
Los aspectos institucionales en la interpretación constitucional

Pedro A. Caminos*

Resumen

Hasta ahora, la literatura especializada en teoría constitucional estudió la cuestión de la interpretación de la constitución en conexión con otros grandes problemas teóricos, tales como la democracia, el estado de derecho, la propia idea de constitucionalismo, el papel de la autoridad, o ciertos desarrollos en la filosofía del lenguaje normativo. Un buen ejemplo de ello es la teoría de la interpretación constitucional elaborada por Ronald Dworkin. Este enfoque tiene la desventaja de que no aprecia la importancia de los aspectos institucionales del derecho para la interpretación. En este trabajo, siguiendo la propuesta de Adrian Vermeule, procuraremos elaborar una teoría institucional de la interpretación constitucional.

Palabras clave: **teoría constitucional, interpretación constitucional, derecho como integridad, teoría institucional de la interpretación.**

Abstract

Until recent times, constitutional scholarship has studied the issue of the interpretation of the constitution in relation with other problematic questions, such as democracy, the rule of law, the very nature of constitutionalism, the role of authority or certain developments in the philosophy of normative language. A good example of this state of affairs is Ronald Dworkin. This approach has the handicap of not being able to take into account the importance of the institutional dimension of law for legal interpretation. In this paper, following Adrian Vermeule, we will try to sketch an institutional theory of constitutional interpretation.

Key words: **constitutional theory, constitutional interpretation, law as integrity, institutional theory of legal interpretation.**

* Abogado (UBA). Docente de derecho constitucional en la Universidad de Buenos Aires.

I. Una omisión recurrente en la teoría constitucional

Las primeras clases de los cursos de derecho constitucional suelen estar dedicadas a la teoría constitucional. Bajo ese rótulo, se estudian diversos temas que incluyen, entre otros, a la problemática del poder constituyente y la reforma de la constitución, a la caracterización de los diferentes sistemas de control de constitucionalidad, y una discusión relativa a sus virtudes y defectos, a las diversas tipologías y clasificaciones de constituciones y sistemas constitucionales, a la relación entre constitucionalismo y democracia, y también, a la recurrente cuestión de la *interpretación constitucional*.

El estudio de la interpretación de la constitución, habitualmente, comprende una enumeración de los diferentes métodos, judiciales y doctrinarios, que suelen ser utilizados para interpretar la constitución.¹ Según la importancia que se le asigne al tema, a veces se incluye también una discusión sobre los méritos y vicios de cada método, la cual suele desembocar o bien en una defensa de alguno de los métodos en particular, o bien en la adopción de una postura escéptica, que niega la racionalidad de la empresa interpretativa.² En cualquier caso, la inconmensurabilidad entre los diferentes enfoques interpretativos constituye uno de los principales problemas de la teoría constitucional contemporánea.³

84

A pesar de la importancia que tiene el debate sobre la interpretación constitucional, los términos en que el mismo se ha desarrollado hasta la actualidad no son del todo satisfactorios. En efecto, las discusiones sobre cuáles son los mejores enfoques interpretativos suelen ser, en verdad, el resultado de discusiones teóricas más amplias y ambiciosas, que reflejan compromisos con otros conceptos centrales, como lo son la democracia, el estado de derecho, la propia idea de constitucionalismo, el papel de la autoridad, o ciertos desarrollos en la filosofía del lenguaje normativo. Como sostiene Adrian Vermeule, los enfoques que descansan en tales presupuestos

1 Para dos obras muy divulgadas en el contexto argentino que utilizan ese tipo de metodología, véase Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de interpretación constitucional. Homenaje a Karl Loewenstein* (Lexis Nexis: Buenos Aires, 2007), 2 tomos; Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución* (Depalma: Buenos Aires, 1998).

2 Para un trabajo que incorpora una discusión normativa sobre los métodos de interpretación, véase Roberto Gargarella, "Interpretación del derecho", en Susana Albanese et al., *Derecho constitucional* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004). La posición que sostiene que la variedad de métodos interpretativos es síntoma de la irracionalidad de la empresa interpretativa puede encontrarse en Daniel Mendonca y Ricardo A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método* (Madrid: Marcial Pons, 2004), 112-115.

3 En tal sentido, véase Richard H. Fallon Jr., "A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation", *Harvard Law Review*, vol. 100, n° 6, 1189-1286, 1191.

teóricos tienden a darle poca, o ninguna, importancia a los aspectos institucionales de la interpretación, esto es, a las *capacidades institucionales* de los diferentes candidatos a intérpretes (por ejemplo, jueces y legislaturas) y a los *efectos sistémicos* que cada uno de los enfoques pueda tener.⁴

Este descuido de los aspectos institucionales en materia de interpretación constitucional se aprecia también en las discusiones relativas al razonamiento práctico judicial. Como habremos de explicar a lo largo de este trabajo, algunos autores proponen ciertas estrategias de interpretación constitucional o describen determinadas formas de razonamiento práctico constitucional como si los jueces no estuviesen constreñidos por ningún límite institucional o como si esos límites tuvieran exactamente el mismo perfil y alcance en los diferentes países que tienen alguna clase de control de constitucionalidad.

En las siguientes secciones, intentaremos demostrar de qué forma las consideraciones institucionales inciden en el razonamiento práctico de los jueces a la hora de ejercer el control de constitucionalidad. Con ello, perseguiremos tres objetivos. El primero es convencer a los especialistas en derecho constitucional de la gran relevancia que los aspectos institucionales tienen para su materia. El segundo objetivo, similar al primero, es conseguir que los jueces adviertan por qué no deben menospreciar a las consideraciones institucionales. Y, finalmente, el tercer objetivo consiste en demostrar que nuestra práctica constitucional es mucho más rica, refinada y sofisticada de lo que algunos análisis simplistas quieren hacernos creer.

85

II. Interpretación constitucional sin límites institucionales

(i) La interpretación constitucional según Dworkin

Ronald Myles Dworkin fue, sin dudas, uno de los más influyentes filósofos del derecho de las últimas décadas. Sus aportes, tan trascendentes como variados, van desde el intento de elaborar una teoría del derecho no positivista, combinada con una teoría no utilitarista sobre los derechos, hasta la formulación de una muy sofisticada filosofía ética y moral, fundada en el igualitarismo liberal.⁵ Su preocupación por los problemas

4 Véase, en general, Adrian Vermeule, *Judging Under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation* (Cambridge: Harvard University Press, 2006). Ver también, Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts* (Princeton Princeton University Press, 1999), caps.1 y 7.

5 Véase, respectivamente, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino (Barcelona: Ariel, 1984); *id.*, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, trad. Fernando Aguiar, María Julia Bertomeu y Antoni Domenech (Barcelona: Paidós, 2003).

filosóficos estuvo siempre acompañada por una intensa participación en los debates públicos sobre cuestiones de gran interés en los Estados Unidos, incluyendo discusiones sobre decisiones constitucionales adoptadas por la Suprema Corte de ese país.⁶

A mediados de la década del ochenta, Dworkin publicó *Law's Empire*, libro en el cual estableció los fundamentos de su filosofía *interpretativa* del derecho.⁷ Con esa base teórica, elaboró una concepción sobre la interpretación constitucional a la que denominó la “lectura moral” de la constitución. De acuerdo con Dworkin, la constitución de los Estados Unidos, así como la mayoría de las constituciones contemporáneas, incluye una declaración de derechos, formulada en un lenguaje amplio y abstracto. La lectura moral propone que jueces, abogados y ciudadanos interpreten y apliquen esas cláusulas abstractas en el entendimiento de que ellas invocan principios morales relativos a la decencia política y a la justicia. De ese modo, la lectura moral incorpora a la moralidad política al núcleo del derecho constitucional.⁸

Para Dworkin, la moral resulta inescindible de la práctica jurídica. Sin embargo, en el caso del derecho constitucional, la necesidad de contar con una adecuada teoría de la moralidad política se vuelve acuciante. Ello es el resultado, entre otras cosas, de la circunstancia de que la constitución es el fundamento del resto del derecho. Su interpretación debe encajar con, a la vez que justificar, el diseño básico del poder político de la comunidad, razón por la cual debe proveer una justificación que surja de la vertiente más filosófica de una teoría política.⁹

Como vemos, para Dworkin la tarea interpretativa posee dos dimensiones que deben ser tenidas en cuenta para llevar adelante interpretaciones *exitosas*.¹⁰ Por un lado, una interpretación debe *encajar* con los elementos que, de acuerdo a cierta descripción, son considerados como centrales o constitutivos de una determinada práctica, en la

6 Muchas de sus contribuciones a diferentes debates públicos están incluidas en Ronald Dworkin, *Una cuestión de principios*, trad. Victoria de los Ángeles Boschioli (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012); *id.*, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (Vintage: Nueva York, 1994); *id.*, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 1996).

7 Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. Claudia Ferrari (Barcelona: Gedisa, 1988). En obras posteriores, Dworkin defendió su propuesta interpretativa frente a diferentes ataques. Véase Ronald Dworkin, *La justicia con toga* (Madrid: Marcial Pons, 2007); *id.*, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 2011).

8 Dworkin, *Freedom's law*, 2.

9 Dworkin, *El imperio de la justicia*, 267.

10 Para una discusión sobre las condiciones de éxito de una teoría interpretativa según la visión dworkiniana del derecho, véase Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory* (Oxford: Hart, 2001), 103-132.

cual el propio intérprete participa. Por otra parte, la interpretación debe ser capaz de mostrar esos elementos *en su mejor luz*, esto es, debe ofrecer una *justificación* de esos elementos con fundamento en principios de moralidad política. Dworkin sostiene que, en el marco de la primera dimensión, existe un *consenso* relativamente amplio entre los intérpretes pues, en general, todos están de acuerdo en la identificación de los materiales jurídicos relevantes. Al mismo tiempo, sin embargo, Dworkin admite que, en la segunda dimensión, pueden producirse *desacuerdos* entre los intérpretes, quienes diferirán acerca de cuál pueda ser la justificación adecuada para la práctica. Aquellas dos dimensiones dejan abierta la puerta para una tercera dimensión de la tarea interpretativa, a la cual Dworkin denomina *prospectiva*, y que consiste en señalar que la justificación ofrecida de acuerdo a la segunda dimensión puede guiar la conducta de los participantes de la práctica en el sentido de *transformar* aquellos elementos identificados en la primera dimensión que no puedan ser adecuadamente justificados.¹¹

Una objeción habitual a esta forma de entender la tarea interpretativa es que ella permitiría que los jueces impongan sus propias visiones sobre lo que la moral requiere, en lugar de obligarlos a que decidan los casos invocando normas jurídicas las cuales, según se suele asumir, tienen un carácter menos subjetivo que las morales. Sin embargo, Dworkin enfrenta esta objeción recurriendo a un valor que, a su juicio, es central para entender el funcionamiento del derecho. Se trata de la *integridad*. Dicho valor les exige a los jueces que “*identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad*”.¹²

87

De ese modo, un juez que actúe de buena fe incorporará a la integridad en sus consideraciones a la hora de resolver un caso. Por cierto, otros valores, como la justicia, la equidad o el debido proceso, también entran en el juego, y el juez deberá decidir cómo reconciliarlos. Lo relevante es, sin embargo, que su sentencia no estará adecuadamente fundamentada si no tiene en cuenta a todos esos valores. Por lo tanto, aun cuando tenga un margen importante de libertad, en la concepción dworkiniana, los jueces también están limitados. Y parte importante de esos límites surgen del hecho de que el juez debe dar cuenta de las decisiones pasadas, adoptadas por los constituyentes, por los legisladores o por otros jueces, para poder tomar una decisión en la actualidad.

En resumen, Dworkin afirma explícitamente que los jueces no deben ver expresadas a sus propias convicciones en las cláusulas de la constitución, ni tampoco deben leer dichas cláusulas como si ellas expresaran un juicio moral particular, por

11 Dworkin, *El imperio de la justicia*, 57-59, 74-78, 281-290.

12 Dworkin, *El imperio de la justicia*, 164.

muy atractivo que el mismo les parezca, salvo que consideren que él es coherente, en principio, con el diseño estructural de la constitución, así como también con la sucesión de interpretaciones constitucionales adoptadas por los jueces en el pasado.¹³ En otros términos, los jueces deben verse a sí mismos como parte de una práctica cooperativa, en la cual, junto con otros jueces y funcionarios públicos, de la actualidad y del pasado, se elabora una moralidad constitucional coherente, debiendo además comprobar que su contribución a esa práctica encaje con la tarea realizada por el resto.

Dworkin ilustra esta idea recurriendo a la célebre metáfora de la novela en cadena. El juez puede verse a sí mismo como el autor del capítulo de una novela, cuyos capítulos anteriores fueron, cada uno de ellos, elaborados por un autor distinto. Las decisiones de los autores anteriores constriñen las decisiones que debe tomar el autor actual, si es que éste está comprometido con mantener cierta unidad y coherencia dentro de la novela. Pero esa restricción no implica que el autor no tenga un margen de libertad relativamente amplio para plasmar su propia concepción sobre la historia relatada en la novela, o sobre aspectos más generales de la literatura o la estética.¹⁴

(ii) El razonamiento práctico de Hércules

88

Hasta este punto, describimos los aspectos generales de la teoría interpretativa del derecho formulada por Dworkin. Ahora, procuraremos dar cuenta de la forma en que esa teoría interpretativa moldea una determinada forma de razonamiento práctico. Para explicar cómo se desarrolla la actividad judicial, Dworkin se vale de un juez imaginario, al que llama “Hércules”. Lo que caracteriza a Hércules es que posee “*habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas*”.¹⁵ Además, Hércules acepta el proyecto dworkiniano del derecho como integridad, y por eso, está dispuesto a adoptar decisiones que provengan de una interpretación que se adapte y justifique la práctica tal como se desarrolló hasta ese momento.¹⁶

Supongamos que Hércules debe resolver un caso constitucional sobre libertad de expresión en la Argentina.¹⁷ Un periodista publicó en su propio *blog* una serie de artículos relacionados con los vínculos, presuntamente viciados de corrupción, entre una empresa constructora, contratista de obra pública, y varios funcionarios

13 Dworkin, *Freedom's Law*, 10.

14 La metáfora de la novela fue desarrollada en Dworkin, “En qué se parece el derecho a la literatura”, en *Una cuestión de principios*, 205-211. Ver también, Dworkin, *El imperio de la justicia*, 166-169; *id.*, *Freedom's Law*, 10.

15 Dworkin, *Los derechos en serio*, 177.

16 Dworkin, *El imperio de la justicia*, 173.

17 Dworkin, *El imperio de la justicia*, 173.

del gobierno. Como parte de su investigación, el periodista también creyó encontrar evidencia que demostraría que uno de los socios de la empresa sería el dueño de un local de juego clandestino. Llegado el momento, el periodista decidió publicar un nuevo artículo en el cual, sin indicar cuáles serían sus fuentes, afirmó que el empresario, a quien individualizó, era efectivamente el dueño de un garito.

A partir de la publicación de ese artículo, el empresario sufrió varios problemas. Su mujer lo abandonó, se le inició una causa penal y su nombre pasó a figurar frecuentemente en diversos medios de comunicación masiva. Lentamente, sin embargo, la situación fue estabilizándose, hasta que, al final, los medios se olvidaron de él, y fue sobreseído en la causa penal en la que se lo investigaba. En estas circunstancias, el empresario decide iniciar una acción de daños y perjuicios en contra del periodista, la cual queda radicada en el juzgado de Hércules.¹⁸

Para resolver el caso, siguiendo las pautas del derecho como integridad, Hércules debe identificar una teoría coherente sobre la reparación de daños provocados por la difusión de información falsa o inexacta a través del ejercicio de la libertad de expresión en casos de interés público, que le permita resolver el caso de manera consistente con las decisiones pasadas y que, al mismo tiempo, pueda mostrar esas decisiones pasadas en su mejor luz. Hércules considera que los siguientes principios son candidatos serios para ocupar ese lugar: 1) el principio de la inmunidad absoluta de la prensa; 2) el principio de la inmunidad absoluta en casos de interés público; 3) el principio de la inmunidad relativa en casos de interés público; 4) el principio del manejo diligente de la información publicada; 5) el principio tradicional de la responsabilidad civil (*neminem laedere*).¹⁹

89

18 Por lo tanto, el caso tiene las siguientes características: 1) se difundió una noticia inexacta; 2) que provocó un daño a una persona; 3) en un caso de interés público (pues se trata de las supuestas actividades delictivas de uno de los socios de una empresa que tiene contratos con el gobierno, presuntamente obtenidos mediante actos de corrupción).

19 El principio de la inmunidad absoluta indica que en ningún caso el ejercicio de la libertad de expresión puede dar lugar a responsabilidades ulteriores. El principio de la inmunidad absoluta en casos de interés público tiene un alcance más restringido, pues se refiere únicamente a casos en los que, de alguna manera, esté involucrado el gobierno, sus funcionarios o personas relacionadas con actividades gubernamentales. El principio de la inmunidad relativa establece que la difusión de información falsa o inexacta en casos de interés público sólo genera responsabilidad si el damnificado demuestra que el medio de comunicación o el periodista sabía que la información era falsa, o actuó con notoria despreocupación respecto de su falsedad. Finalmente, el principio del manejo diligente de la información publicada determina la responsabilidad por la difusión de información inexacta siempre que la publicación no hubiera tomado una serie de medidas para evitar provocar el daño o para dar cuenta del hecho de que no hay certeza sobre la veracidad de la información brindada (ej.: mantener en reserva la identidad de la persona involucrada, informar la fuente de la información o utilizar el modo potencial).

Como primera medida, Hércules deberá determinar cuáles de estos principios se ajustan a los materiales jurídicos relevantes. Este primer análisis, en el cual el juez es guiado por la virtud de la integridad, llevará a Hércules a descartar el principio 1). En efecto, tanto la legislación civil y penal, como diferentes precedentes judiciales, establecen que el ejercicio de la libertad de expresión puede dar lugar a *responsabilidades ulteriores*. Por lo tanto, en la Argentina, la adopción de un principio que estableciera la inmunidad absoluta en materia de libertad de expresión resultaría flagrantemente contradictoria con la virtud de la integridad. Por otra parte, el principio 5) tampoco parece ajustarse adecuadamente a las prácticas establecidas pues, si bien el artículo 1071 bis del Código Civil parece apoyar la idea de que los casos de libertad de expresión deben quedar directamente regulados por las normas generales sobre responsabilidad civil, lo cierto es que la jurisprudencia suele tratar estos casos en forma diferenciada.

Al continuar su investigación, Hércules descubre que en algunos casos, la Corte Suprema invocó el principio 4).²⁰ Sin embargo, también advierte que los casos en los que los damnificados por la difusión de informaciones inexactas fueran funcionarios públicos, suelen ser resueltos por la Corte Suprema a través de la doctrina de la real malicia, esto es, invocando un principio similar a 3).²¹

90

La cuestión es un tanto más compleja, en lo que respecta al principio 2). En efecto, en principio no existen casos o legislación que establezcan una inmunidad absoluta de responsabilidad civil por el ejercicio de la libertad de expresión en casos de interés público. No obstante, Hércules encuentra que la legislación penal fue modificada, excluyendo expresamente la responsabilidad criminal en aquellos casos.²² Esa decisión legislativa, a su vez, tiene su antecedente en una decisión de un organismo supranacional de derechos humanos que consideró que la difusión de noticias en casos de interés público, aun cuando pudieran generar un daño, no debía ser sancionada, pues, en caso contrario, se violaría el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²³ Dado que dicha norma tiene jerarquía constitucional y que nuestra práctica le reconoce valor interpretativo a las decisiones adoptadas por los órganos supranacionales encargados de aplicar los tratados con jerarquía constitucional, Hércules tiene una razón para pensar que el principio de la inmunidad absoluta en casos de interés público es consistente, aunque sea en parte, con la práctica.

20 CSJN, "Campillay, Julio César c/ La Razón y otros", 15/05/1986, *Fallos* 308:789.

21 CSJN, "Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros", 24/06/2008, *Fallos* 331:1530.

22 La modificación normativa se efectuó a través de la ley 26.551 (B.O. 27/11/2009).

23 Corte IDH, Caso Kimel v. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 177.

Esta reconstrucción de la tarea judicial guiada por la virtud de la integridad permite ilustrar la forma en que el juez se ve constreñido por la práctica. Quizás, Hércules considere que la mejor teoría moral en materia de libertad de expresión consistiría en adoptar el principio de la inmunidad absoluta. Sin embargo, en su papel de juez, la integridad lo obliga a tener en cuenta las decisiones pasadas, y de esa manera debe descartar a un principio tal como candidato para resolver el caso.

La reconstrucción también permite explicar, al mismo tiempo, cómo es que la virtud de la integridad puede exigirle al juez que, en su análisis de los materiales jurídicos relevantes, se aleje del núcleo al cual pertenece el caso específico que debe resolver. Como ocurrió con el principio de la inmunidad absoluta en casos de interés público, la búsqueda del ajuste con la práctica llevó a Hércules a investigar los casos en los cuales la discusión no tenía como objeto a la responsabilidad civil, sino a la responsabilidad penal. Al ampliar el campo de análisis, Hércules puede preguntarse si los otros principios se extienden a la responsabilidad penal. Y, en tal sentido, descubre que la Corte aplicó también la doctrina de la real malicia, es decir, el principio 3), a la responsabilidad penal.²⁴

En este punto es importante tener en cuenta dos aspectos de la propuesta dworkiniana. En primer lugar, en determinadas circunstancias, puede ocurrir que el juez tenga buenas razones para reconocerle prioridad en su juicio a los elementos que están más “cerca” del caso que debe resolver, esto es, lo que Dworkin denomina “prioridad local”. En nuestro ejemplo, la prioridad local sería una razón para descartar al principio 2), pues el caso que debe resolver Hércules es uno de responsabilidad civil, y dicho principio sólo se ajusta a la práctica penal.²⁵ Al mismo tiempo, la integridad exigiría que Hércules descarte al principio 4), pues el principio 3) tiene un alcance más amplio, al aplicarse también a casos de responsabilidad penal, y por ello es un mejor candidato para elaborar una teoría coherente sobre las decisiones pasadas.

Sin embargo, en segundo lugar, aun cuando el principio 3) parece ajustarse mejor que los otros principios a la práctica, lo cierto es que tanto el principio 2) como el principio 4) no son completamente incoherentes con ella. Aquí es donde

24 CSJN, “Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias – causa n° 9648”, 12/11/1996, *Fallos* 319:2741.

25 Dworkin, *El imperio de la justicia*, 180-183. Dworkin explica que la prioridad local depende de las divisiones disciplinarias habituales del derecho en diferentes materias, como ocurre por ejemplo con la distinción entre derecho privado y derecho penal. Según Dworkin, la virtud de la integridad exige respetar esos límites, en la medida en que ellos respondan a visiones compartidas en la comunidad y que, además, permitan identificar y diferenciar diferentes clases de principios morales. De otro modo, se trataría de límites arbitrarios y, por lo tanto, no se violaría la integridad si ellos no fueran respetados.

92 empieza a jugar la segunda dimensión de la teoría interpretativa, esto es, la de la justificación. Si Hércules considerase que la integridad no es una razón concluyente para descartar a los principios 2) y 4), en razón de que ellos también tienen cierto grado de consistencia con la práctica, entonces la solución del caso requerirá que las virtudes de la justicia y de la equidad entren en juego. En tal caso, la selección entre los diferentes principios ya no se guiará por su concordancia con los materiales jurídicos relevantes, sino con su capacidad para ofrecer la mejor justificación de los mismos. De ese modo, Hércules se preguntará si la historia de la comunidad será mostrada en una mejor luz si ella reconoce una protección especial a la libertad de expresión en los casos de interés público, que si no lo hace. Una respuesta afirmativa permitiría descartar al principio 4), mientras que una negativa sólo dejaría en pie a ese principio. Si Hércules compartiera la idea de que un gobierno republicano exige un debate abierto, desinhibido y vigoroso, entonces probablemente pensará que los principios que le conceden una protección especial al ejercicio de la libertad de expresión en los casos de interés público constituyen una mejor justificación de la práctica que el principio 4). Finalmente, la opción entre los principios 2) y 3) podría establecer que ese debate abierto, desinhibido y vigoroso necesita de periodistas y medios de comunicación responsables, que no se despreocupen notoriamente por la falsedad de las noticias que publican o que, peor aún, deliberadamente decidan publicar noticias falsas o inexactas. Ello permitiría descartar el principio 2), que establece la inmunidad absoluta en casos de interés público, y dejar abierta la puerta para que los damnificados puedan demostrar que concurren los presupuestos de la responsabilidad del periodista o del medio de comunicación.

Como vemos, el razonamiento práctico de Hércules está construido en dos niveles. En el superior, ciertas virtudes, básicamente la integridad, la justicia y la equidad, entran en tensión entre sí. Dicha tensión se resuelve estableciendo un balance entre las virtudes que le permite al juez efectuar una selección sobre los diferentes principios que están disponibles en el nivel inferior. El principio seleccionado constituirá el fundamento de la decisión judicial.

Cabe recordar que toda esa tarea es realizada por alguien que, como Hércules, tiene habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas. Esto quiere decir que la posibilidad de llevar adelante un razonamiento práctico de esa naturaleza disminuirá en la medida en que aumenten los costos de decisión e información. Por otra parte, la inclusión del juez en un tribunal colegiado también afectará su posibilidad de desarrollar planteos teóricos ambiciosos. Finalmente, Hércules toma sus decisiones en un contexto ajeno a cualquier tipo de restricción institucional. Ello tiene sentido en la medida en que la teoría interpretativa de Dworkin no está pensada sólo para jueces, sino también para los demás funcionarios e incluso para los ciudadanos en

general. Típicamente, el ciudadano puede llevar adelante sus razonamientos sobre lo que la constitución exige sin estar sometido a reglas institucionales.

Sin embargo, ello no es lo que ocurre con los jueces. Los tribunales están sometidos a diversos tipos de normas, como las reglas de competencia, las regulaciones de procedimientos, los plazos o el principio de congruencia procesal. Como habremos de ver, el contexto institucional tiene una incidencia concreta en el razonamiento práctico judicial, la cual no es captada adecuadamente por la propuesta del derecho como integridad.

III. El papel de las consideraciones institucionales en el razonamiento judicial

(i) El carácter institucional del derecho: autoridad y razones excluyentes

Una de las críticas habituales que se le formula a la teoría interpretativa elaborada por Dworkin es que la misma, tal como fue desarrollada, no da cuenta de ciertos aspectos centrales o elementales de la práctica jurídica, de modo tal que no permite una adecuada comprensión del derecho. Uno de esos aspectos se relaciona, precisamente, con el tipo de razonamiento práctico que el derecho como integridad propone. En efecto, Dworkin afirma que los jueces, en su tarea interpretativa, deben buscar los principios que puedan justificar del mejor modo posible a la práctica jurídica. Esa búsqueda es necesaria para que los tribunales puedan resolver los casos actuales pues será a partir de esa mejor justificación que elaborarán el fundamento de las sentencias que deban dictar. Así las cosas, Dworkin propone un criterio que lleva a identificar a las razones para la acción que provienen del derecho en razón de su *contenido*. Recordemos que, precisamente, la lectura moral de la constitución propone que las cláusulas abstractas del texto constitucional que declaren derechos sean interpretadas en el entendimiento de que ellas invocan principios morales relativos a la decencia política y a la justicia

93

El derecho moderno, sin embargo, nacido al calor de las guerras religiosas, constituye una herramienta para permitir que las personas cuenten con razones para la acción *con independencia del contenido de las mismas*. En otros términos, el derecho aspira a proveer razones para la acción, aun cuando ellas se funden en principios que no ofrezcan la mejor justificación de la práctica jurídica. O, incluso, aun cuando puedan violar la integridad, por proponer una ruptura radical con el pasado. La pretensión de autoridad del derecho, entonces, radica en su carácter *institucional*. La tarea de guiar la conducta de las personas es encomendada a instituciones, es decir, a creaciones sociales o culturales, que pueden ser identificadas

sin recurrir a criterios morales.²⁶ De ese modo, las personas podemos contar con razones para la acción que resultan accesibles a nuestro conocimiento sin necesidad de evaluar previamente su contenido.²⁷

Las instituciones del derecho, entonces, pretenden tener autoridad sobre sus destinatarios. Como vimos, el tener autoridad importa que los mandatos dotados de autoridad constituyen razones para la acción con independencia de la evaluación moral que efectúen sobre ellas las personas. Por lo tanto, las razones emanadas de una autoridad pretenden ser *razones protegidas para la acción*. Ello quiere decir que son razones para realizar una acción y que, además, *excluyen* del razonamiento del agente a determinado tipo de razones. Típicamente, las razones excluidas son aquellas relacionadas con la evaluación moral del contenido del mandato de autoridad.

Esta caracterización del derecho moderno puede ser defendida como un intento de proveer una comprensión adecuada del derecho, sin ánimo de, al mismo tiempo, afirmar que el derecho siempre tiene, efectivamente, la autoridad que pretende tener.²⁸ Si las cosas son de ese modo, Dworkin podría defenderse diciendo que su intención no es la de promover una comprensión del derecho que se limite a ajustarse a la práctica jurídica de (al menos algunos) países occidentales, sino que, además, se propone mostrar esa práctica en su mejor luz. Por lo tanto, seguiría esta defensa, sugerir una comprensión del derecho que permita mostrarlo como una práctica que incorpora a la moralidad y a la posibilidad de mejorar su contenido por vía interpretativa, llevaría a que, a la larga, tengamos efectivamente una mejor práctica jurídica.

Pues bien, en este punto es necesario hacer explícito el desacuerdo que mantenemos con el derecho como integridad. Si de verdad la aspiración de Dworkin, al proponer su teoría, es la de producir una mejor práctica jurídica, un fin loable, entonces nuestra discrepancia radica exactamente en el medio elegido para ello. Para decirlo rápidamente: ignorar el carácter institucional del derecho hará que nuestra práctica sea peor, no mejor. Como vemos, la crítica que aquí se propone no se limita a señalar, como ha hecho Joseph Raz, que el derecho como integridad expone una comprensión inadecuada del derecho. Nuestra crítica es que, por basarse

26 Hasta los defensores del derecho como un “orden espontáneo” admiten que las reglas que lo componen pueden ser identificadas mediante un estudio del comportamiento de las personas, esto es, de acciones sociales. Véase Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1973), vol. I “Rules and Order”, 76-81.

27 El argumento desarrollado en el texto es una interpretación algo libre de las ideas propuestas por Joseph Raz, “Autoridad, derecho y moral”, en *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melon (Barcelona: Gedisa, 2001).

28 Raz, “Autoridad, derecho y moral”, 232-233; cfr. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, 51-69.

en una comprensión inadecuada del derecho, adoptar el método del derecho como integridad nos llevará a tener una peor práctica jurídica. El desacuerdo, entonces, no es meramente metodológico, sino sustantivo.

Lamentablemente, no podemos desarrollar aquí los argumentos para justificar en forma adecuada nuestro desacuerdo con la concepción del derecho como integridad. Sólo estamos en condiciones de ofrecer algunas explicaciones tentativas al respecto. En primer lugar, una de las finalidades que se persiguen al utilizar un método de identificación de razones prácticas que no dependa de la evaluación de su contenido es la de procurar una guía para la acción capaz de resolver en forma *definitiva* los conflictos que pudieran plantearse. Como habíamos visto, para Dworkin, el momento interpretativo en el cual se debía ofrecer una justificación de los materiales jurídicos relevantes podía dar lugar a desacuerdos entre los intérpretes, los cuales recaían precisamente en dicha justificación. La solución de esos desacuerdos queda, en la propuesta dworkiniana, supeditada a que los participantes encuentren una *respuesta correcta* al conflicto. Sin embargo, aun si por hipótesis existiera tal cosa como una respuesta correcta, lo cierto es que no es para nada evidente que una de las partes en el conflicto estará dispuesta a aceptar que la solución propuesta por su contendiente *es* la respuesta correcta. O, dicho de otro modo, en los debates públicos es poco frecuente que una parte acepte que su posición es incorrecta. Sin criterios autoritativos para resolver la cuestión, no es posible superar el desacuerdo y alcanzar una respuesta que permita guiar la acción de las partes, con independencia de lo que ellas piensen sobre el objeto de su disputa.

95

Estas reflexiones llevan, en segundo lugar, a reconocer otra dificultad que tienen las teorías interpretativas que prescinden de los aspectos institucionales del derecho. Si los desacuerdos sobre lo que el derecho requiere se desarrollan bajo el supuesto de que existen respuestas correctas, el juez que elabore una teorización completa sobre esos requerimientos estará descartando a otras concepciones, quizás fuertemente arraigadas o que reflejan compromisos éticos muy profundos de ciertas personas, en el entendimiento de que ellas son *incorrectas o falsas*. Si bien existen contextos en los que, inevitablemente las decisiones de los funcionarios públicos implicarán una toma de partido en sensibles cuestiones éticas, lo cierto es que ciertos valores fundamentales, como el respeto y la igualdad, refuerzan la idea de que el gobierno, en general, y los jueces, en particular, no deben imponer su propia visión sobre estas cuestiones a otros ciudadanos. No proceder de ese modo podría llevar a una moralización del conflicto político, con consecuencias muy negativas en la medida en que las partes, en lugar de entenderse a sí mismas como integrantes de una práctica común, podrían verse como rivales en una lucha por la imposición de valores éticos fundamentales.

El carácter institucional del derecho, entonces, puede ser defendido normativamente, como una alternativa plausible frente a la concepción del derecho como integridad, en la medida en que él permita solucionar los diferentes problemas políticos que se plantean en las sociedades contemporáneas. En los siguientes apartados ofreceremos algunos ejemplos de la forma en que ello ocurre en las democracias constitucionales.

(ii) Dispositivos institucionales, razonamiento jurídico y conflicto político

En los párrafos anteriores propusimos una visión general sobre el derecho moderno que explica de qué forma su estructura institucional puede reducir los conflictos políticos, al establecer razones para la acción que pueden ser identificadas sin necesidad de evaluar moralmente su contenido. Por lo tanto, es el carácter excluyente del derecho el que permite entender cómo una atenuación de los desacuerdos puede ser alcanzada. En forma similar, muchos sistemas constitucionales buscan excluir a determinados temas del debate público, en forma definitiva o temporaria, prohibiendo que el gobierno tome decisiones sobre ellos. En otras ocasiones, en cambio, se pretende impedir que la decisión se tome en cierto ámbito, por considerárselo poco apto o propicio para ello, y la misma queda reservada para ciertas instituciones que se consideran especialmente preparadas. De ese modo, al omitir el tratamiento de ciertos temas o al reservarlos a ciertas instituciones especiales, las democracias buscan preservar su cohesión y evitar que estalle un conflicto político que sea potencialmente destructivo para ellas.²⁹

96

Estos dispositivos institucionales limitan lo que las democracias pueden hacer pues ellos eliminan de la agenda política la posibilidad de tomar determinadas decisiones. En términos de Rawls, los acuerdos que puedan alcanzarse sobre esos temas, que se consideran excluidos, no implica su supresión absoluta de la esfera pública, pero, en la medida en que aquellos acuerdos existan, entonces los ciudadanos no buscarán imponer sus propias visiones éticas o filosóficas a los demás.³⁰

En resumen, en ciertos contextos puede ser una buena política abstenerse de tomar decisiones. Este consejo que, como vimos, procura evitar problemas relacionados con el conflicto político y la división social dentro de una comunidad, también puede aplicarse, con provecho, para solucionar otro tipo de dificultades. En tal sentido, por ejemplo, Jon Elster exploró las diferentes maneras en que las restricciones

²⁹ En general, véase Stephen Holmes, *Passions and Constraints. On the Theory of Liberal Democracy* (Chicago: University of Chicago Press, 1995), 202-235.

³⁰ John Rawls, *El liberalismo político*, trad. Antoni Domenech (Barcelona: Crítica, 2004), 183-184.

constitucionales pueden colaborar con el fomento de la eficiencia, la atenuación de las pasiones y evitar la inconsistencia temporal.³¹ Si pasamos al ámbito judicial, la posibilidad de formación de mayorías cíclicas en la Corte Suprema, una causa posible de la inestabilidad de las decisiones judiciales, podría ser contrarrestada, aunque sea parcialmente, si los jueces tuvieran un campo de acción menor.³²

El razonamiento jurídico también desarrolló ciertas estrategias destinadas a proveer justificaciones para la solución de casos que, a diferencia del derecho como integridad, no son teóricamente ambiciosas. Tales estrategias de fundamentación procuran, precisamente, dar una respuesta a los problemas que la propuesta dworkiniana genera. Básicamente, se busca ofrecer un mecanismo de toma de decisiones que reduzca los costos de llevar adelante esa actividad, sobre todo en contextos en que muchas decisiones deben tomarse en poco tiempo. Asimismo, se trata de encontrar argumentos que no promuevan el desacuerdo sobre cuestiones fundamentales. Y, finalmente, esas estrategias permiten que los jueces muestren respeto hacia los demás, al no atacar los compromisos más fundamentales de las personas, salvo que ello sea ineludible.

En tal sentido, Cass Sunstein sostiene que el razonamiento jurídico descansa en un tipo de razones que provienen de acuerdos, pero esos acuerdos, a su vez, no se justifican en una única y elaborada teoría sustantiva. Se trata, en cambio, de *acuerdos incompletamente teorizados*.³³ La fuerza de este tipo de argumentos proviene, en lo esencial, de una justificación institucional del papel de los jueces, y no de una evaluación moral de su contenido. Así, por ejemplo, la obligatoriedad de los precedentes judiciales puede generar acuerdos incompletamente teorizados, evitando una disputa permanente sobre cuestiones de principio, consistente en tener que proponer una nueva teoría cada vez que es necesario resolver un caso. La aceptación de la obligatoriedad de los precedentes, a su vez, puede ser justificada recurriendo a diversas teorías, que incluyen, por ejemplo, a ciertos valores como la previsibilidad, la eficiencia, la equidad y las restricciones a la discreción judicial. Sin embargo, las personas pueden aceptar que los precedentes son obligatorios sin ponerse de acuerdo específicamente en ninguna de esas teorías.³⁴

97

31 Jon Elster, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, trad. Jordi Mundó (Barcelona: Gedisa, 2002), 111-204

32 Sobre el teorema de la imposibilidad de Arrow como explicación de la inestabilidad de las decisiones judiciales, véase Juan Vicente Sola, *Tratado de derecho constitucional* (Buenos Aires: La Ley, 2009), tomo V, 179-181.

33 Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (Nueva York: Oxford University Press, 1996), 35-61.

34 Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 40-41.

El fenómeno de la teorización incompleta en el derecho, sin embargo, podría ser denunciado como un intento de justificar la arbitrariedad de los funcionarios públicos. En la medida en que el derecho permite que el gobierno afecte decisivamente la vida de las personas, entonces se podría argüir que dicha intromisión sólo podría quedar justificada cuando ella se funda en las razones correctas. Esta forma de argumentar es poderosa y persuasiva, y es entendible que tenga muchos adherentes.³⁵ En efecto, una vez que adoptamos el punto de vista de que la función del derecho es la de justificar la coerción estatal, entonces se vuelve tentador exigir que esa justificación sea *completa*. Sin embargo, no es para nada obvio que la única función del derecho sea la de justificar la coerción estatal.

De acuerdo con otra respetable tradición teórica, la función del derecho sería la de proveer de un marco de acción común a los individuos, que les permita solucionar problemas de coordinación y tomar decisiones autónomamente.³⁶ Para ello, se suele argumentar sobre la conveniencia de contar con reglas claras, relativamente atrincheradas con respecto a su justificación. Esta tradición privilegia el hecho de que los individuos sepan cuáles son las reglas que se les aplicarán, al hecho de que el contenido de esas reglas esté moralmente justificado. En la medida en que la teorización completa implica restarle fuerza obligatoria a las reglas, en favor de los principios que subyacen a ellas, entonces la capacidad del derecho de ofrecer ese marco de acción común se devalúa.³⁷ Si, por el contrario, nos interesa preservar esa función del derecho, entonces no podremos cumplir con la expectativa de, en todos los casos, ofrecer una justificación completa del ejercicio de la coerción estatal.

98

El punto no es aquí defender una determinada concepción sobre cuál sea la función del derecho. Lo que debe apreciarse es que la identificación de los fines o funciones del derecho constituye en sí misma una cuestión susceptible de desacuerdos. Si la única forma para poner en funcionamiento al derecho requiere alcanzar un acuerdo sobre cuáles sean sus fines o funciones correctos, entonces todo parece indicar que deberemos renunciar a contar con el derecho, al menos hasta que podamos resolver definitivamente varias y arduas cuestiones filosóficas. No obstante, si somos capaces de alcanzar un acuerdo incompletamente teorizado, que permita poner entre paréntesis

³⁵ Ronald Dworkin es quien sugiere que el propósito del derecho es justificar el uso de la fuerza por parte de la comunidad. Véase Dworkin, *El imperio de la justicia*, 76.

³⁶ Véase, por ejemplo, James M. Buchanan, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan* (Indianapolis: Liberty Fund, 2000), 136-164; Francisco J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual* (Madrid: Trotta, 2007).

³⁷ Para una explicación de cómo se produce esa devaluación, véase Pedro A. Caminos, "El razonamiento práctico del control de constitucionalidad", *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, N° 1, 95-124 (2013): 113-120.

la discusión sobre los fines o funciones del derecho, entonces podremos igualmente valernos de esa institución. Así como no es necesario que exista un acuerdo universal sobre la verdad de la ley de gravedad para que el mundo mantenga su órbita, tampoco es necesario un consenso sobre los fines del derecho para que podamos utilizarlo. Curiosamente, la satisfacción de los fines que cada teórico propugna podrá alcanzarse, aunque sea de modo parcial, si el derecho es efectivamente utilizado en una comunidad. Por lo tanto, la estrategia de los acuerdos incompletamente teorizados parece ser el curso de acción racional que debe seguir una persona en estas circunstancias. Frente al mayor costo que implicaría adoptar su posición preferida, debe optar entonces por una segunda mejor opción. Esta estrategia, además, le evita el tener que renunciar a su posición y verse forzado a aceptar otra. De ese modo, en un futuro, tendrá la posibilidad, quizás, de poder persuadir al resto de las personas. O, si cuenta con nueva información, tal vez se rectifique y abandone su propuesta inicial.

Como vemos, valerse de acuerdos incompletamente teorizados no tiene por qué ser un motivo para sentirnos acomplejados o avergonzados. Por el contrario, ellos permiten que, en el marco de una discusión que desemboca en una decisión, las partes derrotadas tengan la sensación de haber “perdido menos” de lo que habrían perdido si la decisión se fundase en una teoría completa que ellos repudian totalmente. Por otra parte, la carencia de una fundamentación completa permite que, en el futuro, haya más espacio para el cambio y la evolución. Ello es importante no sólo por la posibilidad de tomar decisiones incorrectas, sino también por el hecho de que toda decisión se toma en un marco de incertidumbre sobre cambios futuros. En tal sentido, no sabemos con qué nueva información habremos de contar, ni tampoco qué actitud adoptaremos sobre ciertos problemas. Los acuerdos incompletamente teorizados, además, permiten ahorrar tiempo en las decisiones. Finalmente, como quedó ejemplificado en la discusión sobre los fines del derecho, la sociedad en general, y el ordenamiento jurídico en particular, responden a una pluralidad de valores. Apelar a teorías que se desarrollan a partir de ofrecerle primacía a un único valor puede resultar sumamente inadecuado para dar cuenta de la diversidad de los valores en juego que están conectados en la práctica social. Los acuerdos incompletamente teorizados pueden ser una buena herramienta para construir razonamientos prácticos en casos en los que una teoría monista resultaría insatisfactoria y, a su vez, una teoría pluralista completa podría ser muy costosa de elaborar.³⁸

Los acuerdos incompletamente teorizados pueden recaer sobre dos objetos diferentes. Por un lado, es posible alcanzar un acuerdo sobre *abstracciones*, pero no sobre la

38 Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 41-44.

forma en que ellas serán aplicadas a situaciones concretas. Por otro lado, las personas a veces se ponen de acuerdo sobre decisiones *particulares*, pero no lo están sobre sus fundamentos. En el derecho constitucional es habitual encontrar ambos tipos de acuerdos. Los primeros se encuentran, en general, en el texto de la constitución. Allí se expresa un acuerdo incompletamente teorizado sobre grandes principios, como la forma de gobierno republicana y representativa o la garantía de inviolabilidad de la propiedad.

El segundo tipo de acuerdo incompletamente teorizado se aprecia en la utilización de precedentes judiciales para determinar el contenido del derecho constitucional. En los Estados Unidos suele ilustrarse esa cuestión recurriendo al ejemplo de los debates sobre el aborto. Si bien existen profundas discrepancias entre los jueces de la Suprema Corte, y en la sociedad en general, con respecto a si las mujeres tienen o no un derecho a interrumpir un embarazo, lo cierto es que las diferentes partes encuentran un punto de acuerdo en la decisión adoptada en el caso “Roe v. Wade” que estableció que las mujeres sí tenían tal derecho.³⁹ La sentencia de la Suprema Corte permite construir un acuerdo incompletamente teorizado pues la aceptación de la obligatoriedad del precedente es independiente de cuestiones teóricas complejas, como la discusión sobre el *status* jurídico del embrión o sobre los alcances de la protección constitucional de la intimidad.

100

Este segundo tipo de acuerdos incompletamente teorizados, que se traduce en el razonamiento jurídico mediante el seguimiento de precedentes y la utilización de analogías, muestra de qué manera es posible justificar decisiones sin necesidad de elevar la argumentación al nivel de los grandes principios o las teorías completas. Por lo tanto, los jueces cuentan con formas de resolver casos de manera humilde y respetuosa hacia los compromisos que otras personas puedan tener en delicadas cuestiones éticas o políticas.

(iii) Virtudes pasivas y los costos de decisión y del error

En una conocida e influyente obra, Alexander Bickel, ateniéndose a una importante tradición dentro del derecho constitucional de los Estados Unidos, sostuvo que la principal tarea de la Suprema Corte de ese país era tomar decisiones cuyo objeto, paradójicamente, consistiera en una abstención de tomar una decisión. Bickel denominó *virtudes pasivas* a las diferentes herramientas mediante las cuales los jueces “deciden no decidir” en casos en los que se les había solicitado que ejercieran el control de constitucionalidad.⁴⁰

39 “Roe v. Wade”, 410 US 113 (1973).

40 Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics* (New Haven: Yale University Press, 1986), 111-198.

A los efectos de este trabajo, es interesante recordar algunas de las razones ofrecidas por Bickel para justificar el ejercicio de las virtudes pasivas, para luego relacionarlas con la cuestión más general acerca del carácter institucional del derecho.

Bickel comienza su análisis sobre las virtudes pasivas recordando que los jueces sólo pueden actuar en *casos o controversias* a pedido de una parte que cuente con *legitimación* a tal efecto. Asimismo, los tribunales tampoco cuentan con competencia para emitir *opiniones consultivas*, aun cuando sean otros departamentos del gobierno los que las soliciten. La aplicación de estos criterios permite que transcurra un cierto lapso de tiempo entre la sanción de una ley y el momento en que su constitucionalidad sea impugnada judicialmente.⁴¹ Ello da lugar a que, al momento de adoptar una decisión, los jueces ya cuenten con cierta información con respecto a los efectos concretos que generó aquella ley. De hecho, podría ser el caso que los jueces ya se enfrenten a un hecho consumado. Pero esto tiene la ventaja de que los tribunales tendrán la certeza de conocer cuáles son las circunstancias y antecedentes fácticos sobre las cuales asentarán su sentencia. Asimismo, este estado de cosas garantiza que la decisión judicial no quedará atrapada por los debates, quizás acalorados, que tuvieron lugar al sancionarse una ley que haya resultado especialmente polémica.

101

Estas consideraciones se complementan con la utilización de un concepto más específico de legitimación procesal, que no se limita a exigir que un sujeto haya sido afectado en algún derecho o interés, sino que estipula que sólo puede accionar si está en condiciones de plantear la cuestión en la manera más clara y completamente desarrollada. Ello se justificaría por la circunstancia de que, entre los diferentes sujetos potencialmente afectados por una ley o acto, existe alguno o algunos de ellos que tendrán un interés comprometido en mayor grado que los demás, y por ello es improbable que los otros tengan suficientes incentivos como para analizar a fondo el problema, efectuando la consecuente inversión de tiempo y dinero para ofrecerle al juez la mayor cantidad y calidad de información disponible para la resolución del caso.⁴²

Algo similar ocurre con la regla que exige que el caso cuente con cierta “madurez” (ripeness) para que la competencia judicial quede habilitada. En efecto, en la medida en que el perjuicio se haya concretado de manera efectiva, entonces la parte afectada tendrá un mayor incentivo para efectuar una inversión adecuada con el fin de proveer de información al juez.⁴³

41 Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 115-116.

42 Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 122-123.

43 Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 123-124.

En resumen, la exigencia de legitimación y de caso o controversia apunta a asegurar un mínimo de concreción, mientras que los requisitos de madurez y el sentido más específico de legitimación persiguen incrementar el grado de concreción de los asuntos analizados en sede judicial.

Hasta este punto, Bickel desarrolla argumentos vinculados con la oportunidad en que sería sensato adoptar una decisión sobre la constitucionalidad de una ley. Sin embargo, todavía no ofreció argumentos relacionados con la forma en que los jueces adoptan decisiones constitucionales. El razonamiento de Bickel sobre esa cuestión parte de constatar una *asimetría* en cuanto a los efectos de las decisiones constitucionales, según que ellas declaren la inconstitucionalidad de una ley o, en cambio, consideren que la norma es ajustada a la constitución.⁴⁴ En su visión, el juicio de un tribunal respecto a que una ley no es inconstitucional no es, en sentido estricto, una evaluación positiva o elogiosa de la ley. Sencillamente, indica que la norma en cuestión no es intolerable. Por el contrario, declarar la inconstitucionalidad de una ley sí entraña un reproche. Sin embargo, aun cuando no se trate de un juicio elogioso, lo cierto es que la decisión de la Corte de considerar que una ley no es inconstitucional tiene consecuencias.

102 En efecto, señala Bickel, la opinión de la Corte puede generar consenso y darle legitimidad a una ley. El resolver que una ley “no viola” los principios constitucionales podría ser asimilado en los hechos a que aquella “está justificada” por éstos. Una decisión tal puede otorgarle a una ley, que quizás fue concebida como una solución temporaria, una duradera estabilidad. De hecho, las consecuencias de esa decisión podrían prolongarse en el tiempo, afectando el juicio de las siguientes generaciones.⁴⁵

Según Bickel, exigirle a la Corte que ofrezca una justificación de toda ley a la cual no declare inconstitucional importa adoptar un punto de vista que no se hace cargo de lo importante que es que el tribunal se *aleje* de la arena política. Precisamente, evitar que la Corte asuma ese papel justificador le ahorrará los inconvenientes que

44 Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 128-133.

45 Un buen ejemplo de ello es la doctrina de la emergencia, tal como se la aplica en la Argentina. La decisión de la Corte Suprema en el precedente “Avico” implicó, en lo sucesivo, la aceptación constitucional de leyes que se aplican retroactivamente a relaciones jurídicas consolidadas, con obvia alteración de derechos adquiridos. Véase CSJN, “Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.”, 7/12/1934, *Fallos* 172:21; id., “Peralta, Luis Arcenio c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA) s/ amparo”, 27/12/1990, *Fallos* 313:1513; id., “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional – dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986”, 27/12/2006, *Fallos* 329:5913. Algunos autores analizan el mismo fenómeno a través del concepto de “pendiente resbaladiza”. Véase, por ejemplo, Sola, *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, 655-657.

acabamos de enumerar. Curiosamente, la decisión del tribunal de no entrometerse en ciertas cuestiones políticas, dándole un “visto bueno” pasivo, no una justificación activa, a las otras ramas del gobierno, constituye probablemente uno de los actos más políticos que puede adoptar el poder judicial.

Por lo tanto, parecería que, de acuerdo con Bickel, en diversas circunstancias, es una buena política que la Corte se abstenga de efectuar el control de constitucionalidad. Para ello, el tribunal puede, directamente, negarse a resolver el caso. Sin embargo, esa solución no siempre es sensata. A veces, es necesario que la Corte intervenga pero, al mismo tiempo, también se mantiene la presión para que se abstenga de decidir la cuestión constitucional que le fue planteada. Una forma de responder a esta tensión es la de dictar una sentencia que reconozca la validez de la pretensión de una de las partes, recurriendo para ello a argumentos que ofrezcan una fundamentación suficiente, sin ingresar en el análisis de los aspectos constitucionales del caso.⁴⁶

En cualquier caso, las diferentes estrategias de “evitación constitucional” (*constitutional avoidance*) se explican por el carácter dual que tiene el poder judicial en países en los que, como ocurre con los Estados Unidos, el control de constitucionalidad puede ser ejercido por cualquier juez. Por un lado, los tribunales de justicia tienen la tarea de resolver *todas* las controversias que les son planteadas, como forma de contribuir a la formación o al mantenimiento de un orden social. Por otro lado, el ejercicio del control de constitucionalidad, especialmente si recae en la Corte, apunta a efectuar un juicio *adicional* sobre el conflicto, basado en principios. El control de constitucionalidad, en este contexto, es excepcional pues importa una instancia de supervisión sobre un orden social que sería igualmente viable, aun si aquél no existiera.⁴⁷

Como vemos, las virtudes pasivas descansan en una interpretación de la constitución que toma especialmente en cuenta varios aspectos institucionales. En efecto, la exigencia de que los asuntos planteados a un tribunal tengan un mínimo de concreción permite que los órganos jurisdiccionales cuenten con un nivel determinado de información respecto de los efectos que una ley pueda haber tenido al ser aplicada. Las reglas de legitimación, a su vez, se fundan en la presunción

46 Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 169-174.

47 Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 173. Cfr. Víctor Ferreres Comella, “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial”, en *Los límites de la democracia. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política SELA 2004*, ed. Roberto P. Saba (Editores del Puerto: Buenos Aires, 2005), 310-313.

de que determinados sujetos, en razón de verse afectados en mayor medida por la aplicación de una ley, tendrán un incentivo mayor para afrontar eficientemente los costos implicados en un litigio constitucional. De ese modo, el juez que se comprometa con el ejercicio del control de constitucionalidad verá que los costos de esa elección serán menores de lo que lo serían si las reglas de legitimación fuesen otras. El paso del tiempo y la afectación sufrida por la parte que insta el litigio constitucional incrementan la información disponible y transfieren, aunque sea parcialmente, los costos de información al litigante.

Por otra parte, la circunstancia de que los jueces eviten recurrir a argumentos constitucionales se funda claramente en la necesidad de disminuir los costos de adoptar una decisión equivocada. Como vimos, a Bickel le preocupaba especialmente el problema que se plantea cuando la Corte afirma que una ley es constitucional. Pero, *mutatis mutandis*, algo similar puede ocurrir cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley. Pues, en tal caso, bien podría ser el caso que la Corte deje sin efecto en los hechos una norma que forma parte de un sistema normativo más amplio, desarticulando así ese sistema, con graves perjuicios sociales.⁴⁸

104 Un buen ejemplo en la Argentina de los efectos sistémicos que puede tener una decisión judicial se da en materia de riesgos del trabajo. Como se sabe, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24.557, el cual prohibía a los trabajadores demandar a sus empleadores con fundamento en el derecho civil por los daños que hubieran sufrido como consecuencia de enfermedades o accidentes laborales.⁴⁹ Sin perjuicio de los méritos o defectos de esa decisión, lo cierto es que ella importó una desarticulación completa del sistema que se había pretendido formar con la sanción de la ley.

Dicho sistema consistía, en lo esencial, en que los empleadores, en virtud de una obligación legal, debían afiliarse a una aseguradora de riesgos del trabajo la cual, a cambio del pago de una cuota, tendría la obligación de otorgar las prestaciones dinerarias y en especie previstas en la ley a los trabajadores de dicho empleador que sufrieran una enfermedad o accidente laboral. La cuota que debía pagar el empleador se calculaba de acuerdo a la cantidad de trabajadores, a los índices de siniestralidad y, por supuesto, al costo de las prestaciones que las aseguradoras debían otorgar. Este sistema buscaba reducir los costos de los empleadores reduciendo el impacto económico que los riesgos relacionados con los infortunios laborales pudieran tener.

48 Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 45.

49 CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688", 21/09/2004, *Fallos* 327:3753.

Así, pagando la cuota a la aseguradora, el empleador quedaba liberado de tener que afrontar el pago de indemnizaciones o de tener que afrontar un juicio, con los costos y riesgos que ello implica. Por otro lado, el sistema de seguros resulta más eficiente como mecanismo de gestión de costos relacionados con los accidentes pues el mismo se dispersa entre todos los empleadores.

La decisión de la Corte, sin embargo, tuvo el efecto sistémico de incrementar los costos de los empleadores pues, pese a que mantenían la obligación de afiliarse a una aseguradora, se les agregaba ahora el tener que asumir nuevamente el pago de las indemnizaciones o la posibilidad de afrontar juicios. Y este costo adicional ya no se dispersaba entre la totalidad de los empleadores, pues el mismo no estaba cubierto por las aseguradoras de riesgos del trabajo.

Es importante reiterar que no estamos criticando la sentencia de la Corte en cuanto a su justicia, sino que, sencillamente, pretendemos ilustrar por qué las decisiones judiciales, que suelen referirse a casos concretos y a la validez de normas específicas, pueden tener un efecto sistémico (que quizás no sea buscado intencionalmente por el tribunal), que va a contramano de la intención legislativa. Según la coyuntura, esos efectos sistémicos podrían tener consecuencias de variable importancia. Retomando el ejemplo de los riesgos del trabajo, en un contexto de crecimiento económico, podría ocurrir que esos mayores costos no afecten negativamente de manera sustancial la generación de empleo. Pero en un contexto recesivo, bien podría ser el caso que ese costo adicional constituya un incentivo negativo determinante para los empresarios. En ese caso, la decisión judicial conspiraría en contra de las políticas legislativas orientadas a disminuir el desempleo, afectando obviamente a los propios trabajadores a los cuales se quería proteger.

105

Frente a este escenario, se podría argumentar que, en la medida en que los jueces estén en condiciones de incorporar el análisis de las consecuencias a los fundamentos de sus decisiones, entonces podrían calibrar esas consecuencias y tomar una decisión u otra de acuerdo a los efectos sistémicos de sus sentencias. Esta respuesta, sin embargo, omite tener en cuenta que la información con que cuentan los jueces es limitada, de modo tal que bien podría ser el caso de que no estén en condiciones adecuadas para conocer cuáles serán las consecuencias de su decisión. Por otra parte, todas las decisiones, incluso las judiciales, se toman en un marco de incertidumbre. Quizás, al momento de dictar “Aquino” los jueces de la Corte sabían que la Argentina estaba atravesando un momento de crecimiento y que, por ello, su sentencia no tendría un efecto negativo determinante en la generación de empleo. Sin embargo, la situación podría cambiar y la Argentina podría quedar atrapada por alguna crisis económica que produzca recesión. Si ello ocurriera, una

doctrina como la elaborada en “Aquino”, que se funda en la interpretación judicial de principios constitucionales muy respetables, podría constituir un obstáculo claro para la adopción de políticas generadoras de empleo. La incertidumbre es la que impide que los jueces, o cualquier persona, sepan cuáles puedan ser las futuras circunstancias en las cuales se aplicarán las reglas o estándares que se elaboran en un determinado momento.

Si la incertidumbre hace imposible realizar un análisis completo de las consecuencias de una decisión, entonces se podría argumentar, siguiendo a Elster, que la respuesta correcta es la de guiarse únicamente por lo que la justicia dicta en el momento de tomar la decisión.⁵⁰ La respuesta de Elster, sin embargo, es insatisfactoria. Una primera crítica señala que, aun cuando sea imposible hacer un análisis completo de las consecuencias, lo cierto es que sí es posible tener en cuenta *parcialmente* las consecuencias de una decisión. Por lo tanto, no tendríamos razones para aceptar que las decisiones se tomen de acuerdo a principios de justicia.⁵¹ Una segunda crítica, que a nuestro juicio es fundamental, indica que la limitada capacidad para conocer las consecuencias de la decisión puede ser una razón para no tomar una decisión en base a un análisis consecuencialista, pero también sería una razón para no tomar en absoluto una decisión, ni siquiera con fundamento en principios de justicia.⁵²

106

En resumen, las virtudes pasivas permiten disminuir los costos de adoptar decisiones constitucionales. No sólo en lo atinente a los efectos sistémicos que ellas puedan tener, sino también con respecto a la posibilidad de utilizar teorías incorrectas. Un poder judicial humilde, que tenga conciencia de los límites de sus capacidades institucionales, podría dar lugar a una menor cantidad de decisiones sustantivas, disminuyendo así la posibilidad de error.

(iv) El razonamiento práctico institucional

Un juez que adopte una teoría interpretativa de tipo institucional también utilizará un razonamiento práctico construido en dos niveles. Cuando analizamos el razonamiento práctico de Hércules, determinamos que en un primer nivel

50 Jon Elster, “Argumentos en pro de la elección constitucional: reflexiones sobre la transición al socialismo”, trad. Mónica Utrilla de Neira, en *Constitucionalismo y democracia*, ed. Jon Elster y Rune Slagstad (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1999), 328-335.

51 Giovanni Sartori, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. Roberto Reyes Mazzoni (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000), 215-218.

52 Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, 156.

estaban los diferentes principios que podían justificar una determinada decisión. La elección del principio vencedor descansaba en el balance entre las virtudes que se ubicaban en el nivel superior: integridad, justicia, equidad y debido proceso. Las cosas son un tanto diferentes con una teoría institucional. En este caso, en el nivel superior, encontraremos una serie de principios que, por un lado, establecen criterios para identificar razones para la acción con independencia de su contenido y, por otro lado, normas que delimitan las competencias de los jueces. Contando con esta doble orientación, el juez podrá establecer si es competente para resolver el caso y cuáles son las normas que resultan aplicables al mismo. Siempre, antes de resolver un caso, el juez determinará si tiene competencia para hacerlo y, luego, buscará fundamentos sustentados en acuerdos incompletamente teorizados. En eso consiste, básicamente, el ejercicio de las virtudes pasivas. Si esos argumentos no fueran satisfactorios, recién entonces recurrirá a teorías más ambiciosas.

El ejercicio del control de constitucionalidad no depende, entonces, de aquello que la constitución exige en relación con los derechos de las personas, como parece creer Dworkin, sino de una determinada comprensión con respecto al rol de los jueces, su comparación con las otras ramas del gobierno, y una especificación de sus capacidades institucionales.⁵³ Esta conclusión puede demostrarse de modo sencillo recurriendo a un ejemplo argentino.

107

53 Dworkin critica a los enfoques institucionales porque, a su juicio, ellos no admiten que la respuesta de qué es aquello que los jueces deben hacer está en determinar qué es lo que la constitución exige en materia de derechos individuales. Sin embargo, esa respuesta presupone que el rol institucional de los jueces es hacer cumplir la constitución en materia de derechos individuales. Y precisamente ése es el punto que los institucionalistas quieren poner en discusión. El argumento de Dworkin incurre, entonces, en una petición de principio. Frente a esta observación, se podría sostener que el presupuesto en cuestión surgiría de lo decidido por la Suprema Corte en el caso "Marbury v. Madison" (5 US 137, 1803). Sin embargo, esa lectura de "Marbury" es errada. Precisamente, "Marbury" es un caso en el cual, invocando argumentos institucionales relacionados con la competencia originaria del tribunal, la Corte se negó a "hacer lo que la constitución exigía", esto es, a defender los derechos de los jueces a quienes se les impedía asumir en sus cargos. "Marbury" confirma que los principios institucionales tienen prioridad sobre las cuestiones sustantivas. El juez Marshall hizo lo que, según su criterio, la constitución exigía de la Corte en ese caso: negarse a resolverlo. Como vemos, la constitución incluye consideraciones institucionales que "exigen" que los jueces dejen casos sin decidir en relación a los aspectos sustanciales. La invocación de "Marbury" lejos de reforzar, socava la propuesta dworkiniana. Véase Dworkin, *El imperio de la justicia*, 260-267. La teoría dworkiniana sobre el control de constitucionalidad, entonces, viola la virtud de la integridad porque, por un lado, reduce el texto constitucional a la declaración de derechos, olvidando que existe una parte orgánica que delimita los poderes de los órganos de gobierno y además porque, por otro lado, no hace ninguna referencia a otros campos en los que también se aplica el control que nada tienen que ver los derechos constitucionales, tales como el federalismo.

IV. La regulación procesal como límite institucional: el caso del amparo

El argumento de este trabajo es que los jueces deben incorporar un análisis de sus capacidades institucionales como paso previo para resolver un caso. Hasta ahora, se desarrollaron ciertas razones que ilustran de qué modo ese análisis puede llevar a los jueces a negarse a ejercer el control de constitucionalidad, mostrando así una suerte de deferencia hacia los otros órganos. Sin embargo, la influencia de las consideraciones institucionales en el razonamiento judicial también puede apreciarse en otros aspectos de la actividad judicial. Típicamente, por ejemplo, las cuestiones de competencia en razón de la materia responden a un criterio institucional de división del trabajo entre los diferentes tribunales.⁵⁴ Algo similar ocurre con los diferentes tipos de procedimiento. Un mismo juez desarrollará diferentes formas de trabajo judicial de acuerdo al procedimiento específico en el que le toque actuar. Su competencia y sus capacidades institucionales varían en virtud del tipo de acción que la parte actora haya deducido.

En la Argentina, esa situación puede ser advertida cuando se compara la forma en que se desarrolla el control de constitucionalidad en juicios ordinarios en comparación del modo en que ella tiene lugar en los juicios de amparo. Dadas las características del amparo, los jueces argentinos señalan con frecuencia que sus capacidades institucionales son más limitadas y, por lo tanto, no ejercen a través de esa vía procesal un control de constitucionalidad *plenario*. En otras palabras, las reglas procesales constituyen una razón para que los tribunales no dicten, en los juicios de amparo, una decisión sobre el fondo de la cuestión, pues en tales casos sólo ejercen un control de constitucionalidad *superficial* mediante el cual, cuando no se requiera mayor amplitud de debate y prueba, determinan si un acto u omisión padece de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y afecta, amenaza o altera un derecho protegido por la constitución, un tratado internacional o una ley. El control de constitucionalidad que se ejerce en tales casos es superficial porque, como se sabe, el rechazo del amparo en virtud de que el acto atacado no sea manifiestamente arbitrario o ilegal no excluye la posibilidad de que el mismo sí pueda ser considerado inconstitucional en un juicio ordinario posterior. Son las normas procesales que regulan el juicio de amparo las que impiden que el juez vaya más allá y efectúe un control plenario.

V. Conclusión

Las teorías del razonamiento práctico que, como ocurre con la propuesta de Dworkin, no incorporan en su estructura a las consideraciones institucionales, se

54 Para una discusión sobre este punto, véase Pedro A. Caminos, "La prescripción de la acción indemnizatoria derivada de delitos de lesa humanidad", *La Ley*, 30/03/2012, 6-8.

muestran perplejas frente a situaciones como la recién descrita. Su perplejidad proviene del hecho de que les resulta difícil comprender cómo es que el razonamiento de un juez puede llevarlo a desarrollar un control de constitucionalidad que no sea completo. Las teorías institucionales, en cambio, pueden responder rápidamente a esa perplejidad. De ese modo, ellas constituyen una herramienta teórica adecuada para entender la complejidad de nuestro derecho constitucional, el cual parece incluir *diferentes formas de ejercer el control de constitucionalidad*.⁵⁵ El caso del amparo ya nos demuestra que, junto a un control plenario de constitucionalidad, también existe otro superficial.

Si alcanzamos una mejor comprensión de nuestro derecho constitucional, entonces estaremos en mejores condiciones de evaluarlo críticamente, proponiendo las reformas que nos parezcan razonables para optimizar su funcionamiento. En cambio, si recurrimos a teorías que pueden ser muy profundas en su elaboración pero que nos devuelven una imagen engañosamente simplificadora de nuestra práctica constitucional, correremos el serio riesgo de efectuar un diagnóstico incorrecto y elaborar, entonces, un plan de acción equivocado. Y si es malo que un estudioso de una materia utilice una mala teoría, mucho peor es que lo hagan los jueces. Después de todo, de ellos dependen nuestras vidas, nuestros bienes y nuestra libertad.

55 Caminos, "El razonamiento práctico del control de constitucionalidad", 107-113.

