

*Each language is a tradition,
each word a shared symbol ...
Jorge L. Borges¹*

FUNDAMENTO DEL CONTROL JUDICIAL
DE CONSTITUCIONALIDAD
EN LA TEORÍA DEL DERECHO
DE CARLOS S. NINO

OSCAR A. CUADROS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El constructivismo ético.* III. *Conexiones entre política, moral y derecho.* IV. *Fundamento del control judicial de constitucionalidad.* V. *Conclusiones.*

Resumen: En este artículo se desarrolla la tesis de que la filosofía del derecho de Carlos S. Nino, en lo referente al tema del control judicial de constitucionalidad, aun cuando tiene sus fundamentos en el constructivismo ético de raíces kantianas, posee un mínimo de objetividad (contenido) moral. Esta idea se desarrolla a partir del pensamiento del filósofo argentino en el que sostiene la profunda relación entre derecho, política y moral así como la necesidad de que en dichas relaciones opere, no únicamente el

¹ Doctor Brodie's Report. Preface to the first edition, Penguin, England, 1976, p. 13.

concepto de mayoría a través de la democracia, sino la existencia de ciertos derechos *a priori*.

Palabras clave: control judicial de constitucionalidad, constructivismo ético, deliberación, moral.

Abstract: In this article is developed the argument about Carlos S. Nino's philosophy of law, in which he refers to the judicial review, that despite it has its fundamentals in the Kantian ethical constructivism, has a minimum of moral objectivity (content). This idea is developed through the Argentinean philosopher ideas, in which he sustains the deep relation between law, politics and moral, and the necessity that these relations have to work, not only with the concept of "majority rule", but with the existence of certain previous rights.

Key words: judicial review, ethical constructivism, deliberation, moral.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo reconoce por objeto, el análisis de los perfiles y alcances de la tesis del iusfilósofo Carlos S. Nino sobre los límites del control judicial de constitucionalidad, como corolario insoslayable de su teoría acerca del derecho.

La tesis que se pretende probar es que el fundamento acordado por el autor a la *judicial review*, conforme a criterios de razón práctica, en el control del procedimiento democrático, el resguardo de la autonomía personal y la preservación de la práctica constitucional como resultado de la acción colectiva, reconoce un mínimo de objetividad moral, compatible con los presupuestos formales de operatividad del sistema democrático, que revaloriza y refuerza a la teoría.

La importancia del tema a abordar, en su proyección hacia las fronteras del derecho constitucional, radica en que la argumentación de Nino con relación al control de constitucionalidad rompe con el esquema clásico de fundamentación a partir de la diversa jerarquía de las normas emanadas del poder constituyente y del poder constituido, que culmina con el dogma de la supremacía de la Constitución; acordándole a la institución bases filosóficas sólidas que permiten apreciar un sistema jurídico en el cual la constitución histórica, visualizada dinámicamente como el punto de origen de una práctica jurídica continuada por legisladores, jueces, administradores y ciudadanos, se ve legitimada por el reconocimiento textual de ciertos derechos *a priori* y de la democracia deliberativa como sucedáneo institucional del discurso moral informal, acogiendo de tal modo a las tres vertientes elementales de la propuesta constitucionalista.

En torno a la cuestión en debate, es interesante contrastar el particular énfasis puesto en el derecho norteamericano respecto del análisis del fundamento del control de constitucionalidad –tal vez atribuible al inédito florecimiento local del constitucionalismo, visualizable en textos, tales como: “*American Constitutional Law*”, del profesor de Harvard Laurence Tribe²; en

² Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2a edition, Foundation press,

las clásicas obras sobre la materia escritas por John Hart Ely³ y Alexander Bickel⁴ y en toda la literatura jurídica a que ellas han dado lugar— con el escaso interés demostrado por la doctrina nacional por tal objeto de estudio; hecho que se ve corroborado en la aplicación casi llana en los textos argentinos de derecho constitucional, de lo que el pensador en estudio ha llamado “la lógica Marshall”⁵, en obvia alusión a la argumentación empleada por el juez en el precedente “Marbury v. Madison”⁶ con relación a la viabilidad del control de constitucionalidad de las leyes.

Así, a modo de ejemplo, pueden confrontarse las obras de Joaquín V. González⁷, Nicolás Matienzo⁸ y González Calderón, autor, este último, que hace expresa mención de la “doctrina Marshall” al momento de referir a la tesis de la supremacía de la Constitución, asentándola en el principio de la separación entre el poder constituyente y el poder legislativo ordinario⁹.

A mayor detalle, algunos autores complementan el *iter* argumental de fundamentación del control de constitucionalidad esbozado a partir de los presupuestos implícitos de distinción entre poder constituyente y poder constituído, con una apelación justificatoria a la norma hipotética fundamental de inspiración kelseniana y a su reflejo en la pirámide jurídica¹⁰.

En tal sentido, resulta curioso observar cómo constitucionalistas de cuño insospechadamente iusnaturalista acuden al

New York, 1998, pp. 61-66.

³ Ely, John H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1980.

⁴ Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a edición, Yale University Press, New Haven and London, 1962.

⁵ Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1991, 2000, p. 674.

⁶ 1 Cranch (5 U.S.), 137 (1803).

⁷ González, Joaquín V., *Manual de la constitución argentina*, Ángel Estrada y cia., Buenos Aires, 1897, p. 786.

⁸ Matienzo, José N., *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2a edición, La Facultad, Buenos Aires, 1926, pp. 207-227.

⁹ González Calderón, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, 4a edición, Editorial Guillermo Kraft limitada, Buenos Aires, 1963, p. 107.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 4a edición, Eudeba, Buenos Aires, 1999, cap. IX.

esquema justificatorio elaborado por el jurista austríaco al momento de abordar el referido problema del fundamento de la revisión judicial de las leyes. En ese camino, afín a una receta de tinte positivo – formalista, pueden ser enrolados Bidart Campos¹¹, Bidegain¹², Ekmekdjian¹³, Quiroga Lavié¹⁴ y Sagüés¹⁵, quienes, directa o indirectamente refieren a la pirámide kelseniana al momento de explicar la condición del *higher law*. Similar derrotero es descrito por María A. Gelli¹⁶, Sabsay y Onaindia¹⁷, Colautti¹⁸ y Armagnague¹⁹.

En un contexto diferente pueden ser ubicadas las obras correspondientes a Ramella, Fayt, Vanossi, Bianchi y Santiago, las que se ocupan, desde enfoques diversos, del problema de la legitimidad del control de constitucionalidad a cargo de los jueces.

El primer autor citado, si bien apela al referido argumento justificatorio de la supremacía constitucional, da somera cuenta también, de las críticas que la *judicial review* ha despertado²⁰. En el mismo orden de ideas, Fayt dedica numerosas páginas de análisis al tema²¹; en tanto que Vanossi introduce la cuestión acerca

¹¹ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la constitución reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 334.

¹² Bidegain, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, nueva versión revisada y actualizada con la reforma de 1994 por Eugenio Luis Palazzo, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 68-70.

¹³ Ekmekdjian, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 267-270

¹⁴ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 2a edición actualizada, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 168.

¹⁵ Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, 2a edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 30-31.

¹⁶ Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 256-258.

¹⁷ Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los Argentinos*, 5a edición actualizada y ampliada, Errepar, Buenos Aires, 2000, p. 116.

¹⁸ Colautti, Carlos E., *Derecho Constitucional*, 2a edición actualizada y aumentada, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, pp. 53-56.

¹⁹ Armagnague, Juan F., *Constitución de la Nación Argentina*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 181.

²⁰ Ramella, Pablo A., *Derecho Constitucional*, Depalma, 2a edición actualizada, Buenos Aires, 1982, pp. 207-213.

²¹ Fayt, Carlos S., *Supremacía Constitucional e independencia de los jueces*, Depal-

del control respecto de los controladores en el capítulo que vincula al control de constitucionalidad y la soberanía del pueblo²². Por su parte, Alberto Bianchi incursiona en el capítulo II de su obra sobre el control de constitucionalidad en la cuestión de la legitimidad de la jurisdicción constitucional²³; en tanto que, Alfonso Santiago explora con detenimiento las raíces filosófico – políticas del problema²⁴.

Con relación a la metodología empleada, el problema central de este estudio es abordado según lo expuesto por Nino en el artículo “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”²⁵, como así también en el apartado D) del capítulo III de su antes citada obra “Fundamentos de Derecho Constitucional” y en el capítulo 7 de su libro “La constitución de la democracia deliberativa”²⁶. El marco conceptual restante está fundado en el estudio de sus textos “La validez del derecho”²⁷; “Ética y Derechos Humanos”²⁸; “El constructivismo ético”²⁹; “Derecho, Moral y Política”³⁰ e “Introducción al análisis del derecho”³¹; obras que, en su conjunto, permiten apreciar las ideas centrales que animan su pensamiento jurídico.

ma, Buenos Aires, 1994, *passim*.

²² Vanossi, Jorge R., *Teoría Constitucional*, t. II, Ddepalma, Buenos Aires, 1976, pp. 119-139.

²³ Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, pp. 84-123.

²⁴ Santiago (h), Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, *passim*.

²⁵ Nino, C., *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*, en AA.VV. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, cuadernos y debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 97-137.

²⁶ Nino, C., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

²⁷ Nino C., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

²⁸ Nino, C., *Ética y derechos humanos*, 2a edición ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 1989.

²⁹ Nino, C., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

³⁰ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

³¹ Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, 2a edición ampliada y revisada, Buenos Aires, 1998.

Ha resultado una importante guía para la estructura de este trabajo la obra de síntesis de Nino “Derecho, Moral y Política”, en la cual se presenta una revisión singular de la teoría general del derecho³².

En el primer acápite se exploran los presupuestos antropológicos, gnoseológicos y éticos que cimentan el constructivismo axiológico, bloque angular de la teoría general elaborada por el autor.

En el segundo apartado, se presentan las vinculaciones trazadas por este jurista entre la política y el derecho a través del puente de la moral, en particular el enfoque de la politicidad raigal del fenómeno jurídico, la postulada inexistencia de un vínculo conceptual entre éste y la moral y sus imbricaciones en los planos justificatorio e interpretativo, concluyendo en el carácter de la democracia deliberativa como sucedáneo regimentado del discurso moral.

Por último, en el tercer ítem es analizada la tesis del autor respecto de los límites de la *judicial review* en el contexto de una democracia deliberativa, como corolario lógico de las ideas antecedentes.

II. EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO

El constructivismo ético constituye la piedra basal de la teoría del derecho edificada por Nino. Si bien el autor se ocupa expresamente de aclarar que el problema capital de la ética no es *ontológico* ni *epistemológico* sino *conceptual*, o bien, dicho en otras palabras, que el debate central acerca de los hechos morales no está vinculado con su *existencia* o con su *conocimiento*, sino con su *reconocimiento* como tales³³; parece incuestionable que el conflicto entre los absolutos morales y el resguardo de la autonomía individual por medio de la práctica discursiva implicada en los procesos democráticos deliberativos, involucra una serie de

³² Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*

³³ Nino, C., *El constructivismo ético*, *op. cit.*, p. 62.

cuestiones vinculadas a lo epistemológico. Así, la sólo referencia a lo *conceptual* como problema principal de la ética, brinda acabada cuenta de la trascendencia implícita que el iusfilósofo acuerda a la tesis gnoseológica nominalista, la cual a su vez descubre al individualismo antropológico y al formalismo moral que la subyacen.

Los tres datos antes referidos –gnoseológico, antropológico y ético– juegan a modo de presupuestos estructurales de la tesis constructiva imbricada en el pensamiento del profesor Nino; por tal razón serán analizados en particular a continuación.

a) Presupuesto gnoseológico: Convencionalismo conceptual

El presupuesto gnoseológico del constructivismo ético es la semiótica o convencionalismo conceptual, según la cual la comprensión de la vida cultural se logra por medio de la captación de significados voluntaria e intersubjetivamente acordados que no guardan ningún tipo de relación esencial con los objetos³⁴.

La constante apelación de Nino a la *praxis* humana³⁵, comprendida como criterios de razón práctica involucrados en la proyección social del obrar humano individual, que le permite postular –siguiendo a Kant– la preponderancia del aspecto interno de la conducta sobre el externo³⁶, revela su incesante búsqueda de datos culturales que le posibiliten formular una definición normativa de derecho, fundada en parámetros justificatorios e interpretativos de carácter moral, prescindente de cualquier valoración esencialista³⁷.

³⁴ Cfr. Lechte, John, *50 pensadores contemporáneos esenciales*, Cátedra, Madrid, 2000, p. 159.

³⁵ Nino, C., *El constructivismo ético*, op. cit., caps. I y II.

³⁶ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, op. cit., pp. 30 y 50. El primado de la razón práctica, es decir, del hacer, sobre la razón especulativa, está en el centro de la dimensión constructiva de la personalidad moral. Cfr. Marías, Julián, *Historia de la filosofía*, Alianza, Madrid, 1986, p. 287.

³⁷ Nino, C., *El constructivismo ético*, op. cit., p. 65.

Así, del primario y radical rechazo del esencialismo conceptual³⁸ se deriva, necesariamente, la dimensión constructiva de la moralidad pues, si nada hay en la realidad como dato objetivo de bien aprehensible como verdad por la inteligencia, el horizonte moral deberá resultar del obrar, de la *praxis*, de la razón práctica guiada por ciertos imperativos que en Nino asumen la condición de principios, tales como la autonomía individual y la inviolabilidad y dignidad de la persona³⁹. Como puede apreciarse, la Metafísica de las Costumbres de Kant aparece, como telón de fondo, avalando cada paso del razonamiento⁴⁰.

Del modo expuesto, Nino es claro, en un párrafo que da cuenta de la arbitrariedad que reconoce en la relación significativa–significado, al afirmar que:

... las dificultades para definir “derecho” que enfrentan algunos juristas y la gente en general, tienen su origen en la adhesión a una cierta concepción sobre el lenguaje y la realidad, que hace que no se tenga una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión lingüística, en este caso “derecho”⁴¹.

En este punto, es visible el reflejo de la tesis lingüística de Ferdinand de Saussure quien, rompiendo con el enfoque histórico de la lengua, afirma que el lenguaje es completamente autónomo de la realidad y que, por ello, para comprender cómo está configurada una lengua resulta indispensable fijarse en sus elementos y el modo en que estos operan y no en su pretendido valor intrínseco⁴².

³⁸ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.* pp. 28-29.

³⁹ Cfr. la segunda parte de Nino, C., *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*

⁴⁰ Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Altaya, Barcelona.

⁴¹ Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, *op. cit.*, p. 11.

⁴² Cfr. Lechte, John, *op. cit.*, p. 194. El empleo de la semiótica como método interpretativo del derecho se refleja, de modo patente, en la descripción que Nino hace respecto de las distintas etapas de la interpretación de los materiales jurídicos; ver al respecto: Nino, C., *Derecho, moral y política*, *op. cit.* cap. 3 Y Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, pp. 30-42.

Así, el punto de partida implicado en la adopción del convencionalismo conceptual conduce a la aceptación de una pluralidad de conceptos válidos de derecho, según el contexto discursivo en el que la noción sea empleada⁴³. Esto lleva al profesor Nino a afirmar la vacuidad de la polémica entre iusnaturalistas conceptuales y positivistas conceptuales, sosteniendo que todas estas concepciones, independientemente de sus matices diferenciales, resultan reducibles a una sola tesis conceptual, en tanto y en cuanto la raíz de la polémica, que es la pretensión excluyente del concepto de derecho propugnado por cada corriente, desaparece ante la negación del esencialismo conceptual⁴⁴.

Sin embargo, en el pensamiento de Nino, la adopción del convencionalismo conceptual y clasificatorio, como esquema valorativo de la realidad, se detiene ante aquellos conceptos que denotan clases naturales o que son tan básicos en nuestro esquema conceptual, que parecen ser ineludibles en el desarrollo del punto de vista interno de convenciones sobre otros conceptos⁴⁵; recogiendo con relación a tales categorías conceptuales las críticas de Quine, relativas a la esencialidad de los conceptos respecto de la convencionalidad de las concepciones, y de Kripke y Putnam, con relación al avance científico comprendido como descubrimiento del verdadero significado de los conceptos⁴⁶.

Si bien el concepto de derecho resulta excluido de este reducido núcleo de conceptos básicos⁴⁷, el sólo reconocimiento de categorías clasificatorias naturales implicaría una concesión importante al esencialismo conceptual. No obstante, profundizando el análisis con coherencia argumental afín al perfil filosófico de Nino, parecería razonable leer en tal concesión la presencia poderosa de la teoría gnoseológica ínsita al idealismo trascendental kantiano, según la cual, la aceptación de tales categorías clasificatorias radicales jugaría de modo similar a las formas *a*

⁴³ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 30-31.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 31-32.

priori de la sensibilidad y las categorías que permiten la concreción del fenómeno activo del conocimiento⁴⁸.

Del modo expuesto, el estudio del presupuesto gnoseológico del constructivismo ético traduce su obvia vinculación con el presupuesto antropológico, cuestión que es tratada a continuación.

b) Presupuesto antropológico: Individualismo no utilitarista

La raíz nominalista de la tradición semiótica, presente en la concepción de los universales como términos, es decir, como signos que permiten concebir representaciones mentales de una multiplicidad de cosas, sin tener correlato en la naturaleza, conlleva, implícito, el dato antropológico individualista⁴⁹.

En tal orden de ideas, como afirma Julian Marías, el sentido focal de la razón pura kantiana –tesis gnoseológica– es la determinación, por medio de la razón práctica, del sujeto moral –tesis antropológica y ética–, a través del afianzamiento de los postulados de la libertad de la voluntad, la inmortalidad del alma y la existencia de Dios⁵⁰.

La antropología liberal individualista de raíz kantiana, presente en el pensamiento del iusfilósofo, es, por definición, no utilitaria. La crítica que Nino hace al liberalismo de Bentham y Mill, al que llama teleológico, está referida a la concepción agregativa del bien, que se olvida del criterio de individuación de la persona moral al momento de emplear el parámetro de la felicidad del mayor número, conforme a criterios paretianos, compensando los sacrificios de unos con los beneficios de otros⁵¹. En tal sentido, resulta interesante la perspectiva crítica que asume Nino respecto del óptimo de Pareto, por medio del análisis de algunos problemas de la teoría de los juegos, tales como el “dilema de prisioneros” y la “paradoja del *free rider*”, en los cuales

⁴⁸ Cfr. Marías, Julian, *op. cit.*, pp. 291-292.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 131-132.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 296.

⁵¹ Nino, C., *El Constructivismo ético, op. cit.*, p. 137.

la persecución del bien individual por parte de cada uno de los actores no conduce a una situación “pareto superior” sino a una hipótesis problemática de suma cero⁵².

Frente a este panorama, el autor en estudio reivindica un liberalismo deontológico, acorde a una concepción normativa de la persona moral, según la cual, cada sujeto es un centro independiente –libre e igual a los otros sujetos– de elecciones y decisiones⁵³; negando, al mismo tiempo, la calidad de personas morales a los entes colectivos⁵⁴. Así, el criterio de corrección del obrar moral no queda atado al objeto del acto ni al resultado global de la acción sino a un principio imperativo de acción montado sobre un juicio categórico, tal como sugiere Kant.

En contra del comunitarismo, crítico de la visión reductiva y anti-teleológica de la personalidad moral propugnada por el liberalismo kantiano, Nino reivindica la concepción normativa de la persona moral, a partir de su carácter de condición asumida en la participación de los individuos en la práctica del discurso moral⁵⁵.

Así, tal como se afirmó al comienzo de esta sección, el individualismo liberal deontológico asumido por Nino, está lejos de abandonarse a un existencialismo escéptico –más próximo al positivismo lógico de raíz empirista– en tanto parte del postulado kantiano de la “causalidad por libertad” signada por la razón

⁵² Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, op. cit., pp. 148-158. Es importante observar la vinculación que Nino traza entre tales conclusiones y la dimensión del derecho como orden de colaboración. Véase también: Nino, C., *La Constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., pp. 115-116. La cuestión expuesta guarda relación con la teoría del nobel matemático John Nash sobre los juegos no cooperativos.

⁵³ Nino, C., *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 171-172.

⁵⁴ Ver, en tal sentido, Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 231.

⁵⁵ Nino, C., *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., p. 174. En tal sentido, expresa el autor glosado: *Mi principal argumento en contra de los comunitaristas es que los rasgos universalista y abstracto del kantianismo que él objeta están de hecho incorporados a la estructura subyacente de la práctica dominante del discurso moral que casi todos –incluso los comunitaristas– parecen compartir cuando se discuten cuestiones sustantivas de moralidad social, así se trate de la defensa de una sociedad comunitaria ... [D]e ser esto así ... el discurso moral sería una práctica liberal, en realidad, el aspecto interno de las instituciones liberales (aunque tenga una cierta independencia fáctica de ellas)*. *Ibidem*, p. 195.

práctica⁵⁶, de modo tal que, el sentimiento del deber resultante de la conciencia de responsabilidad, postula a la libertad como “idea regulativa” y constructiva de la personalidad moral, confirmando la autonomía del sujeto, deontológicamente atada al imperativo categórico.

De tal modo, en la adopción de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, quedan confirmadas las notas antropológicas de la ética formal y autónoma de raíz kantiana⁵⁷.

En el próximo acápite se tratará la propuesta del autor para reconocer validez a los juicios morales conforme a la visión constructiva, rechazando el escepticismo ético y sin apelar a criterios de objetividad moral. Planteada la propuesta discursiva, se intentará determinar si los juicios morales resultantes del ejercicio de la práctica discursiva son constitutivos de la verdad moral o meramente aproximatorios a la misma, cuestión de radical importancia a fin de apreciar el rol de la crítica minoritaria en la sociedad política.

c) Presupuesto ético-axiológico: Intersubjetivismo moral

Presupuesto el convencionalismo conceptual y apreciado el dato antropológico desde el perfil de análisis aportado por la ética formal y autónoma, la tercera columna del edificio constructivista viene dada por la adopción del intersubjetivismo moral, es decir, del constructivismo epistemológico.

En este punto Nino debe resolver el dilema entre tolerancia y verdad moral, de modo tal que, quedando descartados todos los argumentos de autoridad, fundados en una lectura pretendidamente privilegiada de la verdad moral objetiva, que conspiran contra el racionalismo crítico, pueda ser superado el obstáculo que a la concreción de la “sociedad abierta” –en términos de Popper– le viene impuesto por el escepticismo ético. En otras pala-

⁵⁶ Marías, Julian, *op. cit.*, pp. 284-285.

⁵⁷ Nino, C., *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, parte segunda. Ver también: Nino, C., *La Constitución de la democracia deliberativa, op. cit.*, pp. 74-82.

bras, si bien es claro que para la viabilidad de una sociedad abierta al debate racional entre actores libres e iguales, se requiere la aceptación, *a priori*, del principio de que ninguno de esos actores puede argumentar la posesión de razones irrefutables de moralidad y de obligación, fundadas en afirmaciones dogmáticas y juicios de autoridad, excluyéndolas, por tal causa, de la crítica racional; es también evidente que la disolución absoluta de la verdad ontológica, primero, y de la verdad moral, luego, conduce hacia un escepticismo radical desde el cual resulta imposible fundar cualquier tipo de juicio de valor, aun el que afirma que la tolerancia es mejor que la intolerancia.

De este modo, la afirmación según la cual la tolerancia no es posible sin la asunción de una posición ética escéptica, de acuerdo a la cual los juicios morales son meras expresiones subjetivas y emotivas, se autorefuta⁵⁸.

Para salir de tal encerrona, Nino recurre al primer pilar del sistema, es decir, al convencionalismo conceptual, afirmando que, en la medida en que exista un *concepto* compartido acerca de lo que es moral, aun cuando en su condición de concepto éste sea sólo relativo, nada impediría que una cierta *concepción*, apoyada en él, adquiriera validez universal⁵⁹.

Sin embargo, el iusfilósofo en estudio sabe que el camino definitorio que ha emprendido es negativo, conforme al rechazo del esencialismo conceptual, y que, en última instancia, constituye el reflejo de un metaescepticismo respecto de la posibilidad de “resolver la cuestión entre el escepticismo y el objetivismo ético”⁶⁰; por ello, debe asumir el desafío de fundar positivamente al racionalismo crítico, logrando una justificación para la tolerancia basada en la “fundamentación racional de juicios acerca de principios morales”, camino que es descrito por medio del desarrollo de la tesis del constructivismo epistemológico.

En tal sentido, luego de revisar las posiciones de Rawls y Habermas en torno a la cuestión, Nino afirma que:

⁵⁸ Nino, C., *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 49-51.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 88.

⁶⁰ *Idem*.

En suma, Habermas coincide con Rawls en que hay presupuestos formales, como el de imparcialidad, que son decisivos para otorgar validez a los principios morales. Sin embargo, mientras para Rawls estos son presupuestos formales de un razonamiento moral monológico, para Habermas son reglas de una práctica social del discurso intersujetivo.⁶¹

A tal respecto la tesis de Nino consiste en sostener una propuesta intermedia frente a las posiciones previamente descritas, según la cual, si bien el método más confiable de aproximación a la verdad moral es el proceso de discusión y decisión colectiva inherente al discurso moral, no puede descartarse que una persona, monológicamente, llegue a una conclusión moral correcta e imparcial; siendo ésta la razón que avala los aportes individuales a las conclusiones morales sociales, como así también, a la posibilidad de que un individuo solicite la reapertura de la discusión moral⁶².

Por la razón expuesta, la justificación de las decisiones morales adoptadas por medio de la decisión colectiva es un requisito elemental para la operatividad del método, encontrándose fundada en la mayor confiabilidad epistémica que éste detenta⁶³.

De tal modo, frente a la imposibilidad de definir conceptualmente la disputa entre objetivistas y escépticos, la propuesta discursiva ofrece un método, un proceso confiable de acceso a la verdad moral que es el constructivismo epistemológico, método que no garantiza el *acceso efectivo* a la verdad moral pero que resulta de suma utilidad para “buscarla en forma cooperativa”⁶⁴.

A esta altura del desarrollo se impone una observación de suma importancia que consiste en afirmar que, desde la tesis del profesor Nino, el procedimentalismo moral, según el cual la práctica discursiva intersubjetiva tiene aptitud epistémica res-

⁶¹ Nino, C., *La Constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 160. Véase también: Rubio Carracedo, José, *Paradigmas de la política*, Anthropos, España, 1990. pp. 227-236.

⁶² *Ibidem*, pp. 165 y 182. Ver también: Nino, C., *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*, op. cit., p. 119.

⁶³ *Ibidem*, p. 165 in fine.

⁶⁴ Nino, C., *El constructivismo ético*, op. cit., p. 17.

pecto de la verdad moral, adquiere su real valor cuando se entiende que la verdad moral social o verdad moral pública resultante de esa práctica no es “La Verdad”, tal como se la piensa en términos objetivos de esencialismo conceptual, pues ella misma está sujeta a la práctica discursiva⁶⁵; sino *un mero indicio de verdad*, cuya validez resulta del resguardo de una condición *a priori* que sí tiene calidad sustancial y que es la autonomía individual. En otras palabras, la real valía de la tesis procedimentalista no radica en brindar un parámetro incuestionable de moralidad y de obligación sino en generar las condiciones procesales para el resguardo de la autonomía individual, rescatando a la única regla de moralidad pública compatible con tal principio y que consiste en aceptar que el criterio de la mayoría tiene mayores posibilidades, preservadas ciertas condiciones, de aproximarse, de modo imparcial, a un criterio de obligación social⁶⁶.

Lo dicho reafirma el presupuesto antropológico kantiano que anima a la filosofía moral de Nino, tal como fue expuesto, considerando que el sentido focal de la razón pura kantiana es la determinación, por medio de la razón práctica, del sujeto moral, a través del afianzamiento de los postulados de la libertad de la voluntad, la inmortalidad del alma y la existencia de Dios. Así, lo que el intersubjetivismo moral pretende asegurar es el marco procedimental sin el cual el sujeto moral no podría determinarse, dada la imposibilidad de proyectarse autónomamente. De este modo, la autonomía personal requiere, como condición *sine qua non*, del constructivismo epistemológico⁶⁷.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 145.

⁶⁶ Cfr. Nino, C., *El constructivismo ético*, op. cit., p. 11. En el sentido expuesto, Rubio Carracedo, explicando la epistemología constructivista de Rawls, expresa que “... la justificación de una teoría de la justicia no es un problema epistemológico; en efecto, no se trata de encontrar la verdad moral fijada de antemano por un orden ontológico y axiológico, sea de origen divino o natural, sino de encontrar una base razonable para conseguir un acuerdo fundado en nuestras convicciones más firmes y críticas sobre el hombre y la sociedad; o sea, se trata de articular una concepción pública de la justicia válida para guiar nuestra vida y nuestras relaciones sociales. El test para convalidar una propuesta de sociedad justa no es su conformidad o no con una verdad antecedente, sino su congruencia con nuestras más profundas convicciones morales y nuestra experiencia histórica”. Rubio Carracedo, op. cit., p. 159.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 147-148. Es claro que la adopción del punto de vista del discurso

Así se ve confirmada, también, la tesis acerca de la primacía lógica del punto de vista interno sobre el externo⁶⁸, que conduce hacia la superación del escepticismo ético, en tanto y en cuanto, para Nino, el valor de la autonomía no sólo no deriva sino que ni siquiera es compatible con una visión externa de las preferencias tomadas como datos independientes de la validez de las razones que determinan esas preferencias desde el punto de vista interno⁶⁹.

Habiéndose puesto de relieve el carácter de valor subyacente al discurso ético de la pauta moral sustantiva aportada por la autonomía individual⁷⁰, resta aun analizar el problema de que la autonomía personal, así presentada, tal como lo reconoce el autor, no define el núcleo central de una concepción del bien que provea razones últimas para actuar⁷¹. Esta crítica trasunta una crisis que amenaza derrumbar el edificio constructivista ya que, en palabras del autor en estudio:

Si ... la autonomía parece ser un presupuesto esencial del discurso moral vigente, presupuesto que junto a criterios procedimentales, conduce a principios liberales, el reconocimiento de que aquella no puede ser un valor sino en función de algún bien último que necesariamente la excluye significaría efectivamente la derrota del liberalismo, a través de la demostración de que su principal arma –la práctica de la discusión moral– es como, dice MacIntyre, inherentemente defectuosa.⁷²

La respuesta a tan certero embate está dada, nuevamente, por una apelación al presupuesto antropológico de la dimensión constructiva de la persona moral, en tanto, como afirma el profesor Nino:

intersubjetivo constituye una desviación del sistema filosófico kantiano, en el cual el derecho es un resultado monológicamente logrado que sirve a la tutela de la autonomía personal.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 22.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 148.

⁷¹ *Ibidem*, p. 148.

⁷² *Ibidem*, p. 149.

... parece ser cierto que tal práctica del discurso moral presupone una concepción plena del bien sin la cual no podría conducir a los principios que los liberales defienden; pero esa concepción del bien, aunque no se agota en el valor de autonomía imparcialmente distribuida, lo incluye como componente esencial, y toda acción que en nombre del bien perjudique tal autonomía es autofrustrante.⁷³

Expresado de otro modo, si bien es posible remitir el valor de autonomía a una instancia más radical de bien, asociándolo a la *autorrealización personal*; la autonomía es el único aspecto del bien pleno vinculado a la producción de reglas de moral social, concernientes, por tal razón, a la realidad del Estado; por lo tanto, la remisión a reglas últimas de obligación, provisorias de razones finales para actuar, acabaría perjudicando al criterio mismo de autonomía individual, eje de determinación de la moral pública⁷⁴; lo que en términos estrictamente kantianos significaría que la postulación de una noción plena y objetiva de bien no implica, en modo alguno, la aceptación de estándares de moralidad pública objetiva, pues tal aceptación terminaría con la autonomía individual y, por su intermedio, con la antropología constructiva de la persona moral.

En el próximo ítem se procurará explicar cómo se vincula el valor epistémico del discurso moral intersubjetivo con la democracia, preparando el terreno para la exposición final de los alcances de la *judicial review*.

III. CONEXIONES ENTRE POLÍTICA, MORAL Y DERECHO

Según la tesis Nino, el derecho es un fenómeno raigalmente político, en tanto resulta un hecho evidente que las transformaciones que se operan en el terreno del poder político repercuten directamente en él.

⁷³ *Ibidem*, p. 151.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

Algunos puntos de contacto entre política y derecho traducen la existencia de vínculos directos, en tanto que otras relaciones son logradas a través del puente de la moral⁷⁵. En palabras de Nino:

El derecho aparece, así, como un fenómeno politizado, ya que su incidencia en las razones de conducta y en la transformación de materiales jurídicos en proposiciones normativas, depende del consenso alcanzado a través del proceso democrático.⁷⁶

La defensa de esta tesis, encendidamente antipositivista, se encuentra directamente vinculada con el constructivismo epistemológico, tal como se verá en la siguiente sección.

Esta primaria afirmación del iusfilósofo conlleva implícita la aceptación de la realidad político-social como fuente primaria y fundamental del derecho; no obstante, su visión no debe confundirse con un análisis meramente sociológico de tal fenómeno, pues esa perspectiva resultaría antagónica con el criterio antes explicitado de primacía lógica del punto de vista interno de la práctica sobre el externo, al cual conduce el convencionalismo conceptual. Para Nino, el juicio de validez externo acerca del derecho está apoyado en razones internas –morales– de adhesión a ese juicio normativo, razón por la cual el análisis meramente sociológico pecaría de superficialidad⁷⁷. Al estudio de tales vinculaciones entre la moral y el derecho, en la tesis del pensador *sub examine*, está dedicado el segundo ítem de este acápite.

Sin embargo, a la par de asumir la politicidad focal del derecho –cuyo reconocimiento *ab origine* es atribuido a Montesquieu y Rousseau– Nino observa que es una constante histórica la intención de aislar al derecho de la política, a fin de preservar a la equidad de la arbitrariedad política circunstancial, resguardando a los derechos individuales y, con ello, reservando un cierto poder de decisión para jueces, juristas y filósofos; intentos que no

⁷⁵ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, op. cit., p. 11.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 188.

⁷⁷ Nino, C., *La validez del derecho*, op. cit., *passim*.

obstante su éxito circunstancial no parecen del todo compatibles con el régimen de la democracia deliberativa⁷⁸.

El profesor Nino observa que en el derecho inglés ese ámbito de no intromisión de la política en el derecho ha sido logrado por medio del *common law*; en el derecho norteamericano por la *judicial review* y el *stare decisis*; y en el mundo jurídico continental europeo a través de la *dogmatica jurídica*; tales instituciones explicitan las relaciones entre política y derecho que serán estudiadas en el tercer punto de éste capítulo⁷⁹.

a) *Conexión entre política y moral*

Tal como se expresara *supra*, según la tesis del constructivismo epistemológico, el método más confiable de aproximación a la verdad moral pública es el proceso de discusión y decisión colectiva inherente al discurso moral, sin que ello implique descartar de plano el aporte que a tal fin pueda concretarse por medio de la reflexión individual. Por tal razón, las decisiones morales adoptadas por medio del proceso de decisión colectiva poseen una mayor confiabilidad epistémica.

Ahora bien, tal sistema parece estar ideado para lograr la imparcialidad por medio de la adopción de decisiones unánimes, en tanto, como afirma Nino:

Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a

⁷⁸ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*, pp. 12-15. Aun cuando Nino no lo diga, en los sistemas democráticos este ámbito se mantendrá subsistente, razón por la cual puede estimarse que los límites del ejercicio de la *judicial review* dependen, en última instancia, de las decisiones de una minoría aristocrática.

⁷⁹ Resulta sumamente interesante confrontar estas tendencias favorables al aislamiento del derecho respecto de la política con la idea filosófica política de raíz platónica según la cual el modo de subsumir la política a la ética resulta de la vigencia de una constitución perfecta elaborada e interpretada por guardianes justos e ilustrados, expuesta con singular claridad por José Rubio Carracedo en la página 20 de su antes citada obra.

un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción.⁸⁰

En el sentido expuesto, la democracia política no garantizaría tales estándares de imparcialidad o, aun peor, podría servir para imponer el criterio autocrático de la mayoría, con lo cual carecería de fuerza epistémica.

Sin embargo, existe una razón de peso que avala la aptitud del sistema democrático para constituirse en el sucedáneo institucionalizado, aunque imperfecto, del discurso moral informal. Tal razón radica en el hecho de que, de no apelarse al método democrático, agotado el debate social por las razones que fuera –cansancio, inexistencia de nuevos argumentos, etc.– la no adopción de una decisión mediante la regla de la mayoría conduciría a la aprobación del *statu quo*, que equivale al mantenimiento de la situación disvaliosa que se pretendía superar por medio del debate. Por ello es que para Nino:

... la democracia puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo.⁸¹

Conforme a lo afirmado, debería reconocerse a la democracia como el proceso político más confiable “para poder acceder al conocimiento de los principios morales”; con lo cual la relación entre política y moral quedaría demostrada⁸².

Por último, según afirma el profesor Nino, el sistema democrático deliberativo afín al logro de tan alto objetivo no necesariamente involucra una visión utópica; en tanto, argumenta el autor, los sistemas democráticos actuales, en especial las democracias europeas, aun con las imperfecciones que los alejan del tipo ideal, representan sistemas políticos abiertos a la parti-

⁸⁰ Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 166.

⁸¹ Ibidem, p. 167. Y Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, op. cit., p. 183.

⁸² Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 154.

cipación dialógica individual que otorga fuerza epistémica a sus decisiones según la regla de la mayoría⁸³.

b) Conexiones ente moral y derecho

Fundado el carácter político raigal del fenómeno jurídico y asumida la condición formal de la democracia deliberativa como sucedáneo institucional del discurso moral informal, es tiempo de abordar el problema de la validez del derecho en la tesis de Nino, recordando que, independientemente de la conexión directa entre política y derecho, el puente privilegiado por el cual la política ingresa al derecho está dado por la práctica discursiva de índole moral.

El rechazo original del esencialismo conceptual importa la negación de la posibilidad de definir al derecho en tales términos, es decir que, desde el perfil de la tesis en estudio, tal como se afirmara *supra*, no es posible lograr un “concepto de derecho” unívoco y definitivo. tampoco es posible, tal como se expuso, lograr un concepto de “moral”, razón por la cual la moral positiva social está asociada a una determinada concepción acerca del diálogo intersubjetivo cuyo valor epistemológico fue analizado.

Concretamente, la tesis de Nino es que la moral positiva de la modernidad, difundida en el mundo occidental por medio del renacimiento y la ilustración, se reproduce por medio de la práctica discursiva racional que permite la exteriorización de los juicios morales personales; por tal razón, la validez del discurso jurídico, que conforme al carácter imperialista del discurso moral está incluido en éste, es dependiente de la práctica social del discurso moral⁸⁴.

Así, la moral positiva de la modernidad, conforme a su carácter dialógico afín a las reglas de la racionalidad, lleva implícita una práctica discursiva que sirve para su propagación y para su crítica⁸⁵. Esta práctica discursiva ostenta un carácter imperialis-

⁸³ *Ibidem*, p. 254.

⁸⁴ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 79.

ta pues es común a todo diálogo racional intersubjetivo. Por tal razón, el derecho, que es fruto del diálogo político democrático, en su condición de discurso jurídico, no puede estar fundado, autónomamente, en meras razones prudenciales monológicamente logradas ni en la eficiencia económica, ni importar un conjunto de reglas moralmente neutras⁸⁶; afirmaciones que conducen a aceptar que:

... no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales⁸⁷.

Ahora bien, además de la conexión justificatoria entre la moral y el derecho, Nino señala la existencia de otra vinculación necesaria entre ambos órdenes discursivos que se da el plano interpretativo. En tal ámbito, la tesis del profesor Nino radica en afirmar que, en el proceso de asignación de sentido a los materiales jurídicos relevantes –“actos lingüísticos, textos y prácticas”– resulta imprescindible apelar a consideraciones de índole axiológica.

Conforme al planteo articulado, el primer paso que debe darse para lograr la asignación de sentido a los materiales jurídicos relevantes consiste en la adopción, conforme a un criterio axiológico, de un estándar interpretativo objetivo –que tenga en cuenta el contexto en que la norma jurídica fue dictada– o subjetivo –que realce la significación del contexto en que la norma es aplicada–, tal como ha puesto de manifiesto Alf Ross⁸⁸. En un segundo momento, debe procurarse la superación

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 80-81. En *La Constitución de la democracia deliberativa*, Nino afirma: “... sostengo que todas las proposiciones justificatorias judiciales deben a fin de cuentas derivar de proposiciones morales que legitiman ciertas autoridades. Esto se debe a que asumo que, en el discurso práctico, las razones últimas son autónomas en el sentido kantiano del término. Ellas son reconocidas por su mérito intrínseco y no porque se originen en alguna autoridad legislativa, divina o convencional”. Nino, C., *La Constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 50.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 82.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 88 y 92. La cuestión propuesta involucra el debate entre origina-

de las indeterminaciones semánticas, sintácticas y pragmáticas ínsitas en las normas, paso que también requiere de apreciaciones axiológicas⁸⁹. Luego, debe inferirse las consecuencias lógicas de los materiales interpretados, cuestión que requiere dejar atrás las lagunas, las redundancias y las contradicciones características de tales proposiciones; para, finalmente, subsumir el caso en la norma general, circunstancia que demuestra la obvia conexión interpretativa existente entre el derecho y la moral, negada desde la ciencia del derecho por la dogmática y el análisis económico y por los positivistas lógicos desde el plano de análisis filosófico⁹⁰.

c) Conexión directa entre política y derecho

En el pensamiento de Nino, parece correcto referir la noción de “sistema jurídico”, a la resultante de las fuerzas vectoriales representadas por la constitución histórica, los derechos *a priori* y la democracia deliberativa⁹¹, con las siguientes características:

a) En primer lugar, el sistema está estructurado sobre la existencia de ciertos derechos *a priori*, que actúan como presupuestos sustanciales de la práctica social del discurso moral, refiriendo a la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. Estos derechos *a priori* limitan a la democracia deliberativa en tanto descalifican a las decisiones mayoritarias que los ignoran, constituyendo, por lo tanto, la última frontera de validez de las decisiones democráticas. Recuérdese, a tal efecto, que la autonomía personal es una condición *sine qua non* del constructivismo epistemológico, que le permite al sujeto moral proyectarse autóno-

listas e interpretativistas, en el ámbito del derecho constitucional norteamericano. Al respecto puede verse: Scalia, Antonin, *A matter of interpretation*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1997.

⁸⁹ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*, pp. 94 y ss. Ver también: Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4a edición corregida y aumentada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

⁹⁰ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*, cap. 3.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 15 y 25.

mamente; derivando, de tal condición su carácter *a priori*, en el sentido kantiano de la expresión⁹².

b) Por su parte, tal como se señaló *supra*, la democracia deliberativa cumple el rol de servir de sucedáneo institucional de la práctica discursiva moral informal, significando, por tal razón, un camino epistémicamente apto para la búsqueda de los principios morales.

c) Por último, el reconocimiento de los derechos *a priori* y de la democracia deliberativa otorgan legitimidad a la constitución histórica, en la medida que, por medio de tal reconocimiento, se brinda andamiaje a la práctica discursiva moral de la modernidad sobre la cual está fundado el constructivismo epistemológico⁹³.

Ahora bien, de lo expuesto puede inferirse que el sistema jurídico positivo descrito por Nino, adquiere su justificación e interpretación del plano moral, cuestión que plantea el problema del anarquismo, debido a que, si la fuente última de validez del derecho es la moral, el derecho se transforma, aparentemente, en un régimen innecesario y superfluo, connotado por una indeterminación radical, útil para que jueces y juristas puedan encubrir la imposición autoritaria, en el ámbito social, de sus creencias morales personales⁹⁴.

Para probar que las paradojas de la superfluidad y de la indeterminación radical del derecho son falsas, Nino apela a su antes referido carácter de fenómeno focalmente político. Así, la politicidad raigal del derecho es puesta de manifiesto por Nino a través de los tres ejes axiales del gobierno limitado o constitucionalismo, antes descriptos⁹⁵.

⁹² *Ibidem*, pp. 94 y 95.

⁹³ *Ibidem*, p. 46.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 130, 131 y 134.

⁹⁵ Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, pp. 15 y 25.

Conforme al derrotero expuesto, el profesor Nino caracteriza al derecho positivo de una comunidad como una obra colectiva que involucra a constituyentes, legisladores, jueces y administradores⁹⁶. Esa obra colectiva está inserta dentro del ámbito cultural e institucional de esa comunidad y posee una “racionalidad convencional” que resulta de las legítimas expectativas que cada individuo tiene respecto del obrar de los demás⁹⁷. Esto induce a reflexionar acerca de que:

La toma de conciencia de que el razonamiento práctico justificatorio no está dirigido a justificar acciones y decisiones individuales, sino a realizar contribuciones a una acción colectiva que se extiende a lo largo del tiempo a través de una convención constitucional, nos permite no sólo solucionar la paradoja de la superficialidad moral de la constitución histórica, sino también su indeterminación radical. La constitución histórica, que es relevante para el razonamiento práctico, no es un mero texto o documento, sino que está constituida por la regularidad de las conductas, actitudes y expectativas de sucesivas legislaturas, funcionarios de gobierno y generaciones de ciudadanos generadas a partir de la sanción de aquel texto. Así, la tarea de transformar el texto en proposiciones justificatorias es asistida por las opciones tomadas por este trabajo colectivo, y las indeterminaciones son mucho más restringidas que si cada uno de nosotros tuviera que confrontar aisladamente el texto desnudo.⁹⁸

Finalmente, cabe resaltar que la visión pergeñada por Nino acerca del derecho pone de relieve la “función cooperativa” que el autor le acuerda, teniendo en vista que la misma es lograda no sólo mediante la “coacción” propia de las normas jurídicas, sino también a través del reconocimiento de su “autoridad”, que emana de su condición de haber sido dictadas por autoridades

⁹⁶ *Ibidem*, p. 54.

⁹⁷ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*, pp. 137 y 138. Y Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁸ Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 55.

competentes cuya fuente de legitimación última es lograda por juicios justificatorios extrajurídicos, correspondientes al terreno de la moral⁹⁹.

IV. FUNDAMENTO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Habiéndose reconocido el valor epistémico de la democracia como sucedáneo formal del discurso moral informal, afirmación que conlleva la implícita aceptación de su aptitud procesal para el conocimiento de principios de moralidad social; el fundamento del control de constitucionalidad radica en la necesidad de que en la práctica jurídica, las decisiones políticas adoptadas en estricto seguimiento de la regla de la mayoría, no destruyan los presupuestos sobre los cuales opera el sistema jurídico, de modo tal que la regla de la mayoría no torne en el criterio omnicomprendivo de la *voluntad general* roussoniana¹⁰⁰.

Tal es la tesis de Nino, a cuya delimitación está referido el segundo ítem de esta sección. De modo previo, en el primer acápite, se exponen otras argumentaciones justificatorias elaboradas en torno a la cuestión en estudio que permiten perfilar con claridad los alcances del instituto¹⁰¹.

Queda claro que el aspecto relativo al diseño institucional del control judicial de constitucionalidad, cuyos perfiles varían de acuerdo al fundamento que se acuerde al mismo, no será tratado aquí, atendiendo a las limitaciones propias del objeto de este trabajo¹⁰².

⁹⁹ Nino, C., *Derecho, Moral y Política*, op. cit., pp. 157 y 158.

¹⁰⁰ Cfr. Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 293.

¹⁰¹ Nino, C., *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*, en AA.VV. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, op. cit., p. 97.

¹⁰² Con la locución diseño institucional referimos a problemas tales como: el momento en que se ejerce el control, la legitimación para promoverlo, las vías procesales propicias, la necesaria existencia de un caso o causa judicial, los efectos de la sentencia anulatoria, etc.

a) Las fundamentaciones propuestas y su refutación

Previa revista de los sistemas de control de constitucionalidad previstos en los sistemas de las familias jurídicas occidentales, concentrándose en el control judicial de constitucionalidad modelado a partir del sistema norteamericano, Nino reconoce tres argumentos positivos que, pretendiendo discernir su fundamento, fracasan en su cometido; a saber: *a)* La supremacía de la Constitución; *b)* El reconocimiento de los derechos; y *c)* La estructura del razonamiento práctico¹⁰³.

En primer lugar, el argumento relativo a la supremacía de la Constitución es resumido por Nino en los siguientes términos:

Según este argumento, es lógicamente incompatible el reconocimiento de la Constitución como ley suprema con la negación del poder de los jueces de no aplicar una norma que contradice las exigencias de esa Constitución en cuanto al órgano que debe dictar la norma, el procedimiento por el que debe dictársela o el contenido que la norma debe tener o no tener.¹⁰⁴

Si bien la expresión original del mismo es atribuida al *justice* Marshall en el insigne caso “Marbury vs. Madison” también se encuentra presente en las construcciones iusfilosóficas de Kelsen –en cuyo pensamiento la validez y pertenencia de las normas jurídicas a un sistema dado dependen de una norma básica e hipotética– y de Hart, quien discierne el referido problema de la validez y pertenencia de las normas por medio de la llamada regla de reconocimiento¹⁰⁵.

La crítica que Nino dirige a este argumento radica en poner de relieve que es perfectamente posible concebir la existencia de esa norma fundante y superior del ordenamiento jurídico con la imposibilidad de que los jueces declaren la invalidez de

¹⁰³ Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 657-706.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 674.

¹⁰⁵ *Idem*.

las normas infraconstitucionales, en tanto puede ocurrir que el mismo sistema demande la abrogación legislativa de esa proposición normativa en caso de que la misma contradiga al texto constitucional, al violar las condiciones relativas al órgano, procedimiento y/o contenido que el texto supremo demanda para acordar a las normas infraconstitucionales validez y pertenencia al sistema¹⁰⁶.

Por la razón expuesta, Nino entiende que la supremacía constitucional no otorga justificación al control *judicial* de constitucionalidad.

Por otra parte, aunque el profesor Nino no lo diga, la lógica Marshall es incompatible con su concepción del derecho como práctica jurídica que inicia el constituyente y prosigue el legislador, para concluir, caso a caso, el juez y el administrador; en tanto ella se funda, por debajo del ropaje del texto normativo en que se da cuenta de la supremacía, en la diversa entidad que ostentan las normas emanadas de la asamblea soberana que ejerce el poder constituyente, respecto de las disposiciones infraconstitucionales que dimanan de los poderes constituídos. De tal modo, la lógica de la supremacía constitucional exige, expresa o implícitamente, que se acuerde mayor entidad legislativa a las proposiciones normativas emanadas del constituyente originario respecto de las emanadas de los poderes constituídos, cuestión que, desde el pensamiento de Nino, es sólo parcialmente aceptable¹⁰⁷.

El segundo esquema justificatorio de tinte conceptual deviene del reconocimiento de derechos. Este argumento, que Nino ve presente en la distinción dworkiniana entre políticas y principios, se centra en sostener que en tanto la Constitución establece derechos —que, por definición, son límites a las decisio-

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 677 y 678.

¹⁰⁷ Ver al respecto lo expuesto en la sección II, apartado 3), con relación a la legitimidad de la Constitución histórica. Cfr. el artículo de Nino “El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica”, publicado en el libro en homenaje a Genaro Carrió por la editorial Abeledo-Perrot, en el cual el autor desarrolla su tesis acerca de que *la adjudicación del poder constituyente originario involucra un compromiso moral*.

nes de la mayoría en tutela del individuo—, si no existiera control judicial de constitucionalidad no habría modo de poner coto al poder omnímodo de los parlamentos¹⁰⁸.

La refutación a tal afirmación se nutre de un razonamiento análogo al expuesto respecto del primer argumento, en tanto, el reconocimiento de derechos no resulta incompatible con un sistema jurídico en el cual la definición de los derechos individuales dependa de decisiones mayoritarias, impidiéndose a los jueces controlar la posible afectación de los derechos individuales por parte de tales decisiones mayoritarias; cuestión que implica aceptar que los derechos individuales son límites a los “intereses de la mayoría” y no a las “decisiones de la mayoría”¹⁰⁹.

Si bien es posible considerar que resulta altamente improbable que el órgano deliberativo del Estado, cuyas decisiones están dotadas de mayor confiabilidad epistémica, sin control de otro órgano provea, *motu proprio*, a la defensa de los derechos; Nino argumenta que tal cuestión es fáctica y no lógica¹¹⁰. Además, la defensa de tales derechos por parte de los jueces remite a una hipótesis de elitismo moral cuya confiabilidad epistémica resulta dudosa desde el punto de vista de los presupuestos del discurso moral.

El tercer argumento esgrimido en pos de lograr fundamentación para el control judicial de constitucionalidad es el que refiere a “la estructura del razonamiento práctico justificatorio”¹¹¹.

En tal orden de ideas, se sostiene que los jueces no pueden renunciar a efectuar un control de constitucionalidad al motivar sus sentencias, pues están impedidos de justificar sus decisorios en meros hechos, tales como los contenidos en las proposiciones normativas, “sin incurrir en un salto espúreo entre ser y deber ser”. Por tal razón, la estructura del razonamiento práctico les demanda acudir a los principios morales justificatorios imbricados en tales proposiciones, los cuales reconocen méritos valida-

¹⁰⁸ Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, op. cit., p. 679.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 680.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 680-692.

torios intrínsecos, consistiendo en esto su labor interpretativa de los materiales jurídicos relevantes¹¹².

A tal respecto, el doctor oxoniense expresa:

De tal modo, este argumento, basado en la estructura lógica del razonamiento al que necesitan recurrir los jueces para justificar sus decisiones, parece tener ...éxito en fundamentar un control judicial de constitucionalidad sumamente amplio ...que, por un lado, los conduce a hacer una profunda ponderación valorativa de la práctica jurídico institucional vigente en su jurisdicción ...y, por el otro ...a trascender una ley en particular para determinar si su reconocimiento, en el caso presente, satisface o no las condiciones para la continuidad de tal práctica.¹¹³

Sin embargo, el problema aparece cuando se confronta tal criterio con el argumento contramayoritario expuesto por el profesor de Yale, Alexander Bickel.

Según Bickel, la falacia justificatoria sobre la cual se edifica la *judicial review*, se apoya en una apelación mística al “pueblo” y a la defensa de sus derechos, no compatible con el rol de los jueces dentro del contexto social real, hecho que torna a la institución del control judicial de constitucionalidad manifiestamente antidemocrática¹¹⁴. En idéntico sentido, Bickel afirma que la pretendida superación de esta crítica al elitismo epistémico que envuelve el control judicial de constitucionalidad, por medio de la apelación a la legitimidad democrática de la Constitución, debe ser desestimada en atención a que la realidad indica que la mayor parte de los procesos constitucionales contemporáneos carecen de “credenciales democráticas aceptables” según estándares actuales de apreciación; apoyándose, además, en consensos tácitos que no siempre reflejan la voluntad de la población presente¹¹⁵.

¹¹² *Ibidem*, p. 681.

¹¹³ *Ibidem*, p. 682.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 684.

¹¹⁵ En otro contexto, resultaría relevante el análisis particularizado de la tesis de Bruce Ackerman sobre el “dualismo constitucional”, como modo de superación de tales críticas.

Del modo expuesto, desglosadas críticamente las teorías justificatorias clásicas, en el numeral siguiente es presentada la tesis de Nino a tal respecto.

b) La tesis de Nino

No obstante resultar “la dificultad contramayoritaria” una crítica a la *judicial review* conteste con la tesis de Nino acerca del valor de la democracia deliberativa como sucedáneo institucional del discurso moral informal, razón que bastaría para descartar de plano la posibilidad de fundar al instituto del control judicial en el marco de tal sistema político; la misma resulta propicia para explorar una nueva vía argumental que, partiendo desde la condición epistémica inherente a la democracia deliberativa, profundice en sus presupuestos estructurales.

Lo dicho se funda en que, tal como se expresó al momento de analizar el presupuesto axiológico del intersubjetivismo moral, la real valía de la tesis procedimentalista que subyace al constructivismo epistemológico no radica en brindar un parámetro incuestionable de moralidad y de obligación sino en generar las condiciones procesales para el resguardo de la autonomía individual, rescatando a la única regla de moralidad pública compatible con tal principio y que consiste en aceptar que el criterio de la mayoría tiene mayores posibilidades, preservadas ciertas condiciones, de aproximarse, de modo imparcial, a un criterio de obligación social.

De este modo, la existencia de ciertas “condiciones a preservar”, en carácter de presupuestos de funcionamiento del mecanismo intersubjetivo de moralidad que avala a la confiabilidad epistémica del sistema democrático, demanda la existencia de un ámbito remanente de control de constitucionalidad. Tal aserto se ve reafirmado cuando se recuerda que, para Nino, la legitimidad de la Constitución histórica resulta de la recepción textual de ciertos derechos *a priori*, sumada a la propuesta de un sistema democrático deliberativo.

Conforme a las ideas expuestas, la práctica constitucional implicada en el desarrollo de la obra del derecho, que inicia el

constituyente, debe ser resguardada en cada una de sus instancias; hecho que exige la protección del cauce procedimental por el cual discurre el sistema democrático, a fin de preservar a la autonomía individual que es el único recaudo sustancial ajeno a la crítica inherente al discurso moral racional.

Así mismo, la razón de que sean los jueces quienes provean a la preservación de tales recaudos formales y sustanciales radica en la dimensión justificatoria del razonamiento práctico característico del ejercicio de su función política arquitectónica, dentro de la tríada clásica.

Así, el control judicial de constitucionalidad, en la tesis de Nino, sólo se ve justificado cuando, al ser ejercido por los jueces, estos tienen en miras y por límite la defensa del procedimiento democrático –con los alcances que al mismo le acuerda John Hart Ely–, la preservación de la práctica constitucional y, fundamentalmente, la autonomía individual; recaudos sin los cuales la democracia deliberativa no respondería a los cánones del constructivismo epistemológico¹¹⁶.

V. CONCLUSIONES

De conformidad a la tesis propuesta y al desarrollo articulado, cabe concluir señalando que:

1. La teoría general del derecho elaborada por Nino, con obvias y reconocidas influencias del sistema filosófico kantiano, propone un *sistema jurídico* en el cual la constitución histórica reconoce su legitimación por medio de la recepción textual de ciertos derechos *a priori* y la implementación de la democracia deliberativa, que es el modo institucional de canalización del discurso moral de la modernidad, coordinando los tres aspectos centrales de la tesis constitucionalista.

2. Tal sistema afirma la *fuerza* política del fenómeno jurídico, ratificándola en la concepción del derecho según la cual éste implica una obra colectiva que comienza el constituyente

¹¹⁶ Cfr. Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 692-706.

y prosiguen los legisladores, jueces, administradores y ciudadanos, conforme a criterios de racionalidad lógica.

3. El *parámetro interpretativo* excluyente está dado por el ejercicio de opciones axiológicas en cada uno de los pasos de asignación de sentido a los materiales jurídicos relevantes, afirmación que prueba la dependencia justificatoria del derecho respecto de la moral.

4. El rol del control de constitucionalidad acordado a los jueces se inserta en la teoría general, previo rechazo de las fundamentaciones clásicas en torno a tal materia, merced a la necesidad de resguardo del ámbito de autonomía personal de leyes perfeccionistas que puedan restringirlo. La tutela de las reglas del proceso democrático y la preservación de la práctica constitucional adquieren real significación cuando se las refiere al primer propósito.

5. La indicada razón justificatoria del control de constitucionalidad requiere de la postulación y del reconocimiento de un mínimo de objetividad moral, pues el sistema se cimenta sobre la base del valor innegable de la autonomía personal, que, por implicar un concepto básico del discurso justificatorio resulta ajeno al convencionalismo conceptual.

6. En tal sentido, reconocido el *mínimum* moral objetivo que inspira a la tesis de Nino, puede concluirse en que la diferencia central entre su iusnaturalismo deontológico de raíz kantiana y las posiciones iusnaturalistas ontológicas clásicas, no radica en las distancias ontológica, gnoseológica y política que media entre ambas teorías, sino que surge del diverso *background* antropológico que, en el caso de Nino, postula la dimensión constructiva de la personalidad moral de cada sujeto, sobre la cual se edifica un sistema político negador del comunitarismo perfeccionista y del liberalismo utilitario.

Recibido: 26-05-2010
Aprobado: 01-12-2010