

DIALÉCTICAS NORMATIVAS

UN HOMENAJE DELIBERATIVO
A LA OBRA FILOSÓFICA DE C. S. NINO

CAPÍTULO V

Sobre el lugar del control judicial de constitucionalidad en las democracias actuales

Ana Micaela Alterio
UNCuyo

Natalia Morales Cerda
UNChile

1. Introducción

En los tiempos que corren, todo menos optimistas para quienes hacemos teoría política, volvemos a escribir en defensa de la democracia y sus instituciones. Democracia, ese concepto que aparece desgastado, agónico, abiertamente vapuleado y con escasas defensoras de sus –a veces cuestionados– atributos. A tal punto hemos llegado que pareciera que no sabemos qué hacer con ella y evocando el período de entreguerras, marcado por la irrupción de ideologías totalitarias y por formas de participación masiva discordante con el modelo de la democracia representativa, se habla de que enfrentamos –nuevamente– una época de crisis de la democracia⁴⁷.

Cierto rasgo de las crisis –apartándonos de la visión más negativa de éstas– es que se presentan como períodos de cambios vertiginosos y radicales, no solo de las circunstancias que nos rodean, sino también de nuestros compromisos –en este caso, democráticos–, pensamientos y creencias. Debido a estos cambios las personas, y con ello también las instituciones, nos hallamos enfrentadas a espinosas alternativas con clara conciencia de que de nuestras elecciones depende algo más que el futuro inmediato. De allí la importancia de no sucumbir a la tentación de propuestas teóricas o institucionales que, en apariencia y solo en el corto plazo, coadyuvan a solventar la crisis en la que nos hallamos inmersas.

El control judicial de constitucionalidad ha aparecido precisamente en estos derroteros como una herramienta institucional tendiente a fortalecer la democracia, rescatándola de las pendientes resbaladizas de los populismos de derecha e izquierda y de los autoritarismos⁴⁸. Contrarias a tal posición, en este trabajo sostendremos que aquella vía no es más que un parche, una ilusión construida en torno al valor que se asigna a las decisiones judiciales; pero que en ningún caso representa una solución viable a la crisis que se diagnostica, sino por el contrario, se trata de una receta ya probada que arriesga profundizar las grietas de un deslegitimado sistema político, cerrado a la participación ciudadana.

Tanto la democracia como el control judicial de constitucionalidad son centrales en el

47

Distintos académicos hablan de “democracia en retirada”, “recesión democrática”, “retroceso democrático”, “desconsolidación democrática”, “retroceso constitucional”, “fracaso constitucional” y “podredumbre constitucional” (Graber, Levinson, Tushnet, 2018: 2).

⁴⁸ En este sentido, Issacharoff afirma que “[e]specialmente en una época de desafíos populistas para la institucionalización de las políticas democráticas, el papel de los tribunales constitucionales como posibles frenos en las políticas de inmediatez cobra cada vez mayor importancia” (Issacharoff, 2018: 1).

pensamiento de Carlos Nino. En el caso de la institución del control judicial, también un terreno de arenas movedizas para el autor. Como es sabido, sus esfuerzos teóricos se dirigieron a compatibilizar los derechos fundamentales y la revisión judicial de las leyes en el marco de una teoría normativa de la democracia basada en un modelo ideal⁴⁹. En otras palabras, lo que la teoría de Nino pretende justificar no es el sistema político democrático entendido como realidad histórica e institucional, sino el procedimiento democrático de toma de decisiones en unas condiciones fuertemente idealizadas (Ródenas, 1991: 280). En tales condiciones ideales, Nino admite tres excepciones a la primigenia negativa del control judicial de constitucionalidad las cuales, según el autor, están encaminadas a proteger las condiciones que hacen epistémicamente confiable el ideal democrático.

Las teorías normativas como la de Nino son útiles para dotar de justificación derivada a las democracias reales, en la medida en que éstas recojan los imperativos del modelo ideal (Ródenas, 1991: 280); en razón de ello podríamos pensar que, estando justificado en condiciones ideales el control judicial de constitucionalidad para proteger la democracia, mayor fuerza cobrarán tales fundamentos en condiciones reales y más aun en períodos en que la democracia se ve amenazada, como los que atravesamos. Como se ha adelantado, no compartimos esta tesis y, en tal escenario, el objeto de este trabajo será cuestionar el papel de la justicia constitucional en tiempos de crisis democrática, teniendo a la vista las herramientas teóricas que nos ha entregado Nino.

Para cumplir el propósito que nos hemos trazado seguiremos el camino que el propio Nino ha apuntado. En primer lugar, haremos un breve repaso de los fundamentos filosófico-políticos en que se asienta su teoría, cual es la relación entre derecho y moral que propone el autor, así como los argumentos que colecciona de Rawls y Habermas con el fin de conciliar forma y sustancia. En segundo lugar, desarrollaremos la concepción epistémica de la democracia deliberativa propuesta por Nino y algunas de las críticas de las que ha sido objeto, con el propósito de situar el control judicial de constitucionalidad, dando cuenta de la tesis sobre la justificación y el diseño admitido por el autor. Finalmente, con base en las consideraciones anteriores, discutiremos la idea ampliamente difundida que afirma que en tiempos de crisis democráticas los jueces constitucionales estarían en mejores condiciones para preservar la democracia o, en términos de Nino, cuidar la *eficacia* de las decisiones democráticas y con ello preservar la práctica social dentro de la cual esa decisión opera, es decir, la constitución histórica.

⁴⁹ “La democracia es un “sucedáneo” del discurso moral; (...) se trata de una especie de discurso moral “regimentado” que preserva en más alto grado que cualquier otro sistema de decisiones los rasgos del discurso moral originario, pero apartándose de exigencias que hacen que este discurso sea un método inestable e inconcluyente para arribar a decisiones colectivas” (p. 388). Según Nino su teoría pretende ser un ideal regulativo de las democracias reales (buscar cita)

2. Los fundamentos filosófico-políticos de la teoría de Nino

Carlos Nino considera que a nivel identificativo (o definitorio), pueden manejarse diferentes conceptos de derecho no necesariamente conectados con la moral, a pesar de que su propia teoría adhiera a la vinculación necesaria entre derecho y moral. Así distingue un concepto descriptivo de derecho, que sería para él el que sostienen los positivistas (y que asumiría el punto de vista externo o del observador⁵⁰), de un concepto normativo, como el que propugna Dworkin, que no podría no estar conectado a la moral (Nino, 1985: 171). Esto es relevante porque lo que hay para Nino de fundamental en la relación entre derecho y moral está en los temas de justificación de las decisiones jurídicas (judiciales en última instancia) (Nino, 2007a: 104 y ss.).

De allí que haya enunciado el teorema fundamental de la filosofía del derecho: “(...) la pregunta central de la filosofía del derecho, de la que depende una multitud de otros interrogantes, es la que se refiere a si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones, como las judiciales” (Nino, 1985: 125). A lo cual responde que no, que las acciones y decisiones sólo pueden justificarse sobre la base de razones autónomas, que son, a fin de cuentas, principios morales⁵¹. Y agrega: “Presumiblemente aquellos principios morales establecen un grupo de derechos fundamentales” (Nino, 1997: 70).

Es aquí (y en la interpretación del derecho) donde, según Nino, se produce la conexión necesaria entre derecho y moral (Barberis, 2003: 265) puesto que el derecho como hecho no podría ser concebido intrínsecamente obligatorio sin violar la ley de Hume (Nino, 1985: 214). Este teorema fundamental de la filosofía del derecho establece que un hecho sólo puede considerarse obligatorio si está justificado, o sea, si está apoyado en principios morales, en otras palabras, establece la imposibilidad de pasar injustificadamente de una descripción a una prescripción, de un ser a un deber ser⁵².

El análisis otra vez requiere la perspectiva del punto de vista interno y se relaciona directamente con la obligatoriedad de las normas en tanto razones para actuar⁵³. En estos planteos el nexo necesario entre derecho y moral se encuentra en la indivisibilidad del discurso práctico. Siguiendo a Alexy y su teoría del discurso, se conectan los conceptos de corrección, justificación y generalizabilidad y se los

⁵⁰ Al respecto explica Nino que la idea de que Hart en su caracterización del concepto de derecho, ha dado primacía al punto de vista interno, es errónea. Véase Nino, 1985: 178-180.

⁵¹ Este teorema también fue explicado en Nino, 2001, especialmente capítulo VII.

⁵² Lo contrario implicaría para Nino cometer la “aberración lógica”, llamada falacia naturalista, de pretender derivar de juicios que describen reglas o prescripciones positivas, juicios que expresan razones justificatorias, o sea juicios prácticos o de deber ser.

⁵³ Nino nos dice: “Decir que una norma es válida [...] quiere decir que la norma debe ser aplicada y observada, que tiene fuerza obligatoria, que sirve de razón para justificar una acción o decisión” en Nino, 2002: 25.

enlaza al derecho con la ayuda de la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico⁵⁴.

Entonces Nino advierte que las controversias que se dan entre los conceptos provenientes del positivismo conceptual y el iusnaturalismo mínimo son vacuas⁵⁵. Esto puesto que el autor considera que derivan de la presuposición falsa del esencialismo conceptual, según el cual debe haber un solo concepto correcto de derecho (Nino, 2002: 175 y ss.; 2007a: 104 y ss.). Sin embargo, dice, nada impide que en distintos contextos de discurso se empleen diferentes conceptos de derecho⁵⁶. Nino opta por un concepto como práctica social, pero combinándolo con la relevancia de los principios moralmente válidos para la justificación de acciones. Así cree resolver la paradoja de la superfluidad del derecho (y de la constitución) que inspira sus reflexiones⁵⁷.

En definitiva la pretensión de Nino es “adoptar una posición intermedia entre los extremos de derivar los principios justificatorios de ciertos hechos, o de descalificar absolutamente a los hechos en la derivación de principios; sólo principios determinados en forma autónoma permiten determinar qué hechos sociales son moralmente relevantes, pero, una vez identificados tales hechos, ellos permiten inferir principios justificatorios” (Nino, 2002: 76).

De esta forma, para comprender el derecho, Nino se basa en el “teorema fundamental de la filosofía política” según el cual las decisiones de los jueces (como cualquier acción o decisión) sólo pueden justificarse si derivan de principios morales. Así, Nino explica las dificultades que presenta el identificar esos juicios morales con las normas jurídicas⁵⁸ y concluye en que “una norma jurídica sólo juega un rol justificatorio en el razonamiento práctico de los jueces y de otros actores sociales en la medida en que ella sea aceptada en virtud de la aceptación de un juicio moral que otorga legitimidad a

⁵⁴ Nino (1990: 316) citando la tesis que Alexy llama del *Besonderésfall*. Aquí vale la pena aclarar que la conexión entre derecho y moral que realiza Nino no es con una moral “objetiva” sino con una concepción que llama constructivismo epistémico. Esta es, según él, una tercera posición que: “si bien [otorga] una prioridad epistémica de la deliberación con otros porque es la mejor forma, aunque de ninguna manera infalible, de llegar a posiciones de imparcialidad, esto no excluye absolutamente algún título de acceso a esas posiciones de imparcialidad, y en consecuencia de conocimiento moral, por vía de la reflexión individual aislada”. Véase Nino, 2007a: 108. Lo mismo considero que vale para Alexy. Véase Bustamante: 2010: 91, nota al pie 33.

⁵⁵ Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 16.

⁵⁶ En similar sentido Dworkin (2007: 12 y ss., 243 y ss.) distingue un concepto doctrinal de derecho, de un concepto sociológico, otro taxonómico y otro aspiracional según la perspectiva que recojan.

⁵⁷ Nino (2002: 15) propone las diversas formas de abordaje de la constitución a fin de refutar la aparente superfluidad de la misma, cuestión que excede las intenciones de este trabajo. Una crítica a la posición de Nino se encuentra en Iglesias Vila, 2008: 119-136. También realiza una reflexión en torno a este tema, Asís Roig (2000: 102) cuando se refiere a lo que él llama “paradoja de la legitimidad”.

⁵⁸ A través de analizar los problemas que a su criterio presenta la teoría de Kelsen, cosa que excede las pretensiones de este trabajo pero que puede verse en Nino, 1991: 108 y ss. También Nino, 1997: 261 y ss.

cierta autoridad y de un juicio descriptivo de las prescripciones de esa autoridad” (Nino 1991: 110). Por lo que pasa a buscar el fundamento de la legitimidad de esa autoridad y esa búsqueda la realiza en el camino de alcanzar un mayor acercamiento a las verdades morales.

Nino comienza analizando los presupuestos de las diferentes aproximaciones al conocimiento de los principios valorativos que permitirían justificar una acción o decisión, contrastando el pensamiento de John Rawls y Jürgen Habermas; ambos, según Nino, se aproximan a la posición correcta pero ninguno de ellos acierta al formular exactamente tal posición. Así, el autor realiza un intento por superar lo que para él son las insuficiencias en el campo de la moral, tanto del individualismo epistémico (reflejado por ejemplo en la postura de Rawls y agregaríamos que en la de Dworkin también) como del colectivismo epistémico (que a su criterio sostiene Habermas); a través de su *constructivismo epistémico*. De esta forma su postura sería una posición intermedia que daría sustento a la concepción epistémica de la democracia, que a su vez da legitimidad a las decisiones colectivas.

En el caso de Rawls, Nino parte de la base de que en *La teoría de la justicia* el fundamento justificatorio básico está dado por presupuestos formales del razonamiento moral, y es allí donde el contrato hipotético se erige como presupuesto de razonamiento moral según el cual los principios generales y universales son válidos cuando son unánimemente aceptables por todos los interesados en ciertas condiciones ideales (Nino, 1988: 91). Si bien esta visión de Rawls lo aproxima al constructivismo kantiano, no es explícito sobre cuál es el método o procedimiento apropiado para *conocer* este tipo de verdad moral. Es allí donde emerge la crítica que le hace Nino pues, aparentemente, Rawls asume que la reflexión individual es un método adecuado para tener acceso a la verdad en materia moral, por lo menos en el ámbito de la justicia, definida a partir de la satisfacción de ciertas exigencias como las de imparcialidad o universalidad (Nino, 1988: 91-92). Es por ello que Nino critica el individualismo epistémico, toda vez que presupone que cualquier persona (por ejemplo, una juez) puede acceder por sí misma al *conocimiento* de los principios valorativos que permiten justificar una acción o decisión⁵⁹. El autor advierte que es muy difícil que la reflexión individual conduzca a resultados imparciales, dado la improbabilidad de que una persona aislada pueda representarse todos los intereses de todas las afectadas por la decisión. Y aun cuando no niega el valor epistémico que el intercambio de opiniones tiene en la teoría de Rawls, el autor de *La teoría de la justicia* otorga primacía al resultado de la propia reflexión ya

⁵⁹ Esta tesis se basa en un principio ontológico y en uno epistemológico. El primero afirma que “La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo, en particular el presupuesto de acuerdo al cual un principio moral es válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes”. El segundo afirma que “El conocimiento de la verdad moral se alcanza sólo por medio de la reflexión individual”. Este principio epistemológico conduciría según Nino a un “elitismo moral” (Nino, 1997: 160-161).

que adopta, al igual que Kant, un concepto de autonomía que incluye la idea de que en materia moral cada una es su propia autoridad epistémica (Nino, 1988: 92).

Esta posición tiene el defecto de conducirnos a la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno o conducirnos a una anarquía o tiranía según la correlación de fuerzas entre los que llegan a diversas conclusiones sobre pautas intersubjetivas moralmente válidas. En palabras de Nino, en todo lo que respecta a la determinación de los derechos de los individuos, “la reflexión individual es soberana y la discusión y decisión colectiva tiene un valor meramente auxiliar” (Nino, 1988: 94).

Pero Nino también critica la posición opuesta que llama colectivismo epistémico. Habermas sostiene que el discurso práctico se construye por interacciones comunicativas a través de las cuales quienes participan del diálogo coordinan sus comportamientos, argumentando a favor o en contra de diferentes pretensiones de validez, con el fin de obtener un cierto consenso acerca de ellas. Esto es lo que llama la “ética discursiva”, cuya realización requiere la existencia de un “principio puente” (Habermas, 1985: 73) que permita la formación de ese consenso; este principio es la universalización en tanto exigencia de *imparcialidad*, la cual estipula que una norma moral es válida en la medida en que puede ganar la aquiescencia de todas las personas afectadas por ella⁶⁰. Es claro que Habermas con ello critica la postura de Rawls, afirmando que “la fundamentación de normas y mandatos requiere la realización de un discurso real que, *en último término*, no es monológico, no tiene nada que ver con una argumentación que se formulara hipotéticamente en el fuero interno” (Habermas, 1985: 88). Con todo, Nino es crítico de esta tesis que, como hemos dicho, sostiene que sólo a través de la interacción comunicativa es posible acceder al conocimiento de pautas morales válidas superando el condicionamiento y la falsa conciencia a los que los individuos están sometidos (Nino, 1991: 117). La objeción que encuentra a esta posición es que afirma que los principios morales *se constituyen* como *resultado* de una discusión *real* sometida a ciertas condiciones, por lo que parecería que antes de la conclusión de una discusión, no habría principios morales válidos⁶¹.

Así llega Nino a la tesis del *constructivismo epistémico* que sostiene que, efectivamente, el

⁶⁰ Habermas (1985: 86) sostiene: “De conformidad con la ética discursiva, una norma únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto *participantes de un discurso práctico* (o pueden ponerse de acuerdo) en que dicha norma es válida. Este *postulado ético discursivo* (D), sobre el cual he de volver en referencia con la fundamentación del *postulado de la universalidad* (U), ya presupone que *se puede* fundamentar la elección de normas.”.

⁶¹ Nino (2012: 388-389) criticando a Habermas y también a Ackerman en lo que llama constructivismo ontológico. También en Nino, 1997: 159. Esta atribución de un “constructivismo ontológico” de Nino hacia Habermas y su intento de distinguir sus teorías es sin embargo puesta en cuestión. Es que se dice que con certeza Habermas rechazaría las dos tesis (ontológica y epistemológica) del constructivismo ontológico que Nino formula. En efecto, en la teoría *habermasiana* la aprobación que se requiere de las normas válidas puede ser real o “hipotética o en principio” (Orquendo, 2008: 278-279). También Michelman, 1996: 308.

proceso de discusión y decisión colectiva de todas las personas afectadas tiene una mayor confiabilidad en cuanto al acceso a principios válidos de moral intersubjetiva que la reflexión individual. Esta tesis, como la de los autores anteriormente vistos, se basa en un principio ontológico y otro epistemológico. El propio autor afirma de la combinación de el principio ontológico y epistemológico adecuado—que es, como vimos, una posición intermedia entre las de Rawls y Habermas— se desprende la concepción metaética más plausible. “Esta es la posición que llamo ‘constructivismo epistemológico’” (Nino, 1988: 105).

Esto significa que en el plano ontológico Nino atribuye una grave deficiencia al enfoque de Rawls, cual es no incorporar el aspecto de práctica social del discurso moral (Nino, 1988: 101); mientras que de la posición de Habermas critica la aparente confusión entre validez y vigencia, pues si la validez dependiera del *resultado* de la discusión, los participantes en ella no podrían defender una u otra propuesta como válida (Nino, 1988: 102). En el plano epistemológico, en tanto, la posición de Rawls parece abonar al “germen del anarquismo filosófico o de la dictadura ilustrada, según el hecho contingente de que quien se deja guiar por su reflexión individual tenga o no fuerza para imponer sus resultados” (Nino, 1988: 102-103). Ello conduce a lo que Nino llama “elitismo moral” (Nino, 1988: 104) y permitiría justificar el amplio poder de los jueces para anular leyes dictadas democráticamente. Mientras que la postura de Habermas conduce a la posición de que lo que resuelven todos o la mayoría es necesariamente correcto, calificado por Nino como “populismo moral” (Nino, 1989: 109).

De esta forma, el principio ontológico en el que descansa la teoría de Nino sostiene que “[l]a verdad moral se constituye por el consenso que resulta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman”. El principio epistemológico, por su parte, afirma que “[e]l método de la discusión y decisión colectiva es la única forma de acceder a la verdad moral [...] Sólo el consenso real logrado después de un amplio debate con pocas exclusiones, manipulaciones y desigualdades es una guía confiable para tener acceso a los mandatos morales” (Nino, 1997: 160, 161, 165). Así, a diferencia del colectivismo epistémico, esta tesis no sostiene que ese proceso sea la vía exclusiva de conocimiento moral, y no descarta que la reflexión individual pueda determinar la satisfacción de exigencias de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes (Nino, 1991: 119)⁶². Nino afirma que “el resultado

⁶² Como en los casos anteriores y según se desprende de lo dicho, también el constructivismo epistémico se apoya en dos principios. El primero ontológico sostiene que “La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos”. Y un principio epistemológico que afirma que “La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de

del discurso no tiene un valor constitutivo. Pero sí tiene un *valor epistemológico* [...] se puede presumir que el resultado del discurso se aproxima a una solución correcta (...). Por ello es que “[I]a discusión es un buen método, aunque falible, para acercarse a la verdad moral” (Nino, 2012: 390)⁶³. Dicho de otro modo, Nino aboga por una cierta concepción sobre el conocimiento moral según la cual la práctica social es un medio apto para tal conocimiento.

Hasta aquí vimos cómo Nino advierte los riesgos de adoptar una noción puramente procedimental de la democracia que, en principio, no admite ningún contenido material, como lo sostiene Habermas y, al mismo tiempo, se distancia del *constructivismo* de Rawls, que expone un conjunto de derechos que todo régimen político debe respetar. Frente a estas dos posturas extremas, lo que Nino hace es intentar resolver el dilema entre sustancia y procedimiento a través de lo que llama *constructivismo epistemológico*. La pregunta, sin embargo, es si Nino logra resolver el dilema antes mencionado, o si sólo se queda en una variante solapada del populismo moral, o una cierta forma de individualismo epistemológico.

Las implicaciones de aquello —es decir, de considerar como más confiable el método de la discusión y decisión colectivas— son relevantes pues da razones para observar sus resultados aun en los casos individuales en que se esté seguro de que la reflexión individual es más acertada. Esta reflexión individual de todos modos sirve para proseguir la discusión colectiva y justificar el pedido de reabrir el debate con la esperanza de que la decisión cambie (Nino, 1991: 119). Pero más relevantes aún son las consecuencias que una aproximación como la anterior tiene para el sistema político. En particular, de este fundamento deriva la especial concepción de la democracia de Nino y su valor, como así también, la posibilidad —o no— de justificar el control judicial de constitucionalidad de las leyes.

3. La concepción epistémica de la democracia deliberativa

Explicábamos que Nino construyó su teoría de la democracia explícitamente en oposición a las tesis de Rawls y Habermas, respectivamente. Si bien se acerca a Rawls en la idea de que ciertos derechos básicos que protegen *intereses vitales* de los seres humanos deberían apartarse del debate público, comparte la crítica de Habermas respecto al valor que tiene este intercambio de ideas en el debate público. Por ello es que, para resolver el dilema entre forma y sustancia, Nino construyó el que llama “constructivismo epistemológico”. Como veíamos, ello resulta de combinar el *contenido* de las normas jurídicas para determinar su validez, con el valor de la democracia como régimen político que ha sancionado aquellas normas en tanto moralmente

que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque debe admitirse que este método es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y ser imparcial” (Nino, 1997: 160-161).

⁶³ Sobre el dilema que enfrenta el constructivismo ético de Nino, por ejemplo al tener el discurso presupuestos valorativos tales como el principio de autonomía personal, véase Moreso, 2008: 13-21.

superior a las restantes formas de gobierno, toda vez que, según Nino, la discusión pública es el método más apto para conocer la “verdad moral”.

Como bien explica este autor, la mayor dificultad de aplicar estas consideraciones al procedimiento democrático, proviene de que éste tiene diferencias cruciales con el proceso de deliberación colectiva y de decisión consensual. Principalmente, una discusión cualquiera frente a un conflicto que se quiere resolver moralmente concluye cuando se llega a un consenso *unánime*, mientras que la democracia opera a través del método de mayoría simple (Nino, 1991: 120).

Lo que entonces hay que determinar es si “[c]uando el discurso moral es institucionalizado y reemplazado, debido a consideraciones operativas, por un sucedáneo regimentado, como la regla de la mayoría [...] ese sucedáneo aún garantiza, aunque sea a un nivel menor, el requerimiento de imparcialidad” (Nino, 1997: 166). Para ello Nino propone examinar este pasaje del consenso unánime (práctica original no institucionalizada del discurso moral) a la regla de la mayoría (sucedáneo regimentado de la democracia) que tiene lugar básicamente por la necesidad de tomar una decisión en un tiempo limitado y de votar (Nino, 1997: 167).

Así, explica el autor, este cambio se produce pues es necesario poner fin a la discusión en un momento determinado y exigir la unanimidad implicaría favorecer a una minoría que está a favor del *statu quo*. Este paso de la unanimidad a la mayoría simple significa un cambio cualitativo, pues mientras la primera es un equivalente funcional de la imparcialidad, la mayoría puede ser gravemente parcial en contra de la minoría.

Así todo, según Nino, si se compara esta posibilidad con riesgos análogos de otros procedimientos de decisión colectiva, el procedimiento de discusión amplia y decisión mayoritaria presenta aspectos que generan una mayor tendencia hacia decisiones imparciales, a saber: 1) la participación en el debate de todas las afectadas, con la posibilidad de que hagan conocer sus intereses; 2) la exigencia de que justifiquen sus propuestas, intentando mostrar que ellas derivan de principios universales —que serían aceptados por cualquier persona imparcial, racional y que conociera los hechos—; 3) la necesidad de contar con el apoyo, para la propuesta realizada, del mayor número de participantes posible; y 4) las estructuras formales que proyectan hacia el plano colectivo la imparcialidad que el método democrático genera en el nivel individual (Nino, 1991: 120).

De este modo, concluye Nino, aun cuando se reconozca el hecho obvio de la falibilidad del proceso democrático, parece haber más razones para suponer que, en general, conduce con mayor probabilidad a decisiones correctas que cualquiera otro método de decisión colectiva⁶⁴. “[E]sto que se

64

Por supuesto que la capacidad epistémica del procedimiento democrático será mayor o menor para el autor, según se acerque o se aleje de las exigencias que generan su tendencia inherente a la imparcialidad, entre ellas: participación en el

predica *en general* del método democrático fundamenta que se observe sus resultados en cada caso particular (...). En efecto, “[s]i bien sólo los principios morales y no las normas jurídicas [...] proveen razones para actuar, cuando las normas jurídicas tienen un origen democrático ellas proporcionan razones para *creer* que hay razones para actuar” (Nino, 1991: 121).

Siendo así, el valor *epistémico* de la democracia se fundamenta en dos cuestiones. Por un lado, que la discusión permite detectar fallas en el conocimiento y en la racionalidad en tanto proceso individual y, por otro lado, que existe una “equivalencia funcional” entre un consenso mayoritario y unanimidad. En consecuencia, la democracia nos proporcionaría razones para creer que “existen razones para actuar o decidir”. En otras palabras, el debate público democrático conduciría al “descubrimiento” de los principios morales “verdaderos” que serían aceptados por una comunidad, reduciendo a un mínimo la posibilidad de cometer “errores morales”, razón por la cual la ciudadanía aceptaría estos resultados aun en contra de su reflexión individual.

Hasta aquí parecería que Nino abraza una concepción procedimental de la democracia sin cortapisas –con las consecuencias institucionales que ello trae aparejadas, en particular, el rechazo a la revisión judicial sustancial de las leyes en manos de los jueces. Sin embargo, Nino establece una serie de condiciones que el procedimiento democrático debe satisfacer para poseer valor epistémico, dicho de otro modo, el valor epistémico de la democracia y por eso de las decisiones tomadas en su seno, depende de que se cumplan ciertos requisitos previos que califica de “derechos a priori” (Nino, 1997: 192).

De esta forma, Nino aísla aquellos derechos que son una *condición necesaria* para la existencia misma del procedimiento democrático, sustrayéndolos de la contingencia deliberativa y ubicándolos conceptualmente en un ámbito diferente; consecuentemente, su validez es independiente del debate público.

En palabras del autor, son “condiciones de validez del proceso democrático y su valor no se encuentra determinado por el proceso sino que está presupuesto por éste. Estos derechos a priori deberían ser respetados por el proceso democrático como prerequisites de su validez” (Nino, 1997: 275) y son los jueces los encargados de vigilar que se respeten íntegramente. Esto parece un cambio notable respecto a lo dicho anteriormente y, como se verá más adelante, es allí donde se inserta el control judicial de constitucionalidad.

4. Algunas críticas preliminares

Como se puede imaginar, la teoría de Nino también ha provocado muchas críticas. Para empezar

debate y en la decisión de todos los afectados, libertad de presentación de todos los puntos de vista y relativa igualdad de las partes, concentración en la justificación de las propuestas que establecen diferentes balances de intereses, sobre la base de principios universalizables y aceptables, no sobre la base de convenciones o prescripciones de la autoridad, sino sobre la base de exigencias de imparcialidad y racionalidad, el consenso más amplio posible a favor de una cierta solución, etc. (Nino, 1991: 121). También en Nino, 1997: 181.

se apunta que al subordinar su teoría a la moral, Nino provoca una reducción de la democracia a la deliberación moral, lo que torna difícil confrontar la posibilidad de resultados democráticos distintos de una sociedad a otra (Oquendo, 2008: 271)⁶⁵. A partir de una moral objetiva, el modelo de Nino sugeriría que no importan las diferencias contextuales, todas las sociedades tenderían a la convergencia⁶⁶. Y si bien es cierto que la constitución histórica podría restringir a nivel nacional dicho proceso homogenizante, las variaciones no pueden ser inmensas so pena de perder legitimidad (anclada a la constitución ideal) (Oquendo, 2008: 290-291)⁶⁷.

Pero independientemente de la moral de la que se parte, el que la teoría de Nino tome como objetivo de la deliberación el alcanzar un consenso, también es motivo de crítica (Waldron, 2004: 249 y ss.)⁶⁸. Así, según Waldron, pareciera que Nino realiza una “conexión necesaria entre imparcialidad y la *singularidad* en el contexto de la democracia deliberativa”, donde la votación se asemeja al reconocimiento del fracaso, ya que muestra que una discusión basada en las razones ha fracasado en la resolución de una cuestión (Waldron, 2004: 250-251).

Esta visión de Nino contrasta con otra que toma a las *visiones u opiniones individuales sobre el bien común* como la moneda corriente de la política y en consecuencia, convierte a la votación en la culminación natural de la deliberación⁶⁹. Así es como Waldron insiste en que en política es probable que se presenten una diversidad de opiniones imparciales sobre la justicia y el bien y que el consenso no sea esperable. Es más, según el autor, “[l]a idea de que deberíamos pensar en la deliberación como una forma de suavizar nuestras diferencias para preparar el camino hacia el consenso es una terrible distorsión (...)” (Waldron, 2004: 259). A su criterio, una teoría de la democracia debe pensar en la deliberación de modo que encaje con la votación y no que se sienta incómoda con ella⁷⁰.

⁶⁵ En este sentido Oquendo explica que en comparación, la teoría de Habermas es más amplia dado que además de las cuestiones morales, contempla en la deliberación cuestiones éticas y pragmáticas o transaccionales.

⁶⁶ En igual sentido véase Álvarez, 2008: 84.

⁶⁷ No nos hemos detenido a explicar la constitución ideal de los derechos para Nino por cuestiones de espacio, pero sobre el punto véase Nino, 1997: capítulo 3, que remite a los tres principios de moral crítica de cuya combinación, según Nino, derivan los derechos fundamentales, a saber 1) la inviolabilidad de la persona, 2) la autonomía de la persona y 3) la dignidad de la persona. Véase también Nino, 2012: capítulo I y toda la segunda parte relativa a estos principios.

⁶⁸ La crítica de Waldron abarca otros aspectos de la teoría de Nino, como el hecho de que considere como la virtud fundamental de la democracia deliberativa su capacidad para *transformar* los intereses y preferencias parciales de las personas hacia soluciones imparciales, aunque a mi criterio esta crítica es mucho más débil y cuestiona en sí misma el hecho de la deliberación.

⁶⁹ En este sentido Andrea Greppi dice: “Sólo tiene sentido acudir al método democrático cuando nos enfrentamos a decisiones sobre las que existe diversidad de opiniones e intereses, y cuando carecemos de un método objetivamente cierto para componer las diferencias. Únicamente deliberamos sobre aquello que podría ser de otra manera y votamos sobre aquello en lo que discrepamos” (Greppi, 2013: 46).

⁷⁰ Contestando a Waldron, Martí explica que el consenso razonado es sólo un ideal regulativo inalcanzable; que

En la línea de Waldron, Gutmann explica que la votación es esencial para la democracia “porque: 1) las personas tienen desacuerdos razonables durante y después de deliberar sobre cuestiones políticas, 2) los desacuerdos razonables de las personas deben ser respetados, y 3) una forma de respetar esos desacuerdos, y de respetar a las personas como iguales políticamente, consiste en tener en cuenta todas sus opiniones en una votación final” (Gutmann, 2004: 270). Así la votación se concentra en la necesidad de decidir, lo que en parte da sentido a la deliberación (Gutmann, 2004: 273)⁷¹.

Si esto es así, “la necesidad de un mecanismo de toma de decisiones políticas frente al desacuerdo no es sólo una consecuencia del hecho de que las necesidades políticas nunca dejan tiempo suficiente para que la deliberación siga su curso y alcance un resultado unánime” (Kahn, 2004: 298). Más bien pareciera que necesitamos estos mecanismos porque nos enfrentamos a las “circunstancias de la política”⁷², o en otras palabras, a “la sensación de necesidad de una política compartida o una decisión o curso de acción sobre una cuestión determinada entre los miembros de un grupo determinado, incluso frente al desacuerdo sobre cómo debería ser esa política, esa decisión o ese curso de acción” (Waldron, 2004: 260; 2005: 123).

Por eso es que Waldron explica, “el desacuerdo no importaría si las personas no prefirieran una decisión común; y la necesidad de una decisión común no daría lugar a la política tal como la conocemos

nadie pone en cuestión el hecho de que los procesos reales no producen el consenso, pero que “La práctica misma de la argumentación *presupone* la existencia de una respuesta correcta intersubjetivamente compartida sobre aquello que estamos argumentando”. Y aclara en nota al pie, “Esto no quiere decir que realmente exista, y menos aún que dicha respuesta posea algún tipo de objetividad ontológica. Únicamente significa que cuando argumentamos [...] presuponemos que hay una forma de zanjar correcta y racionalmente la controversia”. (Martí, 2006: 29). Sobre el contraste entre el ideal regulativo y la realidad, Martí dice “Todos los deliberativistas aceptan que argumentar consiste en intentar convencer racionalmente a los demás [...] ¿Por qué no iba a ser más valioso convencerlos a todos que convencer sólo a unos pocos?” Pero aquí creemos que el consenso como singularidad no puede sostenerse ni como ideal, pues en ese caso, ante el desacuerdo real, quedará la sensación de que hay una parte del foro que está equivocada, que hay una sola concepción del bien admisible y que hay quienes viven en el error. Si se acepta en cambio como ideal la posibilidad de un acuerdo sobre una política determinada común, aunque no esté sustentada en una concepción “más correcta” que otra, el diálogo aún sirve para generar mejor comprensión de los diferentes puntos de vista, llegar a ese acuerdo y para, luego de producida la decisión, seguir manteniendo el mismo respeto hacia las posiciones que resultaron vencidas. Es más, consideramos que un ideal deliberativo, independiente del consenso, es más coherente con la idea de una “*on going discussion*” y una permanente revisión de nuestras “certezas”. Por último, tampoco es bueno el argumento del consenso como ideal de la democracia deliberativa con valor epistémico, pues, como bien explica Bayón, por un lado, en condiciones ideales no entraría en juego el voto como regla de decisión, sino que la regla de decisión sería el consenso razonado. Así, en condiciones ideales coincidirían el procedimiento de decisión con el juicio que resulta de la reflexión individual, por lo que ya no tendría sentido la idea del valor epistémico del resultado de un procedimiento como “*indicador más fiable de lo correcto*”. (Recuérdese que Nino –como Martí– afirma que el procedimiento no es infalible, sino sólo más fiable que la reflexión individual). Ese valor epistémico del procedimiento entonces sólo tiene sentido en condiciones *no ideales*. Véase Bayón, 2009: 198-199.

⁷¹ Ahora bien, tras resaltar este acuerdo con Waldron, Gutmann critica la idea del neozelandés de que sea la regla de la mayoría la característica de la democracia. En parte por esto es que se califica la postura de Gutmann como “ecuménica”. Véase Greppi, 2013: 52, nota al pie nº 19.

⁷² Según la terminología de Waldron, en una adaptación al concepto rawlsiano de las “circunstancias de la justicia”. Véase Rawls, 1978: 152-155.

si no existiera al menos la potencialidad del desacuerdo sobre cuál debería ser esa decisión común” (Waldron, 2004: 260). Esto, según el autor, es indispensable para comprender las reglas procedimentales de toma de decisiones y las ideas concomitantes de autoridad y obligación. Pero incluso también, pueden justificar el proyecto democrático deliberativo⁷³ cuyo punto de partida sea el radical pluralismo cultural de las sociedades modernas (Velasco Arroyo, 2000: 206).

Directamente relacionado con lo anterior, otras críticas se centran en el propio valor “epistémico” que se le da a la democracia. Se dice que el hecho de subordinar la democracia a estándares normativos tales como que los resultados políticos se aproximen a la verdad, puede poner en peligro a la democracia misma. Así de nuevo, dado que la participación democrática supone diversas y, en ocasiones, irreconciliables opiniones, imponer un estándar sustantivo puede amenazar la libertad (Saffon, Urbinati, 2013: 442). Esto es plenamente aplicable a Nino a pesar de que su teoría ate los resultados sustantivos a la corrección del procedimiento, desde que pone el acento en los potenciales objetivos sustantivos (morales) que el procedimiento debe lograr y se centra en las condiciones (ideales) bajo las cuales pueden ser logrados (Saffon, Urbinati, 2013: 444).

En la misma línea, Carlos Rosenkrantz ha hecho un agudo análisis de la justificación de la democracia sobre la base de su valor epistémico. Este autor afirma que la democracia no puede justificarse como un mecanismo de acceso a la verdad moral, aun cuando la aparente concordancia entre la justificación de la democracia que Nino ofrece y su teoría de los juicios morales, así como su facilidad para eludir los problemas inherentes tanto a las justificaciones consecuencialistas como a las justificaciones intrínsecas de la democracia, hagan parecer plausible la justificación epistemológica (Rosenkrantz, 1991: 264-265). Los argumentos de este autor son básicamente dos. Primero, que la democracia epistémica se ocupa de procesos políticos ideales y no de la justificación de las democracias reales. Si lo hiciese, mostraría que muchas veces la democracia epistémica legitima procedimientos de decisión no democráticos. Segundo, que ni la democracia ni la dinámica de la acción colectiva que ella impone nos acercan a la imparcialidad o a la verdad moral cuando éstas son concebidas como armonización de intereses de acuerdo a ciertos principios, porque nada garantiza que la mayoría no votará basada en preferencias inmorales (Rosenkrantz, 1991: 276). Según Rosenkrantz, finalmente la justificación de Nino es eminentemente procedimental en el sentido que, de acuerdo con ella, la democracia se justifica por el hecho de ser un procedimiento operativo de toma de decisiones.

5. El control judicial de constitucionalidad como excepción

⁷³

A pesar de que Waldron no lo considere así.

Recapitulando lo comentado anteriormente, la tesis central de Nino es que la democracia tiene un valor epistémico porque constituye un método de discusión y de decisión colectiva que, bajo ciertas condiciones, permite identificar “decisiones moralmente correctas”, por ello constituye la fuente última de legitimidad de la constitución normativa. En ese entendimiento, el derecho resultado del proceso legislativo elegido democráticamente sería el único que no podría considerarse moralmente superfluo, pues tendría una obligatoriedad epistémica. Además, reduciría la probabilidad de que existan problemas de acción colectiva y sería capaz tanto de conciliar la dimensión ideal sustantiva de una constitución (la constitución de los derechos) con la dimensión procesal ideal (la constitución del poder), cuanto de preservar la práctica constitucional (la constitución histórica) (Nino, 1997: 187 y ss.). Para Nino entonces, “el control judicial de constitucionalidad refleja la relación compleja entre la democracia deliberativa y las otras dos dimensiones del constitucionalismo, que son el reconocimiento de los derechos individuales y la preservación de una práctica constitucional” (Nino, 1997: 293).

Son tres las excepciones admitidas por Nino a la primigenia negativa del control judicial de constitucionalidad y que, según el autor, están encaminadas a proteger las condiciones que hacen epistémicamente confiable el ideal democrático. En efecto, sería en atención a los mismos fundamentos filosóficos en los que se apoya la negativa, lo que permitiría “abrir algunos resquicios para algún control judicial de constitucionalidad” (Nino, 1991: 125).

(i) La primera excepción es para *el control del procedimiento*. El proceso democrático es una actividad reglada, cuyas reglas responden a la finalidad de maximizar el valor epistémico del proceso. Como ya se dijo, este proceso depende de condiciones, muchas de las cuales se denominaron *derechos a priori* y, al parecer de Nino, éstas no pueden ser cuidadas a través del mismo proceso democrático pues éste estaría afectado por el incumplimiento precisamente de las reglas y condiciones que fundamentan su valor epistémico. Según Nino, aun cuando la mayoría tiene legitimidad para encontrar las soluciones *moralmente* correctas, la misma mayoría podría estar viciada por fallas en las condiciones de discusión amplia y abierta, razón por la cual es evidente que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan.

Ello justifica contar con órganos cuya legitimidad no dependa de los avatares de la mayoría, que controlen si esos presupuestos de procedimiento se han satisfecho o no (Nino, 1989a: 187). Así Nino, apoyándose en Ely (1997: 97-131), considera que es el Poder Judicial el que debe garantizar que el procedimiento cumpla con su fin convirtiéndose en una especie de *referee* del proceso democrático⁷⁴. En ese sentido, sería misión de los tribunales intervenir para ampliar el proceso democrático, exigiendo más

⁷⁴ En realidad, la idea de Nino sobre el proceso democrático está asociada con la idea de deliberación democrática, la que no se superpone completamente con la visión de Ely. Véase Gargarella, 2008: 205.

participación, más libertad de las partes, una mejor igualdad, etc. al momento de anular una norma por razones procedimentales. Ahora bien, Nino reconoce que esto puede tener una interpretación muy restringida o una interpretación bastante amplia, lo cual dependerá del papel que atribuyamos a la judicatura en el control de las condiciones que hemos reseñado (Nino, 1989a: 187). Es decir, si ésta se limita a verificar la concurrencia de las condiciones procedimentales, o si –aunque Nino no lo diga de esta forma– las juezas y jueces deben adoptar una posición activa en el aseguramiento tanto de las condiciones procedimentales como de la decisión democrática misma. Nino se inclina por esta última vía, arguyendo cuestiones sustantivas de las cuales depende, a su parecer, una decisión democrática, como son la existencia de una relativa igualdad de recursos, del acceso a la educación que permite una cierta igualdad de condiciones, la ausencia de presiones o amenazas, etc.; en definitiva, condiciones no puramente procedimentales que maximizan el valor epistémico de la democracia.

Todavía más problemático se vuelve el control de los llamados *derechos a priori*. La cuestión controvertida –y que el propio Nino reconoce– es determinar cuáles son las precondiciones de la democracia y su alcance⁷⁵. A este problema se lo conoce como el de la paradoja de las precondiciones de la democracia⁷⁶.

La paradoja consiste en que, por un lado, el valor epistémico de la democracia requiere que se cumpla con ciertos prerequisites (derechos a priori) cuyo respeto provee el valor epistémico de la democracia. Pero, por el otro, si cubrimos todas estas precondiciones para otorgar valor a la democracia, quedan muy pocas cuestiones a ser resueltas por la misma (Nino, 1997: 192-193). Es decir, “cuanto más potente es un procedimiento deliberativo, menor es el rango de decisiones en el que podremos aplicarlo. Inversamente, [...] cuanto más abierto dejemos el rango de cuestiones sobre las que vamos a deliberar, menor será la fiabilidad del procedimiento democrático deliberativo” (Martí, 2008: 311)⁷⁷. Aquí la elección que hace a la paradoja se da entre un valor intrínseco (la democracia) y un valor instrumental que es condición necesaria del primero (las precondiciones de la democracia), que no son lógicamente independientes pero son incompatibles entre sí: dado que cualquier elección supone la pérdida del único valor que se halla detrás del problema, el democrático (Martí, 2008: 314)⁷⁸. Nino reconoce que “el punto exacto de medida puede ser difícil de determinar” (Nino, 1997: 194) y apunta como única respuesta posible a una cuestión de grado: la judicatura

⁷⁵ Puesto que como bien reconoce Nino, toda decisión política afecta en última instancia, por acción u omisión, un derecho individual, por lo que el alcance del control judicial de constitucionalidad parece a primera vista, sumamente amplio (Nino, 1991: 127).

⁷⁶ Un análisis de la misma en Martí, 2008: 307-323. También en Martí, 2006: 115.

⁷⁷ O en palabras de Bayón: “cuanto más perfectas fueran las condiciones de ejercicio del derecho de participación, menos posibilidades habría de ejercerlo” (Bayón, 2004: 298).

⁷⁸ Porque la elección no es entre dos valores intrínsecos y lógicamente independientes es que no podemos hablar de un dilema. También en Martí, 2006: 120.

debería ocuparse de garantizar aquellas cuestiones tan fundamentales que, si no se atienden como condición para la participación adecuada en el proceso democrático, la calidad de éste se deteriora tan seriamente que se desvanece su valor epistémico (Nino, 1991: 128).

(ii) La segunda excepción tiene que ver con la defensa de la autonomía personal: este valor proscribire interferir con la libre elección de los individuos de ideales de excelencia humana y de planes de vida basados en ellos⁷⁹. Puesto que la validez de los ideales personales no depende de la satisfacción de la exigencia de imparcialidad, una decisión colectiva no contribuye a acrecentar el valor epistémico de la solución que se alcanza. Dicho de otro modo, para Nino el Estado no puede interferir en la libre adopción de los principios morales autorreferentes o personales, cuyo impacto está en la calidad de la vida y el carácter del agente, pues sobre éstos el proceso democrático no tiene ningún valor epistémico (Nino, 1997: 182)⁸⁰. Así, los tribunales no tienen razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, deben por el contrario, descalificar las normas de índole *perfeccionista* (Nino, 1991: 130). Esta sería la contracara de uno de los límites que Nino considera para la aplicación de la regla de la mayoría.

El problema aquí es poder realmente determinar cuándo una ley afecta la autonomía personal. Nino propone centrarse en los fundamentos –y no en el contenido– de la ley, que será perfeccionista si lo que intenta es la imposición de un ideal de excelencia humana. En cambio, si la razón genuina de la adopción de una ley es otra, como por ejemplo, proteger a terceras personas, su validez debería discutirse a través del proceso democrático (Nino, 1997: 279)⁸¹.

(iii) Por último, la tercera excepción se refiere a *la protección de la constitución como resultado de la acción colectiva*. Esta excepción, según Nino tiene un carácter diferente a las anteriores pues no tiene que ver con las condiciones que hacen valioso al proceso democrático, sino con la estructura del razonamiento jurídico justificatorio (Nino, 1991: 131). Así Nino explica que las acciones de los tribunales (sus decisiones), a diferencia de las de otros órganos o de la ciudadanía, son acciones *institucionales* que se realizan en el marco de una práctica social que es el derecho de una comunidad. Esto implica que los efectos de su accionar están determinados por una serie de expectativas, actitudes, reacciones que son parte de dicha práctica.

⁷⁹ Nino agrega un argumento adicional para defender el valor de la autonomía personal y es la naturaleza auto-frustrante de cualquier política que imponga a la gente ideales de vida, pues la mayoría de ellos incluye como requisito para ser satisfechos el que sean adoptados por convicción y libremente. Véase también Nino, 1997: 278.

⁸⁰ Sobre esta distinción entre dos dimensiones de la moral, una pública, intersubjetiva o social y otra privada, autorreferente o personal, véase Nino, 2012: capítulo III.

⁸¹ El ejemplo que utiliza es la prohibición del uso de drogas, que según el fundamento podría ser perfeccionista o razonable y con ello constitucional.

Para Nino, “[l]a Constitución histórica debe verse como un intento exitoso de fundar la práctica social en que consiste el derecho” (Nino, 1991: 132)⁸². De esta forma, el autor entiende la constitución como una práctica social, atribuyendo al derecho una dimensión performativa que permite la exitosa efectivización de una democracia funcional. Por lo que si bien el razonamiento justificatorio debe –según Nino– partir necesariamente de principios morales, en el caso de acciones institucionales, al no ser éstas conductas o decisiones aisladas sino ítems de la práctica jurídica en su conjunto, debe modificarse la visión tradicional sobre el objeto del razonamiento práctico y tomar en cuenta la compatibilidad con la constitución histórica. Esto le lleva a plantear un desdoblamiento del razonamiento práctico jurídico en dos etapas: una primera en donde se determina si la práctica jurídica está moralmente justificada y, si el resultado es positivo, una segunda etapa en que se determina cuál es la acción o decisión individual compatible con la continuidad de la práctica jurídica que es más admisible desde el punto de vista valorativo (Nino, 1991: 133).

Aquí el papel de la judicatura vuelve a ser importante para el autor, pues ésta entraría a cuidar la *eficacia* de las decisiones democráticas. El propósito del control judicial de constitucionalidad es entonces preservar la práctica social dentro de la cual esa decisión opera, es decir, la constitución histórica (Nino, 1997: 280). Así, si una decisión democrática infringe el texto (o la interpretación precedente) de la constitución histórica, aunque no se vea violado ningún derecho, la juez podría invalidarla de forma justificada a fin de evitar que la práctica social constituida por la constitución histórica se vea debilitada y, como resultado de ello, la eficacia de las decisiones democráticas en general se vea afectada.

Con esta última excepción, Nino instala el control judicial de constitucionalidad *tout court* y genera un dilema que intenta resolver dándole a la judicatura la tarea de “equilibrar el daño inmediato a los ideales participativo y liberal del constitucionalismo *vis a vis* el daño que se le causaría a esos ideales si la práctica constitucional fuera afectada negativamente debido a la decisión democrática que la infringe” (Nino, 1991: 282). Es una cuestión de juicio nos dice, pero lo cierto es que nos vuelve a dejar en manos de los tribunales.

6. El contexto de crisis

Decíamos que el valor de las teorías ideales como las que plantea Nino es que, lejos de constituir reflexiones filosófico–políticas en torno a las realidades institucionales y políticas concretas o reales de la democracia, constituyen un intento de fundamentación de ésta. Situarse en el plano ideal –como lo hace Nino– permite la construcción de una teoría normativa, un discurso que no pretende considerar si

⁸²

Sobre la importancia de la constitución histórica, véase Nino, 1991: capítulo 2.

en el mundo real tienen lugar las condiciones descritas al momento de tomar decisiones que se consideran democráticas, pero que pese a tal distanciamiento puede cumplir dos finalidades: (i) dotar de justificación a las democracias reales, en la medida en que éstas se acoplen a los dictados del modelo ideal, y (ii) desarrollar una función regulativa y crítica, al servir como medida de evaluación de las democracias realmente existentes y los modelos que se pretende seguir (Ródenas, 1991: 280-281).

Teniendo a la vista únicamente la primera de las finalidades descritas y aceptando como justificado, tal cual lo considera Nino, el control judicial de constitucionalidad dentro de su modelo democrático ideal, bien podemos contrastar su teoría con el funcionamiento de las democracias reales.

Siguiendo la tesis de Nino, el contexto de oscurantismo democrático actual sin duda afecta el proceso democrático en tanto actividad reglada, razón por la cual el valor epistémico de su proceso debe –como poco– ponerse en duda, cuando no descartarse. Esto porque las condiciones que Nino releva del procedimiento democrático para que éste posea valor epistémico –participación libre e igual en la discusión y toma de decisiones, argumentando y justificando las posiciones, sin que existan minorías congeladas y aisladas y sí en cambio, un marco emocional apropiado para la argumentación– no están aseguradas en nuestras comunidades políticas y parecen incluso cada vez más débiles.

Como apunta Issacharoff, las democracias actuales operan con Poderes Legislativos muy debilitados, cooptados por intereses privados y en casos extremos (como es el caso de Brasil) con altas porciones de su composición bajo investigaciones por corrupción (Issacharoff, 2018: 6). Por otro lado y frente a la debilidad de los Poderes Legislativos, asciende el poder de los Ejecutivos, cuyas decisiones políticas en lugar de ser deliberadas y participativas, son comandadas por poderes unilaterales de decreto, para los cuales la legislatura es un obstáculo (Issacharoff, 2018: 12). Este análisis coyuntural, para otros autores no es más que la concreción de una posibilidad endógena a la democracia, que la amenaza de modo permanente. Así para Bobbio, en la medida en que el método democrático es el sustituto funcional del uso de la fuerza, los riesgos de ingobernabilidad –entendida como consecuencia de la desproporción entre demandas que provienen cada vez en mayor número de la sociedad civil y la capacidad que tiene el sistema político para responder a las mismas–, privatización de los espacios públicos y poder oculto son inherentes a ella (Bobbio, 1985: 14). Un análisis “mixto” presentan Hardt y Negri, para quienes la crisis de la democracia puede verse desde dos polos: por un lado, la corrupción y la insuficiencia institucional –cuestiones que apuntan a un plano real– y, por otro lado, propiamente desde su definición, es decir, en el plano normativo. En el plano real, parece claro que para estos autores la crisis está asociada al agotamiento mismo del modelo democrático moderno, más aun cuando inciden factores que escapan al control del poder político y que someten a la democracia, como el terrorismo o el fundamentalismo (Hardt, Negri, 2004: 213-236).

De esta forma, la democracia en crisis se nos presenta como un resquebramiento de las condiciones del modelo que la hacen posible, en virtud de que sus propios mecanismos lucen débiles para asegurar el equilibrio de las estructuras de poder. Si esto es así, aquello que inquieta a Nino, esto es, las condiciones que dan valor epistémico a las decisiones democráticas, en efecto, están en peligro. En esta medida, parece habilitarse su reemplazo por las decisiones que puedan tomar las judicaturas ejerciendo el control de constitucionalidad.

Lo mismo podríamos decir del papel del control judicial en la defensa de la autonomía personal. Aun solventando las dificultades que supone determinar cuándo una ley afecta la autonomía personal⁸³, en las democracias actuales ésta se halla puesta en cuestión por dos frentes. Por un lado, por la izquierda progresista con una idea fuerte de autonomía relacional demandando, entre otras cuestiones, un Estado que establezca las condiciones para el ejercicio de dicha autonomía con lo cual se le permite un mayor margen de intervención, y, por otro lado, por la derecha totalitaria donde la autonomía individual puede ser sacrificada en pos del proyecto integral de una sociedad definida en términos maniqueos, cediendo al intervencionismo estatal que lleva la promoción de una única y determinada forma de vida como valiosa.

Por último, muchos de los cuestionados regímenes democráticos actuales están disputando las bases mismas de sus “constituciones históricas”, en muchos casos proponiendo reemplazos totales a las mismas, en otros, reformas sustanciales tanto orgánicas como en su articulado dogmático. Nuevamente, esto pone en cuestión tanto el papel como la viabilidad del control judicial de constitucionalidad que Nino prevé en su tercera excepción.

Frente a estos escenarios, las excepciones que considera Nino deberían ser, en los hechos, la forma en que por regla funcionen nuestros sistemas políticos y, por tanto, el campo de acción de cortes y tribunales constitucionales ha de ampliarse considerablemente a fin de proteger la democracia. En términos de Nino, el modo (¿único?) de preservar la práctica social dentro de la cual las decisiones democráticas operan, es decir, la constitución histórica. Dicho de otro modo, en un escenario de crisis del sistema político aquellas situaciones que Nino cataloga de “excepcionales”, en realidad se constituyen en el estado normal de cosas, y con ello el control judicial de constitucionalidad –parece– ha de extenderse a fin de resguardar la posibilidad misma de la democracia. Siendo así, lo que en el plano normativo estudiado por Nino buscaba “abrir algunos resquicios para algún control judicial de constitucionalidad” (Nino, 1991: 125); en el plano real lo instala *tout court*.

⁸³ En última instancia como señala Gargarella (2008: 214), “¿qué decisión, finalmente, no afecta la autonomía individual?”. Y al revés, reproduciendo las críticas que se hicieron a la distinción de J. S. Mill entre lo que concierne a uno mismo vs. lo que concierne a los demás: “existen muy pocos actos personales, si es que existe alguno, que no tengan consecuencias para el bien común” (Bellamy, 2010: 117).

Y esto no solo podríamos deducirlo de Nino. Con distintos argumentos, resulta que buena parte de la literatura se ha volcado al examen del control judicial de constitucionalidad con la esperanza que éste actúe, precisamente, como un amortiguador institucional para proteger la democracia de su fracaso en la protección de derechos fundamentales (Issacharoff, 2015) y de las instituciones. Frente al aparente consenso que suscita la idea del auge de los populismos (Müller, 2016, 1-6)⁸⁴, se han apuntalado soluciones que buscan obstaculizar (cuando no impedir) la participación popular, prescindiendo de plebiscitos, referendos o cualquier otro tipo de consulta pública o decisión directa por parte de la ciudadanía, a fin de evitar estas tendencias populistas o, al menos, disminuir sus consecuencias⁸⁵. En esta lógica, los tribunales constitucionales o supremos parecen erguirse como los aliados institucionales frente a la “tiranía de la mayoría” (Alterio, 2019).

En esta línea, Arato (2017) ha sugerido que “cuando la representación a través de las elecciones falla, los tribunales pueden generar un segundo canal democrático que se vuelve aún más importante en un régimen populista”. Issacharoff (2017, trad. propia), por su parte, considera que en la actual ola populista “el problema no es un rechazo de la democracia, sino (...) una democracia sin los límites de las restricciones institucionales”.

Por lo cual, sigue el autor (2018: 1), la pregunta aquí es si en tiempos de desafío para el funcionamiento democrático, el poder judicial puede desempeñar un papel estabilizador en la protección de recursos políticos temporales que amenazan la integridad del gobierno⁸⁶. Esta pregunta no es vacía ni carente de intenciones si consideramos que “la tercera ola de democratización, que comenzó a fines de la década de 1970 y llegó a su punto más álgido en los albores en este siglo, estuvo acompañada por un importante desarrollo en la historia institucional democrática: la difusión de los tribunales constitucionales especializados en todo el mundo y la expansión aun más amplia de sus poderes” (Ginsburg, Huq, 2018: 187, trad. propia).

Con todo, lo que nos interesa apuntar aquí es que, a fin de cuentas, se trata de un ejercicio comparativo en contextos vertiginosos y radicales. ¿Quién gobierna/debe gobernar? ¿El pueblo o los tribunales constitucionales⁸⁷? En otras palabras, la pregunta es si es prudente confiar en que los

⁸⁴ Para parte de la academia es la crisis de representación política la que facilita el surgimiento del populismo. Véase Roberts, 2015: 140-141.

⁸⁵ Un claro ejemplo, en respuesta a la elección de Donald Trump puede verse en Gardbaum y Pildes, 2017.

⁸⁶ Issacharoff: “The question here is whether in times of challenge to democratic functioning the judiciary may play a stabilizing role in warding off temporary political expedients that threaten governmental integrity.” Issacharoff plantea que “In particular, the rise of populist demands, fueled by a non- institutional sense of a plebiscitary mandate, makes the modern role of the judiciary all the more pressing an issue (...) In the actual world of beleaguered democratic institutions, one cannot simply posit away the difficult question of judicial intervention to preserve democratic institutions and the prospect for electoral accountability.”

⁸⁷ No habría que perder de vista que planteada así la discusión carece de realidad pues, en los hechos, no se trata de una cuestión dicotómica. Si así fuera, probablemente la respuesta sería más sencilla. El desafío está en ubicar una mixtura

tribunales actuarán como broqueles del orden constitucional o si, aun asediados por el temor a las mayorías, son ellas las que se hallan en mejor posición para salvaguardar tal orden. Si este último fuera el caso, la siguiente pregunta sería cómo. A nuestro juicio, el constitucionalismo debe centrarse en la creación de instituciones inclusivas e interdependientes que refuerce la primera condición para asignar valor a cualquier decisión jurídica: la participación de todas las afectadas por la decisión, en condiciones de igualdad.

De este modo, se refuerza el ideal democrático de Nino sin reemplazarlo por un “segundo mejor” (según la calificación de Issacharoff) que deja la salvaguarda de la democracia en manos de los tribunales y que no solo no cumple con las condiciones y el procedimiento que harían epistémicamente correcto su resultado, sino que tampoco nos aseguran unos resultados mejores a los que tenemos actualmente, y más aún contribuye a seguir debilitando el espacio deliberativo y participativo que presupone la democracia y con ello la posibilidad de democracia misma.

7. Conclusión

Las teorías epistémicas de la democracia deliberativa como las de Nino⁸⁸ avanzan en dos proyectos que chocan con una noción de democracia procedimentalista. Por un lado, transforman el proceso de toma de decisiones políticas en un capítulo en busca de la verdad⁸⁹ y, por el otro, sujetan el proceso democrático a criterios de juicio que lo trascienden. El primer proyecto desafía la promesa democrática de proteger la igual libertad⁹⁰, pues la democracia según los procedimentalistas “doxásticos”, no promete decisiones que serán más correctas que aquellas que pueden alcanzar un grupo

entre ambas voces.

⁸⁸ De las que David Estlund es uno de sus máximos exponentes. Véase Estlund 2011. Véase también los trabajos de Hélène Landemore (2012: 1-20; 2012: 251-289). En español uno de sus exponentes es José Luis Martí (2006). Algunos autores también calificarían de epistémica a la teoría de la democracia de Habermas.

⁸⁹ Esta afirmación debe moderarse, pues por ejemplo Gargarella (2015: 5), que continúa la senda de Nino y su concepción epistémica de la democracia, considera que puede defenderse una concepción como ésta que no se comprometa con la verdad moral, y sin embargo lo que busque es conocer (*episteme*) el punto de vista de todos los participantes en la deliberación y sus argumentos en vistas de lograr decisiones más imparciales. Con sus palabras: “(...) our defense of an ‘epistemic’ conception of democracy does not mean that we assume that, through discussion, we get to the ‘correct’ or ‘right’ decisions [...] What we assume, instead, is that inclusive discussions favor the creation of more impartial decisions (...)”. Así, siguiendo a Greppi (2013: 49), podría distinguirse entre concepciones epistémicas que identifican lo correcto con aquello que opinen en cada momento los ciudadanos (como sería el caso de Gargarella), de otras que utilizan un criterio independiente del procedimiento y por tanto también de la concreta voluntad de los participantes, para medir el valor de las decisiones.

⁹⁰ La libertad se protege a través de la participación del mayor número de ciudadanos de dos maneras: 1) el gran número es un obstáculo contra la corrupción –es muy difícil corromper a todos, 2) la posibilidad de actuar en conjunto facilita el autogobierno –trascendiendo la debilidad individual. Por ello la cooperación, más que el conocimiento, es su herramienta fundamental (Saffon, Urbinati, 2013: 449).

de expertos, sino decisiones que expresen la opción de la mayoría⁹¹, respetando los derechos de todos (Saffon, Urbinati, 2013: 446-447)⁹². El segundo proyecto epistémico viola el principio de inmanencia que caracteriza a las democracias. Así, siempre según la crítica, el hecho de que se haga depender la legitimidad democrática de las cualidades epistémicas del procedimiento hace que esa legitimidad descansa sobre unos resultados determinados. Ahora bien, ¿quién puede definir la corrección de las decisiones políticas ordinarias más allá del pueblo y sus representantes?

Una posición distinta a la de Nino afirma que la democracia es un circuito cerrado sin referencias externas. En ese sentido, puede generar decisiones correctas y otras que no lo sean, pero en cualquier caso protege la igual libertad si los procedimientos son seguidos por todas las personas involucradas. Para esta visión, el objeto de la democracia es la opinión y no la verdad. Apelar a la verdad no contribuye a la acomodación y el compromiso, por lo que en contextos de pluralismo no transitorio, fomenta la intolerancia e incluso la violencia (Saffon, Urbinati, 2013: 447-448). En suma, un modelo epistémico de democracia como el de Nino, apareja el peligro de fomentar principios aristocráticos basados en criterios de competencia (Saffon, Urbinati, 2013: 449)⁹³, o lo que se conoce como “elitismo epistémico”⁹⁴ y, pareciera que en el fondo ese es el fundamento que tiene el control judicial de constitucionalidad.

En contexto de crisis aquello parece exacerbarse y uno de los riesgos, a nuestro juicio, es que trae aparejada la imposibilidad de la transformación. Es cierto que las experiencias históricas son únicas e irrepetibles, pero al mismo tiempo existen ciertas cuestiones comunes a esas experiencias que se van actualizando en distintos momentos, sin que por ello lleguen a ser idénticas. Es esto lo que da espacio al cambio, a la transformación⁹⁵. Como se ha señalado en otros trabajos⁹⁶, la respuesta del constitucionalismo a las crisis político–constitucionales tras el término de la Segunda Guerra Mundial se caracterizó por el surgimiento de constituciones normativas con control judicial de constitucionalidad “fuerte”, vigorizando las Cortes Supremas o Cortes Constitucionales. En otras palabras, se asumió la

⁹¹ Que involucrará personas con capacidades cognitivas diversas y también con diferentes valores.

⁹² En este sentido se apela a las restricciones constitucionales (procesales como sustanciales) como inherentes al proceso democrático, dado que el proceso democrático no podría funcionar si se pusiera en cuestión de forma permanente las reglas que lo hacen válido (Saffon, Urbinati, 2013: 448).

⁹³ *Ibidem*, p. 449.

⁹⁴ Martí (2006: 205) responde a esta objeción sin poder eliminarla, sino sosteniendo que “el valor epistémico no es el único que nos importa. Necesitamos alguna otra justificación de la democracia deliberativa complementaria a la epistémica”.

⁹⁵ Esto ha sido apuntado por el historiador alemán Reinhart Koselleck (2006: 125), quien introdujo el concepto “estructuras de repetición”: “Si todo se repitiera de igual manera, no habría lugar para ninguna transformación, ni tampoco para la sorpresa –ni en el amor ni en la política–. Cundiría un aburrimiento de esos que mueven el bostezo. Si, por el contrario, todo fuera novedoso o innovador, la humanidad se precipitaría de un día para otro, desamparada y desprovista de toda orientación, en un agujero negro”.

⁹⁶

centralidad de los tribunales constitucionales en el marco del orden democrático posterior a la Segunda Guerra Mundial⁹⁷. Éstos actúan como aliados institucionales de los enfoques reactivos frente al auge de embates populistas a la democracia pero, su deriva no fortalece la democracia y legitimidad de las decisiones políticas, ni genera inclusión⁹⁸.

Hoy que nos enfrentamos a una historia que rememora aquella época de crisis democrática, constatamos que las respuestas parecen transitar trayectos similares. Así, parece ser que puesto en breves, el constitucionalismo actúa como “estructura de repetición”, desdeñando aquello de único e irrepetible que crea las condiciones propicias para las transformaciones constitucionales.

La discusión sobre la democracia en crisis se plantea, entonces, desde la lucha entre dos visiones⁹⁹: una que ha sido hasta ahora hegemonía y que –aduciendo la protección de las condiciones que hacen posible la propia democracia y los derechos fundamentales– decanta en una representación democrática elitista y nos deja en manos de los tribunales constitucionales, y otra contrahegemónica de construcción de un nuevo modelo institucional que refuerza la participación igualitaria, intentando legitimar las decisiones políticas y generar inclusión social. A fin de cuentas la pregunta que está detrás es quién gobierna realmente, y como ha apuntado Wendy Brown (2016: 359), aunque nuestras democracias hoy no sean una forma completa de vida política, sin ella perderemos el lenguaje y el marco en que somos responsables del presente y tenemos derecho a construir nuestro futuro.

⁹⁷ “Todas las democracias de posguerra cuentan con una corte de ápice con el poder de revisar la constitucionalidad de la legislación, una marcada desviación del *statu quo* anterior a la Segunda Guerra Mundial, en la cual Estados Unidos se mantuvo en gran medida aislado en el alcance de su poder judicial de invalidación constitucional de la legislación. De hecho, en la “tercera ola” de la creación democrática después de la caída de la Unión Soviética, la centralidad y el poder de estos tribunales solo ha aumentado” (Issacharoff, 2018: 2, traducción propia).

⁹⁸ Esta postura es sostenida por el Constitucionalismo popular, cuyo rechazo a cualquier forma de revisión judicial se basa en estudios empíricos de los efectos que ha tenido, desmitificando las visiones dominantes y mostrando la capacidad limitada de los tribunales para detener o revertir las políticas adoptadas por los poderes ejecutivo y legislativo, o para imponer directamente su propia agenda. Véase Gargarella, 2006.

⁹⁹ Esta idea de la disputa entre dos visiones de la democracia, una hegemónica y otra contrahegemónica, se toma de Santos, 2005: 46.

teoría del discurso, y en base a las cuales ha realizado y presentado trabajos en congresos nacionales y extranjeros. Director de diversos proyectos de investigación y jurado de tesis doctorales en Filosofía. Ha sido Profesor visitante en la Freie Universität Berlin (2009, 2014) y en la Goethe Universität Frankfurt (2017) con becas del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Evaluador externo de revistas científicas del exterior. Miembro de instituciones académico-científicas de Argentina y del exterior perteneciente al área de Filosofía práctica. Autor de numerosos artículos y libros sobre la especialidad. Contacto: santiagoprono@gmail.com

Scivoletto, G.: Doctor en Filosofía (Universidad Nacional de Lanús). Profesor de Introducción a la Filosofía (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo). Miembro de la Red Internacional de Ética del Discurso. Ha sido autor de numerosos artículos científicos sobre filosofía práctica publicados en revistas nacionales e internacionales. Contacto: gscivoletto@derecho.uncu.edu.ar.

Índice

Agradecimientos, -----p. 4.

Prefacio: Carlos Nino: teoría jurídica y vida pública – Gargarella, R., -----pp. 5-9.

Introducción -----pp. 10-14.

1. La teoría normativa reflexiva de C. S. Nino – Olivares, N. E., -----pp. 15-48.
2. Revisitando la dogmática jurídica más allá de Nino: límites y posibilidades para el conocimiento jurídico – Álvarez, L.-----pp. 49-62.
3. Constructivismo ético: consideraciones sobre la conceptualización del discurso moral en Carlos Santiago Nino – Giuffré, C. I. y Scivoletto, G., -----pp. 63-83.
4. La verdad moral y las razones para actuar. Aspectos motivacionales en la concepción epistémica de la

democracia de Carlos Nino – Allés, N. E.-----	pp. 84-104.
5. Sobre el lugar del control judicial de constitucionalidad en las democracias actuales – Alterio, M. y Morales, N.-----	pp. 105-127.
6. Soberanía popular, poder, y crítica ciudadana. Una justificación (de parte) de los aportes republicanos de la democracia deliberativa al estado de derecho. - Prono, S.-----	pp. 128-150.
7. El giro republicano en la teoría democrática de C. S. Nino – Olivares, N. E.----	pp. 151-178.
8. Hacia una justificación republicana de la distribución del castigo: reflexiones sobre la teoría penal de C. S. Nino – Frontalini Rekers, R. A.-----	pp. 179-192.
9. La teoría consensual de la pena en la encrucijada – Parmigiani, M.-----	pp. 193-209.
Postfacio: Carlos S. Nino, 25 años después – Martí J. L.-----	pp. 210-215.
Conclusión-----	pp. 216-225.
Bibliografía-----	pp. 226-241.
Currículum vitae de autores-----	pp. 242-243.