lo tanto, si interpretamos en este sentido la última base del razonamiento práctico judicial, éste tampoco llevaría a una decisión justificada y el primer requisito no estaría satisfecho nuevamente.

No, la premisa más alta del razonamiento judicial debe ser un juicio normativo que es aceptado categóricamente por sus méritos intrínsecos. Pero esto, juntamente con alguna caracterización de su objeto, es lo que hace al juicio un juicio moral, esto es un juicio que establece que algunas clases de conducta son obligatorias, permitidas o prohibidas y que las aceptamos no

por alguna representación autoritativa —o por las consecuencias de su aceptación—, sino porque creemos que estas son válidas. Esto es, al menos, algo de lo que compone Kant en su idea del principio de autonomía de la moral. Por supuesto normalmente podemos derivar un juicio como -1 de algún tipo de juicio general del tipo 2 "los oficiales elegidos democráticamente pueden ser obedecidos", y, de esta manera, otras propiedades de los juicios morales —universalidad, generalidad, publicidad, superveniencia— finalmente emergen a la superficie.

Así, tenemos un resultado bastante paradójico: para identificar una proposición normativa tal como 1* como una norma jurídica debemos mostrar que se deriva de un juicio moral como -1 más una descripción de una regla de aquella autoridad —una norma jurídica en cualquiera de los otros sentidos.

El resultado general de esta discusión es algo tan importante para el entendimiento del Derecho y la práctica jurídica que puede ser considerado el teorema fundamental de la filosofía jurídica; las leyes —en cualquier sentido de la palabra— no proveen por sí mismas razones suficientes para justificar acciones y decisiones; ellas únicamente proveen aquellas razones que se derivan de, o están unidos con —de acuerdo al concepto de Derecho que utilicemos— juicios o principios morales.

Otra forma de exponer este teorema es afirmando que el discurso jurídico no es autónomo, sino que es una rama especializada del discurso moral. Las consecuencias de esto son extremadamente relevantes: una vez que aceptamos que un juez debe basar su decisión en un juicio moral como -1, resulta muy difícil dejar las cosas así. Pero el juicio moral no se mantiene por sí mismo, sino que pertenece a todo un sistema moral en el cual hay otros juicios morales que lo sostienen, como -2, otros que los califican o se encuentran en tensión con él, y que producen una excepción en él, etc. Por ejemplo, en el juicio moral -1, el deber de obedecer a la autoridad puede estar limitado por principios, en el sentido de que ninguna autoridad debe ser obedecida si esto implica infringir derechos humanos básicos.

Parte de esta expansión del razonamiento práctico del juez, puede ser contenido, no obstante, si hallamos un camino de inmejorable ubicación dentro de la propia moral —entendido en un sentido amplio. Esto ha sido intentado, distinguiendo, por ejemplo, la política de la moral en un sentido estricto, o lo correcto de lo bueno, o la moral intersubjetiva de la moral personal. Pienso que algunas de estas distinciones son relevantes para los propios principios morales —como en el último caso, con respecto al

principio de autonomía personal—⁴ pero soy más bien escéptico acerca de la posibilidad de limitar las conexiones justificativas entre los diferentes campos así divididos, sobre todo si aceptamos lo que considero debe ser un requisito esencial de nuestro razonamiento práctico. Es necesario integrar los diferentes tipos de razones dentro de un sistema con reglas jerárquicas, así como también evitar puntos muertos permanentes en el razonamiento práctico (esto es así porque considero que en el discurso práctico intersubjetivo, las razones morales, siempre desplazan a las razones prudenciales cuando están en conflicto).⁵

Así las cosas, la verdad es que un juicio moral como -1 difícilmente pueda ser dejado solo en cualquier parte plausible del sistema moral; habrá siempre más juicios generales que lo sostengan, que lo califiquen o lo exceptúen. Esta articulación del primer requisito dirigido al Poder Judicial hace, evidentemente, muy problemático el tercer requisito, en un sentido completamente distinto del que hemos visto hasta ahora: no parece plausible que los jueces deban limitarse a aplicar estrictamente la ley; esto es en sí mismo un requisito moral que es calificado por otros reclamos morales referidos al contenido del Derecho (por ejemplo, al cumplimiento de derechos morales básicos).

Cuando todo esto es considerado, la consecuencia del tercer requisito, en el sentido de que los jueces sean deferentes al Poder Legislativo, se ve ahora más bien absurda primero, los jueces deben buscar razones morales autónomas para el reconocimiento de un individuo o de un grupo de individuos como legisladores legítimos; luego de ello, encontrarán que dentro de ese conjunto de razones autónomas hay muchas que limitan o califican, en varias formas, la conclusión acerca de la obligación de obedecer el derecho. De esta manera, "deferencia" parece una palabra caprichosa para describir este proceso de vuelo libre.

Pero incluso reemplazar la idea de deferencia por alguna idea de evaluación crítica, puede ahora parecer engañosa. Porque una vez que admitimos que los jueces deben buscar razones morales autónomas para justificar el cumplimiento de las normas jurídicas, deberíamos aceptar que pueden regresar de su búsqueda equipados con respuestas sustantivas, basadas en principios morales, acerca de qué hacer en el caso particular ¿qué pueden

4. Este punto lo desarrollé en *Ética y Derechos Humanos*.

5. Este punto lo desarrollé en *Ética y Derechos Humanos*.

hacer dichas reglas morales irrelevantes! Si las normas se ajustan a aquellos principios, ellas son superfluas, y si no, deben ser dejadas de lado. Esta aparente paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y de sus leyes para el hombre moral⁶ es, seguramente, lo que está detrás del atractivo moral del anarquismo. La dificultad esencial es aquella que justifica el paso de la autonomía de la moral a la heteronomía del derecho. Por supuesto, si el derecho fuera en realidad moralmente irrelevante, el modo en el que fue creado sería igualmente irrelevante: si el derecho tiene un contenido de corrección moral, su superficialidad no está afectada, por ejemplo, por el hecho de que fue promulgado en un modo autoritario; y si tiene un contenido moral incorrecto su vacío moral no está afectado por sus credenciales democráticas.

El primer requisito de que los jueces arriben a decisiones justificadas no solo parece frustrar completamente el tercer requisito, aquél por el cual los jueces deben aplicar estrictamente la ley sino además el segundo requisito por el cual los jueces deben hacer justicia en una dirección segura y previsible.

Esto es así por porque una vez que advertimos que el discurso jurídico no es discontinuo con el discurso moral, sino solo con una parte, se ve afectado por las bien conocidas y controversiales subjetividad y relatividad que a menudo se atribuye a aquel discurso. La distinción de Montesquieu entre el derecho y la opinión personal parece desaparecer. Por supuesto, es por ello que para eludir esto, buscamos la orientación de la autoridad, la convención, la práctica común, etc. Pero ahora, parece como si todo esto fuera una santificación de recursos, desde que recurrimos a alguna autoridad, a alguna convención, a alguna práctica, debido a que las razones morales pueden ser opuestas o estar calificadas por ellas, como si fueran de un tipo diferente, conduciéndonos a una polémica interminable y a la pérdida de certeza. De esta forma, parece que esta estructura inherente de nuestro razonamiento práctico –y los jueces no están exentos de ella– nos conduce al extremo de un mundo en el que todos los frutos prometidos por los dos últimos requisitos básicos, dirigidos al Poder Judicial, son negados a los ciudadanos.

6. NINO, *Ética y Derechos Humanos*.

3. EL LENGUAJE JURÍDICO Y SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Ahora supongamos que podemos superar todas las dificultades señaladas y que encontramos un camino para hacer comprensible la idea del cumplimiento estricto de la ley y, más específicamente, la de la deferencia al legislador.

Todavía deberíamos afrontar otras dificultades serias en lo concerniente a la identificación de la ley o de la legislación que los jueces deben observar y aplicar. Consideremos el esbozo del razonamiento judicial que tomamos a cuenta en la discusión precedente:

- 1. La autoridad L debe ser obedecida
- 0. La autoridad L establece que "quien mate a otro debería ser castigado"
- 1*. Quien mate a otro debería ser castigado
- 1bis. Juan mató a otro hombre
- 2. Juan debería ser castigado

Cuando expresamos este razonamiento observamos claramente que algo más que la premisa -1 es necesaria para pasar de 0 a 1*. Dado que la supresión de las comillas no solo requiere una adhesión a la autoridad que debe ser expresada normativamente –como lo hace el juicio -1–, sino también para entender qué es lo que la autoridad ha decretado. Por ejemplo, supongamos que identificamos a la autoridad con la intención de los ciudadanos quienes promulgaron la ley, y que aquella intención fue utilizar las palabras entre comillas con un significado diferente al que tienen ahora en el lenguaje actual: no podríamos en este caso expresar nuestra adhesión mediante la sola supresión de las comillas, usando así las mismas palabras.

Una vez que dejamos de lado el enfoque esencialista de la naturaleza de los conceptos, el significado de expresiones lingüísticas ya no es determinado por alguna realidad no empírica. Debemos recurrir al uso del lenguaje. Pero si el uso relevante es aquel previsto por el autor de la expresión específica bajo análisis o es el que emerge de las convenciones frecuentes en el contexto social, no pueden ser expresadas en términos abstractos y generales. A veces las piezas de poesía o de filosofía son interpretadas como la captura de ideas y sentimientos que su autor quiso expresar con ellas, pero algunas otras veces, lo que importa es lo que las ideas y los sentimientos que los textos provocan en los lectores, habida cuenta de su

compresión de las palabras de acuerdo a las convenciones generales. A menudo, la intención del autor es usar un lenguaje como es generalmente entendido, pero a veces tiene el temperamento de cambiar las palabras, si sabe que serán interpretadas en un modo diferente al previsto por él, y algunas otras veces tienen la decisión de ceñirse al lenguaje y cambiar las ideas que se asocian con él (esto ocurre mayormente en la poesía). Existen ocasiones en que el autor del texto no quiere emplear el lenguaje con el sentido en que la generalidad de los miembros de un grupo lo utiliza, sino emplearlo en un sentido estipulativo. Es cierto también que a veces el uso común del lenguaje remite por su parte a cuál es la intención del autor. De esta manera, tenemos un complejo enredo de las relaciones entre lo que normalmente son llamado significados 'subjctivos' y 'objetivos' de las expresiones lingüísticas.

Entonces tenemos que tomar en cuenta que cualquiera sea el factor considerado para atribuir el significado a un texto es necesaria una búsqueda muy difícil para determinar si se trata de dicho factor y cómo determinarlo. Los elementos del contexto son tomados en cuenta para inferir la intención subjetiva del autor o las disposiciones lingüísticas generales.

Si desdibujamos la distinción entre juicios analíticos y sintéticos y, de esta manera, entre las definiciones que le atribuyen sentido a las palabras de una oración y su contenido sustantivo —como ocurre con las teorías semánticas como las de Kripke y Putnam, conectadas con la noción de clases naturales—⁷ luego tenemos aún más complicaciones, desde que el sentido de algunas palabras puede ser determinado por los juicios sustantivos que relacionan conjuntamente diferentes propiedades. Si esta mirada puede ser extendida al lenguaje normativo,⁸ quizá esto podría significar que el alcance de un concepto sería al final determinado por concepciones sustantivas.⁹

Pero aún sin llegar tan lejos, está claro que en el caso del lenguaje normativo no podemos optar por la intención, las convenciones generales, o alguna combinación de estos y otros elementos para pasar de un texto o práctica a una proposición normativa, sin ingresar a consideraciones morales profundas o consideraciones evaluativas. Si la frase 'castigo cruel e

7. Ver KRIPKE, "Naming a Necessity", y PUTNAM, "The Meaning of 'Meaning'".

8. Ver el artículo en *Philosophy & Public Affairs*.

9. Ver esta distinción en DWORKIN, *Taking Rights Seriously*.

inusual" debería ser interpretada según las ideas que dieron vueltas en la mente de algunas personas que vivieron hace dos siglos atrás, o de acuerdo a las ideas que esas palabras evocan en los grupos sociales del presente con diverso alcance, o de acuerdo a las ideas que deberían estar asociadas con aquellas palabras, no es algo que pueda ser decidido evaluativamente en términos neutrales.

Además, necesitamos recurrir a consideraciones evaluativas no solo para elegir entre intención, convención o alguna combinación de los dos. Necesitamos también hacer evaluaciones valorativas a fin de llegar a conclusiones acerca de cuál fue la intención del autor o cuál es la convención común. En el caso de la intención, su determinación es un asunto complejo que no está agotado objetivamente: ¿cómo deberíamos proceder cuando el autor es un grupo colectivo? ¿Cómo deberíamos proceder cuando hay varias fuentes que coinciden en las reglas o en la decisión? ¿Deberíamos dar peso solo a manifestaciones de intenciones explícitas o también a otras exposiciones no deseadas del mismo propósito? ¿Debería contar el tiempo para disminuir el peso de la fuente original de la regla o decisión y en el aumento del peso de la intención de aquellos que pueden tomar hoy una decisión similar? ¿Debería ser tomada en cuenta la intención de alguien que puede cambiar la regla, pero no lo hace? ¿Debería ser tomada en cuenta la intención de los individuos y de los grupos que no tienen una autoridad formal para tomar la decisión o dictar su promulgación, pero que son capaces de hecho para presionar por ello?

Por supuesto, problemas similares se presentan en relación a la determinación de las convenciones lingüísticas generales: ¿cuál es el grupo relevante para que sus convenciones sean tomadas en cuenta? ¿Cuánto peso debería ser dado a la expresión de convenciones a través de actos lingüísticos y qué peso a las intenciones y disposiciones de las personas que participan en la convención?

Pero por desgracia, no siempre es el final del problema: una vez que aceptamos un criterio para pasar de los textos a las proposiciones, es decir, la intención del autor del texto, una nueva serie de indeterminaciones, que de nuevo no pueden ser decididas sino a través de juicios evaluativos, empiezan a emerger a la superficie. El significado que le damos al texto según cualquier criterio, presentará vaguedad, textura abierta, ambigüedad semántica y sintáctica. Estamos familiarizados con los problemas que plantea la aplicación incierta de una expresión que define propiedades y se presenta a sí misma como una continuidad (como "rojo" o "gordo" o

“niño”) u ofrece vaguedades combinadas (como “casa” u “oro”) o están sujetas –como todas las palabras del lenguaje natural– a contraejemplos de casos que presentan las propiedades requeridas, pero también bastantes excepciones. También estamos familiarizados con las dificultades que se presentan en las oraciones que pueden significar varias proposiciones diferentes a causa de la ambigüedad de una palabra o de una conexión sintáctica.

Además, cuando hemos realizado el juicio evaluativo relevante para superar los problemas de imprecisión y ambigüedad en el lenguaje, quizá sin ayuda de esos otros juicios que hicimos cuando elegimos intención, convención o algunos otros criterios, todavía debemos enfrentar las indeterminaciones lógicas que aparecen cuando extraemos las consecuencias de la norma de que se trate. Esas indeterminaciones son constituidas por lagunas (la ausencia de una solución normativa para un caso dado definido por una propiedad relevante), contradicciones (la pluralidad de soluciones normativas incompatibles para un caso), redundancias (la pluralidad de soluciones diferentes aunque compatibles para un caso), inoperancia (la imposibilidad, por obstáculos lógicos, empíricos, técnicos, dados por el caso considerado, o que la solución estipulada pudiera ser aplicada). Los criterios propuestos para solucionar estas indeterminaciones lógicas (aquellas basadas en analogía o en un argumento *a fortiori*, en las normas que le otorgan prioridad a la ley superior, a ley posterior o a ley especial, etc.), es decir los conflictos entre las mismas normas, están sujetos a indeterminaciones.

Ha transcurrido un tiempo largo desde que perdimos confianza en la habilidad de algunas herramientas intelectuales para superar estas indeterminaciones que afectan el paso de los textos y las prácticas a proposiciones normativas, cuando son anunciadas como evaluativamente neutrales. Esta era la ambición de la dogmática jurídica de la escuela continental, principalmente en su fase de jurisprudencia conceptual promovida principalmente por Savigny y el primer Ihering.¹⁰ Se pensaba que por el camino del análisis y la combinación de conceptos expresados en “definiciones reales”, la formulación de principios generales, la construcción de teorías, el recurrir a un modelo de “legislador racional”, era posible alcanzar “la verdad”, soluciones seguras y objetivas para un caso, sin usurpar la tarea legislativa de aprobar ideales políticos y morales.

10. Citar trabajos de Ihering y Savigny.

Pero ahora sabemos que estas herramientas no eran aptas para lograr la hazaña de obtener nuevas soluciones normativas sin añadir nuevas normas a esas promulgadas por el legislador. La presentación del punto de vista contrario es producida por la ambigüedad inherente a todos los recursos antes mencionados: definiciones, como la definición de "delito", que son defendidas como simplemente verbales o conceptuales pero luego son empleadas como un juicio sustantivo normativo acerca de qué hacer con el fenómeno referido por las palabras relevantes; los principios y teorías son defendidas como un camino de sintetizar, en una dirección económica compleja, materiales legislativos, pero luego se les da un alcance más amplio a fin de cubrir casos que no están abarcados por aquellos materiales: el modelo del legislador racional es defendido en términos descriptivos, pero luego empleado en un esquema normativo para mejorar el sistema jurídico.¹¹

De este modo, tenemos que, incluso si dejamos de lado el profundo compromiso moral que representa para los jueces la selección de materiales jurídicos relevantes –textos, prácticas, etc.–, la necesidad de una evaluación moral aparece en otras etapas diferentes de su razonamiento principal y conduce a la aplicación de aquellos materiales para resolver casos individuales: en la elección de un criterio general para atribuir contenido proposicional para aquellos textos o prácticas, en la construcción de factores –intención, convención, etc.– relevantes para este criterio, en superar imprecisiones semánticas, sintácticas, ambigüedad, y en vencer indeterminaciones lógicas.

Por supuesto, todo esto hace que nuestros tres requisitos dirigidos al Poder Judicial ingresen en una mutua tensión, mayor que la que analizamos en la sección previa. La necesidad de alcanzar soluciones justificadas parece envolver no solo un grado intolerable de incertidumbre provocado por el recurso a elecciones evaluativas en varias etapas del razonamiento judicial, sino que también disminuye el requisito de deferencia a los órganos políticos para algo que en el mejor de los casos implica tratar sus leyes como simples grafismos cuyo contenido proposicional será dado según las elecciones evaluativas de los jueces. El mayor éxito que un legislador podría tener en influir en el razonamiento judicial, sería en hacer retroceder a los jueces de casi cualquier conclusión que consideren correcta, a fin de

11. Ver mi libro *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*.

solucionar un caso solo con las letras negras sobre el papel blanco que el propio legislador redactó.

4. LA REVISIÓN JUDICIAL

Supongamos que estamos en condiciones de vencer los problemas señalados en las dos secciones previas y concluimos que es posible para los tribunales hacer justicia aplicando la ley en un sentido previsible. Aún debemos enfrentar la dificultad que plantea el hecho de que en algunos sistemas, los jueces tienen el poder de revisar la constitucionalidad de la legislación y otras normas jurídicas; este poder parece implicar el mismo tipo de dilemas que vimos previamente.

Esta no es la impresión que uno tiene en un principio, al observar la revisión judicial. Al contrario, parece como si fuera un requisito estricto del derecho. Cuando los filósofos del derecho discuten acerca de la identificación del sistema jurídico y sus normas, sus mayores dificultades parecen surgir en relación con las más altas reglas del sistema. Para poder identificarlas como derecho, Austin¹² recurrió a la voluntad del soberano, Kelsen a la norma básica,¹³ Hart a la regla de reconocimiento,¹⁴ Ross a la ideología fundamental del sistema jurídico,¹⁵ y Raz al comportamiento de los órganos primarios.¹⁶ Pero una vez que la norma más importante del sistema es identificada como derecho, la identificación del resto parece seguir automáticamente a lo largo de las cadenas de delegación o de validez: esas otras reglas son parte del sistema jurídico en la medida en que su promulgación ha sido autorizada por las normas superiores, o por las normas identificadas según este criterio, en lo que respecta al órgano de promulgación, al procedimiento por el cual fueron promulgadas y algunas veces incluso, al contenido de las normas. Desde un punto de vista externo, este criterio recursivo sirve como una definición de un concepto descriptivo de identidad en un sistema jurídico y de pertenencia de una norma en ese sistema. Desde un punto de vista interno, este criterio es parte de un principio

12. AUSTIN., *The Province of Jurisprudence Defined*.

13. KELSEN, *General Theory of Law and State*.

14. HART, *The Concept of Law*.

15. ROSS, *On Law and Justice*.

16. RAZ, *The Concept of a Legal System*.

establecido cuando una norma jurídica tiene validez o fuerza vinculante. Combinando conclusiones de ambos puntos de vista, podría decirse que cuando una norma no cumple con las condiciones para su promulgación, establecida por una norma superior, que aceptamos como válida y como parte del sistema jurídico, la norma anterior no tiene fuerza vinculante ni pertenece al sistema jurídico. Este es un criterio "genético" de validez y membresía, en el sistema normativo que es lo que parece estar detrás de la lógica que el juez norteamericano Marshall aplicó en el famoso caso "Marbury vs. Madison".

Marshall sostuvo que estamos ante una proposición demasiado simple para ser impugnada, ya que si la Constitución es la ley suprema, los actos legislativos ordinarios deben ser conformes a ella y si no lo son, esos actos no son leyes y no pueden ser considerados por los tribunales; De lo contrario "las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte de los ciudadanos para limitar un poder que es en su propia naturaleza ilimitable".

Pero si bien esto parece ser actualmente una verdad analítica que, como vimos, parece ser seguida, desde los conceptos de validez y membresía en un sistema jurídico, juntamente con la proposición de que una cierta Constitución es válida y una parte fundamental del sistema jurídico, surgen dudas tan pronto como profundizamos nuestro análisis. Kelsen mismo sintió las dificultades de su estricto criterio genético de validez y membresía: ¿cómo puede ser –se preguntó– que una pieza de la legislación que es claramente inconstitucional sea considerada válida y sea una parte del sistema jurídico hasta que sea declarada nula por un tribunal? ¿Si un tribunal erróneamente declara que es válida? Y ¿con aquellos casos que no son cubiertos por la declaración judicial de inconstitucionalidad? La respuesta de Kelsen a esta pregunta puede ser considerada apenas satisfactoria: él pensaba que nuestra aceptabilidad actual de la validez de aquellas leyes muestra que las normas que establecen las condiciones para la promulgación de las normas inferiores incluyen una cláusula tácita alternativa al efecto de autorizar la promulgación de la leyes que no se ajusten a estas condiciones, por mucho que pudiera significar un tratamiento diferente de estas normas (por ejemplo, la autorización a la tribunales a nulificarlas o sancionar aquellos que las promulgaron).¹⁷ Pero una vez que nos damos cuenta de que los límites entre la estipulación de un órgano, un proce-

17. KELSEN, *General Theory of Law and State*.

dimiento y un contenido son muy borrosos, la noción de que las leyes de competencia autorizan de hecho a cualquiera a promulgar normas con cualquier contenido deviene muy poco plausible.

Sin embargo, pienso que Kelsen estaba señalando una dirección correcta. Él entró en una confusión por no efectuar una distinción clara entre la noción descriptiva de membresía en el sistema jurídico y la noción normativa que refiere a su fuerza vinculante. En tanto que el criterio genético parece ser bien fuerte para la primera noción, de modo que una norma que no fue promulgada según las condiciones establecidas por una ley superior puede decirse que no pertenece al sistema jurídico, este criterio debe ser combinado con otros a fin de afectar las transmisiones de la fuerza vinculante de una norma a otra. Esto es así, porque esta fuerza vinculante puede ser transmitida no solo para autorizar la promulgación de una norma inferior sino también para declarar que su cumplimiento es obligatorio bajo algunas condiciones—como sucede en algunos casos con leyes extranjeras. El problema que Kelsen reconoce muestra que el sistema jurídico generalmente tiene algunas normas, que en algún sentido han sido promulgadas sin seguir las condiciones establecidas por las normas mayores, superiores y que satisfacen algunos otros requisitos— como tener algún “color de ley” como es exigido para las leyes de facto¹⁸ y que son, no obstante, obligatorias antes de alguna decisión o de otro tipo que alcance con respecto a ellas.

Esto muestra que la “lógica” de Marshall en ‘Marbury vs. Madison’ no es suficientemente persuasiva, a pesar del hecho de que la Constitución tiene supremacía en definir cuál es el derecho en un país, puede haber normas, quizás implícitas en la propia Constitución, en el sentido de que una promulgación legislativa que tiene algún color de ley sean vinculantes para los jueces, si no son revocadas por el propio legislador. Como dice Alexander Bickel¹⁹ “... Marshall sabía (y, es más, en este caso tenía razón) que la definición acerca de si una ley es contraria a la Constitución, en la mayoría de los casos no es algo evidente; sino que es más bien una cuestión política que alguien debe decidir. El problema es quién: los tribunales, la propia legislatura, el presidente, quizá jurados en un juicio penal, o en última instancia y finalmente los individuos a través del proceso electoral”.

18. Ver mi libro NINO, *La Validez del Derecho*.

19. Ver HART, *The Concept of Law*, citado.

Si nosotros superamos un prejuicio teórico, que puede ser respaldado por la autoridad de Austin y Kelsen, podemos entender que la Constitución puede bien crear una obligación al Congreso para establecer un remedio o sanción por no cumplir con esta obligación. Y si no podemos superar aquel prejuicio, debemos siempre admitir, con Bickel, que el remedio no puede ser otro que la nulificación a través de los tribunales (por supuesto, esto es evidente cuando tomamos en cuenta la experiencia europea con cuerpos especiales mitad judiciales y mitad políticos para hacer frente, también en una forma abstracta, a la constitucionalidad de la legislación). Por lo tanto, la revisión judicial no está impuesta por la lógica de los conceptos como los de la supremacía de la Constitución y de la validez de la legislación. Esto es un acuerdo discrecional del Derecho constitucional positivo.

Sin embargo, parece que existen razones convincentes para adoptar esta opción. La razón principal es ésta: los derechos constitucionales son formas de establecer barreras o escudos que protegen la autonomía individual y la dignidad personal contra las medidas o acciones que los afectan negativamente, incluso cuando estos se basan en intereses agregados y en la voluntad de la mayoría de un grupo relevante. Los derechos se dirigen a impedir que los individuos o que las minorías sean oprimidas por dichas mayorías y usadas de esta manera como simples medios para sus propios fines. De esta manera, es absurdo y contraproducente dejar el reconocimiento y la promulgación de aquellos derechos, en manos de las mayorías en contra de las cuales los derechos se erigen para proteger a individuos y minorías. Esta protección debe ser conferida a los funcionarios que, debido a la forma en la que han sido nombrados, su estabilidad en el cargo de por vida y los procesos que ello supone, son aislados de las presiones que vienen mayormente de la mayoría y sus representantes.

El problema es que una vez que aceptamos este argumento básico para la revisión judicial, las dificultades que antes vimos que eran provocadas aparentemente por la naturaleza del razonamiento práctico y del lenguaje jurídico, ahora se repiten amplificadas por este mecanismo opcional de derecho positivo. Esto es así, primero, porque la Constitución trata con tantos niveles fundamentales de moralidad que cualquiera de las razones que podamos tener para seguir a la autoridad, en vez de seguir las razones morales autónomas en el caso de que otras normas, son aquí seguramente anuladas: si la Constitución realiza una evaluación moral equivocada, sería de tal importancia en este nivel fundamental de moralidad en el cual los Derechos Humanos son una preocupación central que cualquier razón para

apegarse a la letra del texto sonará extremadamente débil. Por ejemplo, si la Constitución omitiera proteger el derecho a la privacidad o no prohibiera la pena de muerte, difícilmente un juez se liberaría de su tarea de revisar el estatuto en una forma moralmente justificada si ignorase sus convicciones morales bajo el pretexto de que no puede moverse fuera de las cuatro esquinas que le marca la Constitución. Segundo, el lenguaje en el cual los derechos deben ser reconocidos es de tal vaguedad y ambigüedad, y la posibilidad de lagunas, inconsistencias, etc., es tan real que los problemas de interpretación que mencioné y que se necesitan resolver a través de consideraciones evaluativas, son amplificadas enormemente. La propia estabilidad de la que una Constitución debería gozar, plantea más dificultades desde que el valor y la posibilidad de reconstruir esos factores como intenciones consideradas siglos atrás, disminuyó enormemente.

Pero estos problemas de revisión judicial son en gran parte ocultados por el hecho de que sus defensores más acérrimos tienden a tomar explícita o implícitamente una visión según la cual los derechos individuales que contiene la legislación tienen un alcance muy limitado. Pero podemos adoptar, por otra parte, una visión según la cual no existe una laguna conceptual entre los viejos derechos individuales y los nuevos derechos sociales o de bienestar. Según esta visión liberal-igualitaria, cuando la sociedad y el Estado no proveen a alguien de bienes tales como comida, tratamiento médico, vivienda, etc., están violando por omisión los mismos derechos tradicionales a la vida, libertad y propiedad. Los libertarios, que niegan esto, se basan en una infundada negativa que distingue claramente entre acciones y omisiones, favoreciendo, de esta manera la preservación del *statu quo*.²⁰ Si esta expansión de derechos no puede ser contenida, los argumentos para la revisión judicial implican poner en manos de los jueces un poder ilimitado de decidir acerca de casi cualquier asunto que pensábamos que debía dejarse en la esfera del legislador o de la administración. Casi cualquier decisión que fuera tomada respecto a la organización social puede ser vista como amparada por los aspectos negativos o positivos de los derechos que son establecidos para proteger a los individuos o las minorías en contra de las decisiones mayoritarias.

Por lo tanto, cuando combinamos las consecuencias extraídas de la estructura del razonamiento práctico y la naturaleza del lenguaje jurídico

20. Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, citado.

con el poder positivo de la revisión judicial podemos ser conducidos a la conclusión de que bien puede existir un Poder Judicial que tome decisiones justificadas, pero la idea de que realiza su trabajo en una dirección segura y con deferencia a las normas establecidas por los otros poderes del estado solo puede ser una parte de una ilusión ingenua, o peor, una especie de mistificación probablemente promovida por aquellos que disfrutan de los frutos del, al parecer, ilimitado poder de la magistratura.

5. RESISTIR EL NIHILISMO JURÍDICO

La posición que fue presentada durante las tres secciones precedentes parece conducir a una forma extrema de nihilismo jurídico, según el cual el derecho se derrumba en una opinión personal del juez, dada la estructura inherente al razonamiento práctico, la naturaleza del lenguaje jurídico y la institución de la revisión judicial. Este nihilismo, parece ser aún más extremo que aquél impulsado por el movimiento del realismo jurídico —tanto en su versión escandinava como norteamericana. Este nihilismo más tarde fue defendido, principalmente, desde un punto de vista externo, es decir, como un relato de lo que los jueces realmente hacen o no pueden hacer pero sin embargo hacen, y tiene por lo tanto, pocas consecuencias en el razonamiento interno de los jueces, respecto de lo que deberían hacer, como si se tratara digamos, de un determinismo descriptivo con respecto a nuestra decisión acerca de cómo actuar en general. Por otra parte, el concepto defendido aquí, parece llevar a consecuencias prácticas devastadoras, desde que hace hincapié en que los jueces no cumplen con sus responsabilidades alcanzando decisiones justificadas, si ellos solo se limitan a aplicar la ley sin una evaluación crítica de todas las opciones hipotéticas involucradas en aquella iniciativa. Entonces, existe una dificultad para tratar con esta clase de nihilismo del mismo modo en que el realismo fue descartado de la teoría y de la práctica jurídica: solo dejando de prestarle atención a esto, sin demasiada argumentación de peso, (el argumento de Hart²¹ contra el escepticismo normativo —en el sentido de que incluso cuando es cierto que siempre tienen una zona de penumbra para su aplicación, también tienen una zona de claridad— solo deja de lado el hecho de que para la identifica-

21. Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, citado

ción del área clara uno necesita recurrir a un criterio general necesario de interpretación). Pienso que el camino para superar este tipo de nihilismo jurídico es desenredando las raíces de las explicaciones teóricas que nos llevan a él.

El presupuesto que abre el camino al nihilismo jurídico es a mi juicio, la propuesta de que la Constitución y el conocimiento de las razones autónomas que pueden justificar decisiones, son independientes de la creación y el trabajo del sistema jurídico. Este presupuesto parece obvio dado que, de otra manera, podemos caer en una especie de positivismo ideológico según el cual el simple hecho de que un sistema jurídico esté vigente y sea cumplido, generalmente proporciona una razón para aplicarlo; además, si las razones morales no fueran independientes del sistema jurídico no proveerían guías para superar la indeterminación de este último.

Pero, existe sin embargo, la posibilidad dependiente de las razones morales en la creación y el trabajo del sistema jurídico. Esta dependencia consiste en la concepción de algunos procesos, mediante los cuales las normas jurídicas son promulgadas según sea relevante para la determinación de razones morales. Lo que tengo en mente y he defendido con mayor detenimiento en otro lugar²² es una teoría metaética según la cual las razones morales son determinadas a través de un proceso colectivo de discusión y decisión. Esta posición que he llamado ‘constructivismo’, es a veces llamado también ‘contractualismo’ o ‘formalismo’.

Ahora, el constructivismo necesita una concepción ontológica acerca de cómo las razones morales y la verdad moral son constituidas y un concepto epistemológico acerca de cómo tenemos acceso a esas razones morales y a la verdad moral. Las concepciones ontológicas asociadas con el constructivismo son variadas. Una es la que le atribuyo al Rawls de *A Theory of Justice*,²³ de quien tomo la conexión de la verdad de los juicios morales con algunos supuestos –como el requisito de imparcialidad– que subyacen al razonamiento práctico individual y que son representados por el mecanismo artificial de la posición original. Las debilidades de este enfoque kantiano son bien conocidas: éste no parece dar cuenta de las variaciones en nuestro camino de razonamiento y se basa en formas ideales de razonamiento cuyo *status* ontológico es vago; además, el precio de privar

22. Ver NINO, “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”.

23. RAWLS, *A theory of Justice*.

a estas formas de cualquier contingencia empírica las transforma en tan 'delgadas' que difícilmente permitan colgar de ellas cualquier conclusión moral sustantiva.

Otra concepción ontológica constructivista es la que parece ser suscripta por Habermas:²⁴ las razones morales y la verdad moral son constituidas por los mismos resultados del proceso de discusión intersubjetiva, llevada a cabo dentro de un marco de ciertas restricciones que preserven la imparcialidad. A diferencia de la posición de Rawls, lo que es relevante aquí no es el proceso de razonamiento práctico individual, "monológicamente" despsicologizado, sino la práctica social actual de argumentación intersubjetiva; y lo que determina la verdad moral no son las normas formales subyacentes de esta práctica sino el consenso actual que es alcanzado como un resultado de éste, dentro de las limitaciones de las normas formales. Esta posición tiene también una debilidad visible: la principal es, a mi juicio, el hecho de que no puede dar una sólida construcción del fenómeno de la discusión moral: si la verdad moral es constituida por el consenso alcanzado como resultado de la propia discusión, ¿cómo explicamos que nosotros alcanzamos este resultado porque en una discusión previa algunos ciudadanos lograron convencer al resto de que esto sería un resultado válido o verdadero? ¿Cuál será el contenido de la discusión, si asumimos que no pueden ser los propios intereses de los ciudadanos involucrados (desde que estos son hechos que no son materia de discusión)? ¿Discutimos acerca de la legitimidad de cierto equilibrio de intereses sobre la base de ciertos principios?

Estas consideraciones me llevan a concluir en que la posición ontológica correcta de constructivismo es una intermedia entre la de Rawls y Habermas: los juicios morales son válidos según algunas reglas y supuestos que subyacen y caracterizan nuestra práctica social del discurso moral. No es el resultado de un proceso real de discusión lo que define la verdad moral, sino las reglas y los supuestos de la práctica general. Tampoco son aquellas reglas y suposiciones, que forman parte de algún tipo de estructura atemporal, sino de una práctica social contingente y socialmente reflejada. Si bien se ha extendido enormemente como una parte central de la cultura occidental, desde el iluminismo hubo períodos y existían lugares en que los que predominaba un discurso moral con una estructura subyacente diferente. Nuestras prácticas presentes presuponen, como requisitos, que

24. HABERMAS, "Discurs Ethiks".

los juicios morales deben ser basados en principios universales, generales, "supervenientes", públicos, definitivos y que deberían ser aceptados bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. En esto, nuestra práctica difiere radicalmente de los modos premodernos del discurso, que conectaban la verdad moral con el mandato de un dios o con las tradiciones y convenciones. No creo que podamos evaluar un modo de discurso contra otro, sin reconocer sus presupuestos subyacentes, por lo cual solo podemos basarnos en el hecho que los ciudadanos con quienes discutimos normalmente comparten estas premisas con nosotros para luego tratar de ver si nuestros juicios o sus juicios son compatibles con dichos presupuestos.

Esta tesis ontológica intermedia evita el 'formalismo vacío' en el que incurrimos si no tomamos en cuenta la riqueza de los presupuestos de nuestras prácticas sociales de argumentación moral y tratamos de encontrar algunas certezas, pero sin caer en la posición clásica que identifica la verdad moral con el consenso actual contingente. Luego, necesitamos discutir la cuestión epistemológica acerca de cómo tener acceso a la verdad moral y cómo se definen las razones morales. Aquí el constructivismo es también asociado con diferentes posiciones; de nuevo, uno puede ubicar a Rawls en algún punto cerca del extremo constituido por el individualismo epistémico, ya desde que, en general,²⁵ piensa que uno puede alcanzar conclusiones válidas acerca de cuestiones tales como los principios de justicia a través de una reflexión individual, como la que él asume, recurriendo a métodos como el equilibrio reflexivo. Habermas estaría, una vez más, en el otro extremo del espectro, constituido por el colectivismo epistémico, desde que si bien allí puede haber alguna duda acerca de si se equipara la verdad moral con la obligación del consenso actual, indudablemente, él hace suya al menos la posición de que solo podemos tener acceso a la verdad moral a través de un proceso colectivo de discusión y decisión, que es la única forma de superar la distorsión que la estructura de clase y otras condiciones producen en la reflexión individual.

De nuevo, pienso que la verdad se encuentra en el medio del espectro. No creo en general, que la reflexión individual sea un método confiable para alcanzar la verdad moral, dado que es muy probable que puedan tergiversarse y distorsionarse los intereses de algunos de los individuos

25. Para algunas dudas al respecto, ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, citado.

involucrados y, de esta manera, este individuo estará lejos de satisfacer el requisito de la imparcialidad que es central en la noción de verdad moral en el funcionamiento de nuestras prácticas de discusión moral del presente. Cuando todos los ciudadanos interesados participan en la discusión y todos ellos acuerdan una cierta solución, existe una presunción fuerte de que esta solución es imparcial, dada la hipótesis empírica de que nadie es mejor juez de sus propios intereses que uno mismo.

Por otra parte, no creo que podamos ir al otro extremo y afirmar que el único modo de acceder a la verdad moral sea a través de la discusión y decisión colectiva. Esto sería contraproducente dado que no explicaría la contribución que algunas personas —aquellos que finalmente tienen su camino— hacen a la discusión y tampoco por qué uno podría solicitar la reapertura de una discusión luego de que se haya alcanzado un consenso. La tesis más plausible es la que afirma que, si bien la discusión y decisión colectiva es el método más confiable para arribar a la verdad moral, definida principalmente en términos de imparcialidad, esto no significa que la reflexión individual sea completamente inoperante; aun cuando es mucho menos probable que podamos arribar a través de ella a una solución correcta, esto no está completamente excluido y existen ocasiones en que la reflexión individual acierta la solución correcta, mientras que la decisión colectiva es equivocada.

Esta combinación de una tesis ontológica que explica la constitución de la verdad moral sobre las bases de normas y supuestos de la práctica social del discurso moral, con una tesis epistemológica que considera a los resultados de una instancia de esta práctica como una presunción de verdad confiable, aunque no irrevocable, puede ser llamada constructivismo epistémico.

El tercer paso es conectar esta visión acerca de la construcción y el conocimiento de las razones morales con la creación y el trabajo del sistema jurídico. Por supuesto, una clase débil de conexión aparece inmediatamente, si recordamos precisamente el lugar central que el proceso de discusión tiene en un sistema democrático de formulación de leyes, hasta el punto en que la democracia ha sido llamada 'el gobierno de discusión por excelencia'. Quiero insistir en esta conexión —trayendo resumidamente lo que he argumentado con más amplitud en otro lado—²⁶ a fin de mostrar que la conexión entre la democracia y la discusión moral es más fuerte que lo que parece a primera vista.

26. Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, citado.

Tomemos cualquier discusión moral en la cual ingresemos en la vida privada y pública con la función latente de superar conflictos y alcanzar la cooperación a través de la convergencia de las acciones y actitudes basadas en principios de conducta compartidos y aceptados voluntariamente. La discusión termina exitosamente, si termina, cuando las personas que intervienen en la discusión, acuerdan por unanimidad alguna solución que presupone la aceptación compartida de algún principio de conducta. Pero, por supuesto, no siempre la discusión termina satisfactoriamente desde que el tiempo para alcanzar una solución llega y no se consigue un consenso unánime. La forma de salir de este punto muerto es generalmente llegar a un acuerdo con una votación que debe basarse en la regla de la mayoría simple, a no ser que queramos otorgar el poder de veto a una minoría en favor del *statu quo*.

Por lo tanto, podemos ver a la democracia –definida como la regla de la mayoría que surge luego de un proceso de discusión y decisión, libre y abierta, con la posibilidad de que todos los ciudadanos involucrados participen– como un sustituto de la práctica original de la discusión moral a la que recurrimos cuando esta última no es operativa. La democracia será vista como una organización del proceso de discusión que principalmente consiste en poner un límite de tiempo para tomar la decisión, y en consecuencia, en reemplazar al consenso unánime por el más cercano a él, dado el hecho de que cualquier decisión que no sea la regla de la mayoría simple, sería parcial y favorecería al *statu quo*.

Pero, por supuesto, el representante no es igual que en la idea original, y la reglamentación que el proceso democrático supone bien podría descalificar completamente el valor epistémico de la discusión moral. Esto parece ser principalmente así, con relación a la imparcialidad, al considerar que el consenso unánime puede ser tomado como un equivalente funcional de ella, pero esto no es de ninguna manera de este modo, en el caso de la regla mayoritaria: todos sabemos demasiado bien, que la mayoría puede oprimir y perseguir diferentes minorías.

De todos modos, pienso que uno puede argumentar que algunos de estos valores epistémicos de la discusión moral son preservados por el proceso democrático, si bien se ve disminuida por el grado en el que se aparta de las estructuras originales de la discusión moral.

Existen diversos factores que ayudan a explicar una tendencia general hacia la imparcialidad reflejada en los resultados alcanzados a través del proceso democrático. En primer lugar existe, por supuesto, el hecho de que el proceso permite a los ciudadanos involucrados expresar a otros cuáles son

sus intereses, de manera que al menos los otros no sean parciales por simple ignorancia. En segundo lugar, en este tipo de proceso ideal de democracia directa con el cual, por el momento, estamos tratando, las personas tienen la obligación de justificar su posición ante los otros en un espacio público, y esto implica varias restricciones en los argumentos que posiblemente puedan proponerse y en las posiciones que estos argumentos puedan sostener (decir, por ejemplo, que tal o cual solución está dentro de mis intereses, no es una justificación aceptable). Por supuesto, debemos distinguir entre justificaciones aceptables y justificaciones válidas: solo lo primero debería ser un requisito para contar los votos en el proceso, para que no se termine aplicando un criterio epistemológico *a priori*. Sin embargo, el requisito de aceptación de justificaciones —que debería ser entendido como que comprende los presupuestos más obvios del discurso moral, como la necesidad de basar nuestro propósito sobre principios generales y universales— es lo suficientemente fuerte para limitar, en un modo considerable la defensa abierta de posiciones egoístas. En tercer lugar, existe también una razón de autointerés que empuja a los participantes en el proceso democrático hacia la asistencia de los intereses de la mayor cantidad de personas posibles y, de este modo, al logro de una posición imparcial: por más que estemos ante una coalición mayoritaria, hasta que el voto no sea decidido nunca se está seguro que esta coalición no va a fracturarse en algún punto. Cuanto más amplia sea una coalición, es más probable que un minoría marginada ofrezca un 'precio bajo' a algún grupo de la coalición para separarse a cambio de su apoyo con respecto a los otros temas. Esto genera una tendencia a asegurar el apoyo de la mayor cantidad de personas posibles que, por supuesto, requiere considerar sus intereses.

Si estos factores y algunos otros posibles, generan una tendencia individual hacia la imparcialidad bajo un proceso de decisión democrática, entonces podemos recurrir a algunos mecanismos formales para dar base a una tendencia hacia la imparcialidad en el nivel colectivo. Como es bien conocido, teoremas como los de Condorcet y Grofman probaron que, a mayor cantidad de individuos —quienes individualmente se encuentren más cerca de estar en lo correcto que de estar equivocados— que apoyen una decisión, es más probable que estén en lo correcto y que esto al menos, en los grupos pequeños, muestra que la mayoría simple hace que la decisión tomada por el grupo sea probablemente más correcta que aquella alcanzada por el voto del miembro más competente del grupo.

Esto implica que la democracia preserva algunos de los valores epistémicos que tiene el proceso original de discusión moral. Por supuesto,

esto no excluye, obviamente, que en muchos casos la mayoría pueda estar totalmente equivocada y que podamos estar bastante seguros, y con razón, que nuestra reflexión individual nos conduciría a una posición, correcta, distinta de la posición mayoritaria. Pero si aceptamos que en general y en el largo plazo la mayoría probablemente esté en lo correcto en mayores ocasiones que cualquiera —como diría un iluminado dictador actuando fuera de su reflexión individual y asilada— entonces tenemos razones para acatar la decisión mayoritaria incluso cuando, en el caso particular, estamos bastante seguros de que es equivocada. Porque, si siguiéramos a la mayoría solo cuando pensamos que tiene razón, estaríamos siguiendo nuestra reflexión individual y no al proceso colectivo, y esto contradiría nuestro presupuesto de que aquella es, en general, menos confiable que éste segundo proceso. La autonomía es preservada en la medida en que tengamos razones epistémicas para actuar según las razones halladas a través del proceso epistémico.

Por supuesto, el valor epistémico de la democracia se debilita tanto como el mismo proceso democrático se aleja de la reglamentada práctica original de discusión moral. La representación supone una importante salida de la forma original, ya que, si bien los requisitos de racionalidad y conocimiento son normalmente satisfechos por ella en un alto grado, aún mayor que en la democracia directa, el requisito de imparcialidad está seguramente menos satisfecho. Pienso que la representación puede ser justificada como un modo de delegar el poder para continuar la discusión a partir de las posiciones fijadas por el electorado, sin embargo, la democracia directa, cuando es posible, aumenta la presunción de la validez moral de la decisión. En el mismo sentido, bajos niveles de modificaciones en el electorado también perjudican la realización de resultados imparciales, desde que limitan el alcance de los intereses que son contemplados. Cuando la contienda política se centra sobre los grupos de interés y los partidos políticos se debilitan y se desideologizan tanto que los individuos al apoyarlos son incapaces, a partir de bases aceptables, de justificar su voto sobre una base plausible, se produce un mayor debilitamiento del valor epistémico de la democracia.

Por lo tanto, esta visión de la democracia no solo provee un programa para justificar moralmente determinado grado de decisiones tomadas a través de su proceso, sino que también ofrecen una carta de reforma para hacer este proceso más cercano a aquellas discusiones morales no reglamentadas. Esto implica, por supuesto, rechazar las consecuencias del pluralismo, elitismo,

o las teorías económicas de la democracia,²⁷ las cuales se asemejan a una disputa de intereses entre diferentes grupos que compiten en un contexto de mercado para recibir el favor de los votantes. La visión que respaldo es en cambio cercana a aquella defendida por Rousseau²⁸ y que en los Estados Unidos inspiró a la tradición Republicana, si bien no se ha comprometido en todo con sus consecuencias comunitarias.²⁹

Está claro que esta teoría epistémica de la democracia supone una teoría de la determinación judicial. Creo que esto último nos permite superar cada uno de los tres estratos de obstáculos en contra de la sistemática satisfacción de los tres requisitos básicos dirigidos al Poder Judicial, que expliqué en las secciones previas.

En cuanto a la estructura del razonamiento práctico que se opone a que las normas jurídicas –cuando no son concebidas como derivaciones de principios morales– proporcionan razones para justificar decisiones, la respuesta es ésta: es verdad que cuando las normas jurídicas son entendidas como prácticas sociales, actos lingüísticos o textos, no proveen en sí mismas razones para justificar decisiones, y cuando son entendidas como juicios normativos deben ser puestas dentro del contexto de los principios morales de los cuales derivan y a los cuales pueden tener derecho a exceptuar. Pero cuando las razones constitutivas tienen un origen democrático, es posible pensar que existen razones morales para actuar según ellas. Son indicios creíbles para tener acceso a aquellas razones morales. Un juez que es nombrado de por vida y que no está con todas las personas involucradas, en el flujo de la discusión pública acerca de la aplicación de una norma, debe evitar la arrogancia de asumir que su reflexión individual es, en general, un método más confiable e imparcial para tener acceso a estándares generales que el proceso colectivo de decisión y discusión en el que el resto de los ciudadanos involucrados participan.

Por supuesto, un juez tiene los elementos que le permiten mantener su imparcialidad tanto como es posible, frente a los intereses de los ciudadanos que litigan ante él. Pero a fin de alcanzar una decisión justificable, debe aplicar principios universales y generales, y estos últimos deben ser aceptables no solo desde el punto de vista de las dos personas que se encuentran

27. Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*.

28. ROUSSEAU, *El contrato social*.

29. Ver NINO, "Kant vs. Hegel, otra vez", pp. 87-102

en los tribunales, sino también de todos los otros individuos que son afectados por ellos. Esto requiere poner a prueba los principios en cuestión, a través de un proceso colectivo, continuo de discusión y decisión.

Por lo tanto, un juez puede alcanzar una decisión justificada mediante la sola aplicación de la ley promulgada por los órganos democráticos, desde que está, de hecho, aplicando un juicio moral que el derecho ayuda a detectar. Los jueces preservan su autonomía a partir de que tienen razones epistémicas individuales que sostienen su decisión de acatar el resultado del proceso democrático. Por supuesto, en la medida en que el resultado del proceso democrático es inequívoco, esta decisión del juez sirve también para satisfacer el segundo requisito dirigido al Poder Judicial, desde que el subjetivismo es evitado y la ley provee una guía segura y previsible respecto a la decisión tomada conforme a ella. Pero, obviamente, todo esto supone que tenemos que superar también el segundo estrato de obstáculos contra la satisfacción de los tres requisitos básicos; aquellos planteados por la aparente indeterminación radical de la interpretación judicial de materiales jurídicos.

En efecto, pienso que esta teoría de la determinación judicial nos muestra también el camino para superar estos otros obstáculos. Lo que tiene una presunción de validez no es una práctica, texto o acto –aun cuando esto es perfectamente posible a fin de vincularlos con la ley para ciertos efectos–, sino la proposición que fue el objeto de este acuerdo mayoritario y que fue expresado mediante aquellas prácticas, textos o actos lingüísticos. Para detectar esta proposición a través de un texto, por supuesto, debemos tomar en cuenta la intención subyacente que nos conduce a su formulación, si bien normalmente esa intención remite a su vez al significado convencional de las palabras que son usadas (a menos que este significado convencional pueda ser solo interpretado, como ocurre generalmente cuando es vago o ambiguo, según la intención). Esta remisión al significado convencional no es una cosa menor, sino que tiene que ver con la publicidad del principio discutido y la necesidad de garantizar que fue entendido y contemplado por todas las personas involucradas. Por lo tanto, aunque lo que tiene validez presunta son las ideas que las personas concertaron cuando formaron el acuerdo mayoritario –y esto tiene obviamente que ver con las intenciones de esas personas– el modo más confiable de tener acceso a esas ideas es seguir el uso común cuando sea posible. Tal vez, aún sea cierto que este uso común no pueda ser aislado de los valores sustantivos sostenidos por los individuos que constituyen la mayoría y es

entonces, que estos valores también deben tomarse en cuenta a fin de detectar el objeto de la decisión mayoritaria.

Pero existe un hecho importante hasta ahora desatendido, que al ser incorporado altera todo el panorama. Este es el factor del tiempo y con él la variación en la coexistencia de la clase de aquellos que adoptan la decisión y aquellos que son afectadas por ella. La presunción de validez de las leyes democráticas depende de un proceso en el que el interés de los ciudadanos vinculados es contemplado gracias a su participación en el proceso. Pero obviamente, esto no es cierto en el caso de una ley que ha sido promulgada mucho tiempo atrás. No existen razones para pensar que el interés de las personas de vivir en el presente ha sido necesariamente contemplado por la ley promulgada en un pasado lejano. Por supuesto, en vista de la deseada estabilidad de la Constitución esto se aplica especialmente a ellas, más allá de los otros inconvenientes que veremos a continuación, contra la posibilidad de recurrir al acuerdo mayoritario que condujo a promulgar la Constitución.

El único modo que creo plausible para superar este problema es a través de la noción de que existe un proceso continuo de legislación tácita negativa, como ha sido señalado por pensadores como Hobbes, cuando dice que ‘el legislador es aquél que, no por cuya autoridad las leyes fueran dictadas por primera vez, sino por cuya autoridad todavía continúan siendo leyes’.³⁰ Esto implica la idea de que las leyes democráticas promulgadas en el pasado disfrutaran del consenso mayoritario en el presente, en la medida en que no sean derogadas cuando sea posible hacerlo. Por supuesto, la presunción se intensifica cuando el seguimiento del público y los legisladores hacia la ley en cuestión es provocado por su aplicación y por el proceso de discusión previo.

Esta presunción de la aprobación mayoritaria de los presentes –que es bastante plausible dado que, de lo contrario, las leyes deberían ser objeto de una permanente promulgación– tiene importantes consecuencias para la interpretación de materiales jurídicos. Esto significa que el consenso mayoritario, que debe ser detectado, se extiende a lo largo del tiempo y debe necesariamente tomar en cuenta las convenciones lingüísticas y evaluativas de la generación presente. Esto es así obviamente, solo en la medida en que una expresión como “castigos crueles e inusuales” no sea interpretada

30. HOBBS, *Leviathan*

en un modo que pueda ser escandaloso a los usos lingüísticos y la conciencia moral los individuos del presente, que mueva a enmendar o modificar lo establecido por el lenguaje constitucional o jurídico.

Este interés en el consenso del presente implica, por supuesto, algún riesgo de misticismo y así de autoritarismo (todos los dictadores apelan al consenso de los ciudadanos que no se expresa de un modo formal y legítimo). Por esta razón es crucial prestar especial atención a las declaraciones formales y actos deliberativos, desarrollados en un contexto del proceso de toma de decisiones y de tratar de encontrar el camino para provocar la discusión necesaria y explícita acerca del asunto controvertido.

A pesar de las complicaciones que este concepto tiene que enfrentar, provee sin embargo un modo de entendimiento coherente de toda la disparidad de recursos que estamos tentados a emplear cuando interpretamos las normas: las intenciones de los participantes del pasado y del presente en el proceso democrático son obviamente relevantes para tratar de detectar el consenso mayoritario extendido sobre el tiempo; esas intenciones, sobre todo en sus proyecciones contra fácticas son reconstruidas mediante factores contextuales y convencionalismos lingüísticos, teniendo en cuenta que generalmente las intenciones de los participantes en el proceso remiten a aquellas convenciones; por lo menos en relación con algunos conceptos, los convencionalismos lingüísticos son entretrejidos con evaluaciones positivas. Cuando estas son relevantes, el juez debe ser cuidadoso de no mezclarlas con sus propios puntos de vistas críticos, no solo para no deformar aquellas evaluaciones positivas, sino también para no contaminar su juicio crítico: no es que la moral positiva sea automáticamente válida, sino que solo sirve para reconstruir un consenso mayoritario extendido sobre el tiempo que nuestro juicio crítico nos dice que tenemos motivos para respetar, desde que, a la larga, éste es el criterio más confiable de imparcialidad.

Esta visión sobre la interpretación, a pesar de que implica reconocer una gran cantidad de incertidumbre y creatividad en la tarea judicial, no obstante permite satisfacer hasta un cierto punto el segundo requisito dirigido al Poder Judicial, ya que establece limitaciones previsibles a los elementos que deberían ser tenidos en cuenta en la asignación de los significados de los textos.

Por supuesto, todas estas consideraciones plausibles también tienen un gran impacto en el tercer estrato de obstáculos conectados con la revisión judicial. Esta visión de la democracia nos ayuda a percibir que existe un malentendido muy común acerca de la noción de derechos que ha

conducido a muchas personas a sostener una concepción expansiva de la revisión judicial. Es posible definir derechos como barreras o 'cartas de triunfo', que protegen algunos bienes básicos de los individuos en contra de los intereses agregativos de otros o del cumplimiento de objetivos colectivos. Esta es la función básica de los derechos que se deriva del principio de la inviolabilidad de las personas que establece que nadie puede ser dañado o sacrificado por la sola razón que esto beneficie a otras personas en una medida mayor al perjuicio causado (quizá este principio puede ser reformulado en un sentido igualitario, y entonces proscibiría solo disminuir la autonomía de alguien para lograr un aumento en la autonomía de otros individuos).³¹ Pero esto es muy diferente de otra caracterización de los derechos según la cual estos ponen límites o barreras en contra de las decisiones mayoritarias. Sólo bajo una visión utilitarista o economicista de la democracia, que supone que la decisión mayoritaria siempre expresa la maximización de los intereses agregados, podemos inferir esa caracterización de los derechos.

Si no incurrimos en este error en la caracterización de los derechos no existe razón para suponer que el valor epistémico de la democracia no se extiende sobre ellos y que los asuntos que se vinculan con el alcance y los conflictos de derechos no son decididos mejor mediante el proceso de decisión democrática. De hecho, si uno adopta una concepción robusta del alcance de los derechos, según la cual estos se correlacionan no solo con deberes negativos sino también con deberes positivos, difícilmente podemos negar que tales cuestiones de derechos son un problema de la discusión y la decisión democrática, ya que, de lo contrario, sería muy poco lo que este proceso deje fuera del dominio de la moral.

Por mucho que simpatice con aquellos liberales que son propensos a confiar la custodia de los derechos individuales que son amenazadas por mayorías (conservadoras) a los jueces (liberales), no puedo, dejar de estar de acuerdo intelectualmente, con aquellos³² que han llamado la atención acerca del peligro que envuelve a esta especie de coronación de los jueces como los nuevos reyes filósofos de los tiempos modernos, peligro que se hace evidente cuando estos magistrados recurren a posiciones más conservadoras (como un efecto retrasado de las mayorías que indirectamente influyeron en sus nombramientos). Los jueces que, por ejemplo, declaran que la crimi-

31. Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, citado.

32. WALZER, Michael.

nalización de la tenencia de estupefacientes es inconstitucional (con lo que acuerdo fuertemente),³³ le allanan el camino a otros jueces que declaran que los montos de ciertos impuestos violan el principio de propiedad. La mayoría de los problemas de los derechos requieren recurrir a principios que debemos aceptar desde un punto de vista imparcial, y no existen razones para suponer que este punto de vista no sea más fácilmente alcanzable mediante el proceso colectivo de discusión y decisión de las personas involucradas.

No hace falta decir que este obstáculo no es superado por el hecho de que la propia Constitución tiene un sostén mayoritario. Como dije previamente, con frecuencia este apoyo fue expresado mucho tiempo atrás (a menudo en una forma democrática algo dudosa), fue construida de una forma tan difícil de modificar por las mayorías del presente y se redactó en términos tan vagos y ambiguos que no existen casi razones para darle peso, en áreas tan fundamentales de la moral, a aquél acuerdo por sobre éste consenso que puede ser alcanzado en el presente, mediante el proceso democrático, incluso cuando esto es presentado como una interpretación parlamentaria de un texto antiguo.

Pero existen ciertos derechos, o mejor dicho, algunos aspectos de los derechos, que tienen consecuencias muy diferentes. Esto es así, porque su satisfacción es una precondition para el proceso democrático que tiene algún valor epistémico respecto de la validez moral de los estándares adoptados. Si ciertos grupos de personas o incluso determinados individuos aislados son discriminados sistemáticamente, o perseguidos, o su libertad de expresión es reducida, o sus asuntos reconocidos como de interés público son desplazados por la aguda insatisfacción de necesidades esenciales básicas, o si el proceso democrático es manipulado o falsificado, o si algunas personas o grupos tienen una enorme incidencia en el proceso de discusión, o si lobbies y grupos interesados están transformando el proceso en un simple concurso de intereses, o si los partidos políticos están siendo transformados en grupos de interés, o si las vías de participación son restringidas, el proceso se aparta tanto de la discusión moral original que la presunción de la validez de sus resultados desaparece casi por completo.

Por eso, estoy de acuerdo con autores como John H. Ely³⁴ en que los jueces bajo una Constitución democrática deben ejercitar la revisión

33. WALZER, Michael.

34. ELY., *Democracy and Distrust*.

judicial a fin de involucrarse en el proceso y no en la esencia, actuando como referees del proceso de discusión y decisión democrática. Como sostiene Ely, las fallas ocurren cuando el proceso no es confiable, ya sea porque algunas personas son excluidas o porque algunas minorías son sistemáticamente desaventajadas; los representantes elegidos son las personas menos confiables en la identificación de estas situaciones, mientras que los jueces como entes extraños en el sistema político no están tan afectados por los vicios del propio sistema.

Esta concentración de los jueces en el proceso, o en lo que podemos considerar derechos *a priori* –dado que derivan de precondiciones del proceso de conocimiento moral– no implican, en absoluto, un rol pasivo. Por el contrario, como lo indica la breve referencia a todas las formas en que el proceso puede ir en una dirección equivocada, la tarea de supervisar el proceso democrático es *herculeano*. Existe una conexión interesante aquí: como la presunción de validez de las leyes se torna más débil y entonces los jueces tienen menos razones para confiar en ellas, mayor es su responsabilidad por adoptar medidas para corregir y mejorar el proceso democrático.

Existen algunas asociaciones libres entre derechos *a priori* y *a posteriori* –aquellos que son determinados por su condicionamiento de la validez del proceso democrático y aquellos que son determinadas a través del propio proceso democrático– y los derechos positivos y negativos. Si bien, la última distinción no tiene para mí mucha relevancia moral desde que depende de si los derechos son violados por acciones u omisiones, lo que a su vez, depende de cómo sea el *statu quo*, pienso que esto tiene relevancia para la revisión judicial: en general, detener la continuidad de una violación pasiva de derechos –por ejemplo, cuando las personas no están provistas de vivienda o salud– implica asignar recursos y crear arreglos institucionales que puedan violar otros derechos. Es generalmente correcto que la decisión sea tomada por órganos que dependan directamente del proceso político en el que todos los intereses estén expresados, excepto cuando la privación sea tan grande que afecte la participación de las personas involucradas en el proceso.

Incluso en lo que se refiere a estas cuestiones de procedimiento, el texto constitucional no es de gran relevancia para el razonamiento judicial práctico. Ello, debido a que cualquier variación importante entre los requisitos enunciados por la Constitución para el proceso de toma de decisiones y los requisitos que deberían necesariamente observarse por

tener valor epistémico, no pueden ser convalidados por el dudoso origen democrático de la propia Constitución (principalmente cuando aquellas variaciones influyen en el procedimiento por el cual la Constitución puede ser modificada y de este modo también pone en discusión su legitimidad democrática). Así, excepto por la letra pequeña de la regulación en la Constitución sobre las características opcionales del mecanismo de toma de decisiones, su fuerza jurídica, su impacto en el razonamiento práctico de los jueces y otros funcionarios, son mucho más reducidos, a pesar de la inmensa importancia que pueden tener como un documento pedagógico o como una muestra simbólica de la libre determinación de una Nación determinada. Supongamos, por ejemplo, que una Constitución, que fue solo votada por hombres, estableciera que solo los hombres deben votar en las elecciones: ¿cuál sería una razón genuina para cumplir este texto? (en oposición a jugar esa trampa habitual de los abogados, la cual quizá está justificada dado el valor simbólico de la Constitución, quienes aparentan creer en su texto, aún sin estar de acuerdo, mientras que por otro lado apelan a cualquier recurso —algunos *obiter dictum* de los miembros de la convención, contra fácticos acerca de cómo deberían proceder en las presentes circunstancias, etc.— a fin de cambiar su claro significado en la dirección deseada) Si esto es cierto con respecto a los asuntos procedimentales, es aún más cierto en relación a prescripciones de fondo: como lo afirmé previamente, no existen razones generales para cumplir una prescripción legal que es inmoral excepto cuando es sostenida por un proceso democrático actual de discusión y decisión.

Este panorama de la revisión judicial implica un alto grado de satisfacción del tercer requisito cuando el material jurídico tiene un aceptable origen democrático. Al mismo tiempo, el segundo requisito dirigido al Poder Judicial es considerablemente satisfecho desde que la imprevista subjetividad del juez no interfiere en cuestiones de fondo y sus interferencias en relación a las cuestiones procedimentales siguen un patrón bastante predecible: maximizar la igualdad y abrir la participación en el proceso.

Por supuesto, este punto de vista respecto del impacto de la Constitución sobre el razonamiento judicial y la revisión de la constitucionalidad de las leyes democráticas tiene consecuencias relevantes para las reformas institucionales. Una de esas consecuencias parece ser la necesidad de facilitar enmiendas constitucionales a fin de que la propia Constitución pueda mejorar sus credenciales democráticas, reflejado en un modo más flexible los resultados del proceso continuo de discusión y decisión democrática.

También parece oportuno reflexionar sobre si el nombramiento y la inmovilidad de los jueces, que ejercen el control de constitucionalidad, no debería ser adaptado a la necesidad de una participación algo mayor en el proceso político, pero sin ser afectados por los posibles vicios de este proceso –como tal vez se logre en los tribunales constitucionales europeos que son mitad judiciales y mitad políticos–. Además, las posibilidades de actuación de los tribunales pueden ser adaptadas con más ingenio a la necesidad de afrontar con zonas grises en la determinación de si lo que está en juego es un derecho *a priori*, que necesita de un reconocimiento judicial o solo se trata de un derecho *a posteriori* cuyo alcance y límites deben ser fijados a través del proceso democrático. Quizá, incluso cuando la decisión favorece la segunda posibilidad, sería importante que los jueces pudieran provocar formalmente el proceso de discusión y decisión, a fin de que haya una especie de poder de veto que pueda ser anulado por una explícita “re-promulgación” del Congreso.

En casos en los que los derechos son violados por la pasividad del legislador, quizás, sería un progreso si los jueces pudieran ordenarle a una comisión parlamentaria que informe si considera adecuado proponer la legislación necesaria para hacer cumplir el derecho en cuestión. En general, parece apropiado que los jueces tengan mayor poder para estimular y robustecer el dialogo público. Posiblemente esto signifique una cierta participación de los jueces en este dialogo, que no es algo para lamentar, incluso puede hacerlos más interdependientes que independientes de los otros poderes del Estado.

Muchas de las consecuencias para la adjudicación de la teoría epistémica de la democracia defendida, son todavía oscuras y muchas parecen estar en una profunda tensión con sentidas convicciones intuitivas. Pero considero que esas convicciones provienen de una postura epistémica individualista que debemos evitar para no caer en el más extremo nihilismo jurídico. La visión presentada intenta mostrar que los requisitos básicos dirigidos al Poder Judicial –para arribar a decisiones justificadas mediante la aplicación de la ley en una dirección segura– son viables y coherentes entre sí. Estos requisitos forman parte del ideal de tener un Poder Judicial, que considero, aún estamos en condiciones de cumplir.

BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Defined*, John Murray, 1832, London.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Bloomsburry, 1997, New York.
- ELY, John H., *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, Massachusetts.
- HABERMAS, Jurgen, "Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification", MIT Press, 1990, Massachusetts.
- HART, Herbert L., *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, 1961, Oxford.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan: Or the Matter; Forme and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil*, Oxford University Press, 1651, Oxford.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, Massachusetts.
- KRIPKE, Saul A., *Naming and Necessity*, Harvard University Press, 1940, Massachusetts.
- MONTESQUIEU, *The Spirit of the laws*, George Bell & Sons, 1892, New York.
- NINO, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1984, México.
- , "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", en *Doxa*, Vol. 5, pp. 87-105.
- , *Ética y Derechos Humanos: un ensayo sobre fundamentación*, 2da ed., Astrea, 1989, Buenos Aires.
- , "Kant vs. Hegel, otra vez", en *Ágora*, Vol. 4, N°2, pp. 87-102
- , *La Validez del Derecho*, Astrea, 1985, Buenos Aires.
- PUTNAM, Hilary, "The Meaning of 'Meaning'", en *Minnesota Studies in Philosophy of Science*, Vol. 7, 1975, pp. 131-193.
- RAWLS, John, *A theory of Justice*, Oxford University Press, 1971, Oxford.
- RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System: an introduction to the Theory of a Legal System*, Oxford University Press, 1980, Oxford.
- ROSS, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, 1959, California.
- ROUSSEAU, Jean J., *The social contract or Principles of political right*, Swan Sonnenschein & Co., 1895, London.