

DEMOCRACIA, DERECHOS Y CONTROL JUDICIAL. VERSIONES DE CARLOS NINO

GUSTAVO MAURINO
Universidad de Palermo

Resumen

El artículo analiza la justificación deliberativa de la revisión judicial a partir los originales aportes de la obra de Carlos Nino. Propone que el deliberativismo solo puede defender consistentemente un rol para la revisión judicial si esta se orienta radicalmente a las condiciones justificatorias y deliberativas de las decisiones, prácticas y políticas públicas, y no a la evaluación sustantiva de su consistencia con los derechos fundamentales, incluso los que sean considerados precondiciones democráticas. Argumenta que la versión más difundida de las tesis de Carlos Nino caía en una inconsistencia –al tratar de preservar un ámbito sustantivo para la revisión judicial relacionado con los derechos a priori– y reconstruye una versión alternativa y menos conocida, articulada en uno de sus últimos libros, en la que la revisión judicial es articulada en clave radicalmente procedimental-justificatoria.

PALABRAS CLAVE: Revisión Judicial; Democracia deliberativa; Derechos fundamentales; Constructivismo moral; Estructura del razonamiento práctico justificatorio.

Abstract

The paper analyzes the deliberative justification of judicial review centered on the original contribution of Carlos Nino's work. It proposes that deliberativism can only defend, consistently, a role for judicial review in a democracy if the institution is radically oriented to the justificatory and deliberative conditions of public policies, practices and decisions, abandoning any substantive evaluation of their consistency with fundamental rights, even those that are considered as democratic pre-conditions. The paper argues that the most known version of Carlos Nino's thesis on the subject was partially inconsistent –while trying to preserve some room for substantive judicial review related to a priori rights– and considers an alternative and less known version, presented in one of Nino's last books, where judicial review is constructed with that radically procedimental-justificatory approach.

KEY WORDS: Judicial Review; Deliberative Democracy; Fundamental Rights; Moral Constructivism; Structure of Justificatory Practical Reasoning.

Hay por cierto una línea fina entre la determinación
de que haya una verdadera razón y que haya una
razón verdadera, pero no por ser tenue el límite los
jueces pueden ignorarlo...
Carlos Nino

I. Único en su clase: en el espacio entre Dworkin, Waldron y Ely

El constitucionalismo liberal ha sostenido clásicamente que el reconocimiento de derechos individuales implica lógicamente, necesita políticamente y justifica filosóficamente el control judicial de constitucionalidad; y consideran a esta institución una restricción o limitación del autogobierno democrático, indisimulable pero valiosa. Los demócratas radicales y los constitucionalistas populares verifican la misma limitación, la rechazan normativamente y buscan minimizar la disrupción democrática del poder judicial.

Jeremy Waldron llevó la tensión entre democracia y revisión judicial a su punto más extremo. Afirmó que el hecho del desacuerdo es constitutivo de las circunstancias políticas, insuperable, insoluble. Sostuvo que debido a la inexistencia de un procedimiento epistémicamente confiable para identificar correctamente los derechos controvertidos, la única vía equitativa para tomar las decisiones relativas a ellos eran los procedimientos mayoritarios; cualquier otro método —la decisión por un individuo, o el azar— implicaría una falta de respeto a la dignidad de los sujetos concernidos, en tanto agentes morales iguales. La revisión judicial sustantiva resulta irremediabilmente injustificable¹.

También sabemos que diversos autores ensayaron originales argumentos para compatibilizar derechos, revisión judicial e ideal democrático.

Ronald Dworkin fue uno de los más creativos. Propuso una original concepción de la democracia (“*partnership conception*”) que justificaba los derechos civiles y políticos que al liberalismo le interesa defender como precondiciones para su realización. Su estrategia para disolver la tensión entre democracia, derechos y revisión judicial consistió en “sustantivizar” la democracia: si esta es valiosa en tanto realice ciertos derechos que forman sus precondiciones, una institución contramayoritaria, orientada a su protección, no es en principio ofensiva para la democracia². Solo podría serlo si las instituciones mayoritarias estuvieran en mejor condición para identificar tales derechos, pero Dworkin siempre descartó cualquier argumento plausible para semejante idea³.

¹ Véase Waldron (2005 y 2006). Critico la consistencia de su tesis en Maurino (2015).

² Véase la primera articulación de esta concepción, bajo el nombre de “*constitutional conception*”, en Dworkin (1996, introducción) y su última reconstrucción en Dworkin (2014).

³ Consideraba que Waldron —y presumiblemente también los constitucionalistas populares— presuponían una deficiente concepción “mayoritarianista” de la democracia. Su rechazo a la idea de que la ciudadanía o sus representantes están en mejores

Antes que Dworkin, John Hart Ely había recorrido un camino prácticamente inverso en busca de la conciliación⁴. Su estrategia consistió en reinterpretar el sentido y contenido de los derechos de la constitución estadounidense, entendiéndolos como salvaguardas de las condiciones de equidad del proceso de competencia política democrática. Ely “procedimentalizó” los derechos para integrar su protección judicial con la democracia. El control judicial, dedicado a garantizar la equidad del proceso político, resultaría así una institución prodemocrática⁵.

Las contribuciones de Ely, Dworkin y Waldron, y sus críticas cruzadas, son un buen indicador de la complejidad del rompecabezas filosófico implicado en este tema. También proveen una hoja de ruta para situar el fenomenal aporte de Carlos Nino; animado también por una búsqueda de conciliación.

Al igual de Dworkin, Nino postuló que constitucionalismo y democracia eran conceptos normativos o interpretativos que demandaban la articulación de concepciones justificatorias. Cercano a las posiciones que adoptaría Waldron, postuló que los desacuerdos sobre alcance, contenido y conflictos de derechos eran (políticamente) insolubles, y que el agente más legítimo para su decisión era la comunidad de los sujetos concernidos por ellos, a través de mecanismos finalmente mayoritarios. Siguiendo los pasos de Ely, defendió un rol activo para el control judicial como custodio del proceso político.

Pero, por supuesto, también se apartaba de las tesis de estos tres autores.

A diferencia de Ely, no pretendió que todos los derechos constitucionales pudieran ser reinterpretados en clave procedimental o debieran ser salvaguardados por el poder judicial. Ello solo debía ocurrir con los que pudieran justificarse como prerrequisitos en una concepción normativa de la democracia que debía defenderse en un nivel argumental previo, cosa que Ely nunca hizo.

A diferencia de Waldron, rechazó la idea escéptica o agnóstica según la cual no existían procedimientos epistémicamente superiores para definir controversias sobre los derechos. Armado con su constructivismo epistemológico, defendía la superioridad epistémica de las posiciones

condiciones que los jueces para identificar las respuestas correctas sobre los derechos puede verse en Dworkin (2012, p. 1-8).

⁴ Ely (1981).

⁵ Dworkin reaccionó muy críticamente al proyecto de Ely (Dworkin 2012, p. 100). Pero más tarde cambió su perspectiva, y se limitó a argumentar que el éxito de Ely había sido solo parcial, pues la lectura procedimental no hacía sentido respecto de varios de los derechos fundamentales (Dworkin 1989/2003, p. 49).

favorecidas por las mayorías bajo condiciones de equidad deliberativa. Por eso postulaba un umbral de legitimidad deliberativa, a partir del cual la posición de la mayoría podía reclamar mayor valor –de base epistémica– que la de cualquier individuo.

Finalmente, si bien Nino sostenía, como luego haría Dworkin, que ciertos derechos individuales conformaban precondiciones de la democracia, alegaba que las instituciones mayoritarias –operando por encima del umbral de legitimidad deliberativa– estaban en mejores condiciones que los jueces para definir las cuestiones relativas a los derechos en general y de aquellos que son prerequisites democráticos en particular.

La originalidad de su perspectiva se proyectó en las indagaciones sobre el control de constitucionalidad. En los próximos apartados reconstruimos la versión más conocida de su tesis sobre la justificación y diseño de esta institución, para luego evaluarla críticamente y reseñar una formulación alternativa, bastante menos conocida, pero a mi juicio más consistente y prometedora.

II. La versión conocida de la justificación democrática del control de constitucionalidad en Nino

En sus últimos trabajos Nino argumentó la compatibilidad entre su concepción preferida de la democracia (deliberativismo epistémico mayoritarista), los derechos fundamentales y la revisión judicial del constitucionalismo de matriz estadounidense.

Esta argumentación fue incluida en el capítulo final de *La constitución de la democracia deliberativa* (Nino 1996, en adelante CDD), donde se reproduce casi textualmente lo que dijera en “A Philosophical Reconstruction of Judicial Review” (Nino 1993a, en adelante APR).

Nino sostenía como principio general la descalificación de la revisión judicial en el marco de una democracia. Sin embargo, esta provocadora tesis se matizaba sustancialmente:

[la teoría] es menos alarmante para las convenciones jurídicas de lo que algunas de mis conclusiones iniciales deben haber hecho temer. A pesar de que argumento de modo general contra la justificabilidad de la revisión judicial para leyes originadas a través de procesos democráticos, hay tres excepciones amplias a esa negación⁶.

⁶ CDD (p. 215).

A. La primera sostenía la justificación del control judicial para lograr *el fortalecimiento del proceso democrático*, en la medida que los jueces actúen “como controladores del proceso democrático” (CDD; p. 199). Los jueces tienen autoridad para evaluar y asegurar las condiciones procedimentales que proveen valor epistémico a las decisiones democráticas (en esto se acercaba a Ely)⁷. Ello implicaba, operacionalmente, direccionar la revisión judicial a los casos que involucran la protección de una cierta categoría específica de derechos (en esto se parecería a Dworkin). Nino afirmaba: “Muchas de estas condiciones involucran una cierta categoría de derechos que comprende la constitución ideal. Esos derechos pueden ser considerados derechos a priori [...] Estos derechos a priori deberían ser, así, respetados por el proceso democrático como prerrequisitos de su validez. *Es la misión de los jueces garantizar ese respeto*”⁸. Cuando se controvierta concretamente la vulneración de un derecho considerado a priori el poder judicial tendría autoridad para evaluar si la ley o práctica pública cuestionada respetaban o no tal derecho⁹.

B. La segunda se fundaba en *la autonomía personal*. El valor epistémico de la deliberación solo se proyecta a cuestiones de moralidad intersubjetiva, no merece deferencia cuando se ocupa de ideales de virtud personal. Se justifica entonces la revisión judicial para asegurar que las decisiones colectivas no tengan fundamentos perfeccionistas que impongan esa clase de ideales mediante el derecho. Esta excepción es muy limitada y suele ser malinterpretada. No provee una tutela “material” o “sustantiva” de las acciones autorreferentes –que no causan daño a terceros– como típicamente suele defender el liberalismo. Solo legitima una protección

⁷ En la introducción del capítulo, Nino mencionaba que el valor epistémico dependía de varios factores, incluyendo la amplitud de la participación de los afectados en la discusión, la libertad con la que cuentan los participantes para expresarse por sí mismos en la deliberación, que las propuestas sean apropiadamente justificadas, la extensión de la mayoría que apoya la decisión, el tiempo transcurrido, la evitación de mayorías congeladas, el grado en el cual el debate se funda en principios y no en la mera presentación de intereses, la igualdad de las condiciones bajo las cuales se realiza la participación (CDD, p. 199). Sin embargo, como vemos a continuación, al enfocarse en el control judicial, inmediatamente perdía de vista todas estas variables y se concentraba exclusivamente en aquellas condiciones que configuraban una cierta categoría de derechos individuales.

⁸ Véase CDD (p. 200-201) (en todas las citas de este libro, la traducción me corresponde).

⁹ En CDD y APR el tratamiento de esta excepción se concentra exclusivamente en la exploración conceptual sobre derechos “a priori” y los desafíos para su protección judicial.

“justificatoria” o “argumentativa”. No habilita a los jueces a invalidar leyes por su contenido sino por las razones en que se apoya. Solo cuando una ley tiene fundamento en una cierta clase particular de razones (perfeccionistas) puede ser invalidada en esta segunda excepción, sea cual sea su contenido¹⁰.

C. La tercera excepción se basaba en el valor de la *preservación de constitución entendida como una práctica social efectiva y exitosa*. El derecho tiene una dimensión performativa que permite la efectivización de una democracia funcional y constituye su marco convencional, aun con los inevitables y a menudo significativos defectos. El poder judicial está legitimado para custodiar su preservación, que es condición de efectividad de las propias decisiones democráticas y judiciales. Para Nino “esta causal permite descalificar, por vía judicial, violaciones flagrantes del texto constitucional, que interpretado convencionalmente es el hecho saliente que sustenta la práctica constitucional”¹¹.

El esquema es original y elegante. ¿Demasiado bueno para ser cierto? Creo que sí.

El elemento clave para balancear la tensión entre democracia y derechos y rescatar la revisión judicial como consistente con una visión deliberativa de la democracia es la primera de las tres excepciones¹². Pues

¹⁰ Véase CDD (p. 204). Una ley que penalizara el aborto temprano o la tenencia de estupefacientes para consumo personal no serían judicialmente descalificables si se apoyaran en juicios de moral intersubjetiva (cierta idea del peligro para terceros, o la valoración comparativa de la autonomía de la mujer *vis à vis* la del feto, etc.) incluso cuando el juez las considere lesivas a la autonomía. Más aún, en Nino (1992a, pp. 699-700) afirmaba: “Es posible que, luego de declarada inconstitucional una ley perfeccionista, ella vuelva [legítimamente] a ser dictada por el Congreso con argumentos de índole intersubjetiva...”.

¹¹ Nino (1992a, p. 703). Las proyecciones concretas de excepción fueron poco exploradas en sus textos en inglés. En el libro que citamos, Nino ejemplifica como un caso que encajaría en esta excepción el de los Decretos dictados en la década de los años 90 por los cuales se indultó a sospechosos de crímenes de lesa humanidad, cuyos procesos judiciales estaban aún pendientes de sentencia. Nino afirmaba la existencia de una inequívoca convención constitucional que privaba al presidente de esa clase de autoridad. Probablemente, en la conformación de esta excepción un tanto oscuramente presentada, Nino buscaba proteger a la constitución y el derecho en general de la tendencia a la “anomia” propia de la cultura institucional argentina y contrarrestar las actitudes finalistas y formalistas que identificara en Nino (1992c) como típicos comportamientos normativos desleales que privan al derecho de inteligibilidad como una convención funcionante.

¹² Considero que la segunda excepción es impecablemente consistente con el ideal deliberativo, aunque a un liberal convencional le parecerá que desprotege demasiado a la autonomía. La tercera, por su parte, no apunta a establecer una compatibilidad democrática sino a preservar instrumentalmente la existencia de convenciones jurídicas, por su carácter posibilitador de las prácticas jurídicas en general (sean o no democráticas).

bien, la construcción de esa excepción resulta a mi juicio demasiado problemática. Si mi crítica tiene sentido, entonces el intento de reconciliación de Nino no llegaría a un buen resultado, salvo que fuera significativamente reconfigurado.

III. Dos problemas con la primera excepción en la tesis de Nino

III.1. Los inasibles derechos a priori

La idea de los jueces como árbitros del proceso político (tomada de Ely) es perfectamente consistente con la teoría de la democracia de Nino. Pero cuando esa función de la revisión judicial se anuda con los “derechos a priori”, nuestro autor termina “sustantivizando” (*à la* Dworkin) la revisión procedimental. Y eso genera problemas.

La sustantivización operativa de la excepción conceptualmente procedimental se apoya en la distinción entre derecho “a priori” y “a posteriori” del procedimiento democrático. Pero esa distinción adolece de demasiada incertidumbre, imprecisión e inestabilidad.

A. La *incertidumbre* proviene, claro, de la dificultad para establecer qué derechos deberían considerarse “a priori”. Nino nunca pudo encontrar una respuesta consistente, a nivel conceptual, ni operacional. No era para menos. Como él mismo decía, cuantos más derechos se incluyen como precondiciones, más perfecto se hace el sistema deliberativo, pero al mismo tiempo más asuntos se sustraen a su operación para quedar en manos de los jueces, lo que resulta autofrustrante.

Acaso por eso varió significativamente el contenido de los derechos a priori, desde el momento mismo en que inventó el concepto. En la primera ocasión que los identificó con ese nombre, Nino (1986), los listó de la siguiente manera: “el derecho a la vida, a la integridad psíquica, a la libertad de expresión, de culto, el derecho a la educación, etcétera”; la propiedad quedaba expresamente como un derecho a posteriori. Luego, dijo: “la materia de los derechos a priori [...] es mucho más restringida que la referida por el primer principio de Rawls [...] y [...] según creo, debe ser el objeto del control judicial”¹³. En otro lugar ejemplificó esa categoría solamente con “el derecho a la vida o a la libertad de expresión”¹⁴. Sobre el final de sus trabajos, los listó de la siguiente manera: “incluyen la libertad de expresión, libertades políticas, y un mínimo social que

¹³ Nino (1989b, p. 110)

¹⁴ Nino (1989a, p. 406)

garantice una igualdad básica en la participación política...”¹⁵. Finalmente, en CDD, los derechos a priori comprenderían: “...los derechos políticos activos y pasivos, junto con la libertad de expresión”, además de otros, presupuestos por estos primeros, a saber “la protección contra agresiones y contra restricciones políticas sobre la libertad de movimientos” y, finalmente, otros relativos a “las condiciones sociales y económicas de los individuos, tales como su nivel de educación, [que] son precondiciones para la participación libre e igual en el proceso político”; entendidos en un nivel muy básico: “si alguien se está muriendo de inanición, o está muy enfermo y privado de atención médica, o *carece de toda posibilidad de expresar sus ideas a través de los medios de prensa, el sistema democrático resulta dañado en la misma forma en que lo estaría si aquel individuo estuviera privado de sus derechos políticos*”¹⁶.

Las distintas formulaciones difieren notablemente, y en las presentaciones aparentemente más amplias Nino solo alcanza a dar ejemplos extremos, pero que no resuelven la indeterminación.

B. La *imprecisión* resultaba de la propia configuración conceptual que Nino defendía para el contenido y alcance de los derechos morales en general. Incluso si fuéramos minimalistas en la construcción de la categoría “a priori” e identificáramos que cierto derecho en particular es “a priori” –la libertad de expresión, digamos– encontraríamos el problema de definir si todas las facultades y dimensiones de ese derecho o solo algunas de ellas forman parte de la dimensión “a priori”; y en su caso trazar una distinción entre esos niveles.

El problema es clave en la estructura conceptual de Nino, quien veía a los derechos –cada uno, y en sus relaciones mutuas– como una especie de red o un árbol de facultades positivas y negativas, vinculadas con la realización de la autonomía y la inviolabilidad. Más aún, algunos derechos fundamentales eran en sí mismos “una extensión natural” de otros o estaban presupuestos por otros; con lo que la imprecisión entre facultades a priori y a posteriori de un mismo derecho resulta radical y sistémica.

C. Finalmente, el problema de la *inestabilidad*. Nino alegaba que la calidad epistémica de la democracia operaba cuando la práctica política alcanzaba cierto “umbral” en la satisfacción de los prerrequisitos. Pero el grado de satisfacción del umbral solo podría evaluarse de manera

¹⁵ Nino (1992b, p. 224).

¹⁶ CDD (p. 201). Aunque rápidamente Nino alertaba: “Pero debemos ser muy cuidadosos en limitar los casos en los cuales estamos preparados a interferir con el sistema democrático para su propia protección”.

holista y relacional, considerando los niveles de satisfacción relativa de los distintos derechos precondicionales y sus interacciones. En consecuencia, dicho umbral podría recibir configuraciones prácticamente infinitas, de acuerdo a la fisonomía concreta y las interacciones de los diversos prerrequisitos en el experimento político en cuestión. En tales condiciones, el umbral podría resultar modificado (o no) significativamente con cada modificación de cualquier aspecto de cualquier prerrequisito¹⁷, con lo que el funcionamiento de la característica “a priori” terminaría siendo contingente.

Nino era consciente de estas complicaciones, pero defería a los experimentos políticos (a la política moralizada) la búsqueda de los umbrales y puntos de equilibrio. No sería tarea de la filosofía, sino de la política, superar esos problemas. Tal vez tuviera razón. Después de todo, su tesis era inteligible conceptualmente, y quizás la estabilidad, precisión y certidumbre fueran efectivamente una tarea más política que filosófica.

III.2. La inconsistencia entre la primera excepción y la estructura escalonada del razonamiento práctico

Más allá de cómo se pudiera resolver la crítica anterior, otro problema en la tesis de Nino demandaría un replanteo sustancial de la primera excepción. Tal como ha sido planteada, es inconsistente con uno de los presupuestos nineanos más importantes sobre el valor epistémico de la democracia y su relevancia práctica.

Nino defendía un control judicial procedimentalmente orientado, aplicado a casos en que estuviera en juego la definición y garantía de un derecho “a priori”. Asociaba esa justificación con la protección de las condiciones de autoridad epistémica de la democracia. Se apoyaba en el presupuesto según el cual la mayoría carecería de títulos para exigir obediencia moral a su decisión cuando se discute precisamente si se están respetando o no las precondiciones para esa obediencia. La “intervención externa” del poder judicial se justifica para contrarrestar los vicios epistémicos, particularmente cuando ellos están atrincherados y son tan profundos que se perpetuarían sin dicha intervención.

Por otro lado, argumentaba de manera más general que el razonamiento jurídico justificatorio solo resultaba inteligible, y permitía

¹⁷ En una comunidad con gran igualdad socioeconómica el rango a priori de la libertad de expresión resultará diferente al que demanda otra altamente desigual, y también influirán sobre ellos el tipo de desarrollo de la libertad de culto, por ejemplo, etc.

superar la paradoja de la superfluidad moral de las normas jurídicas, si se reconstruía con “una estructura escalonada”¹⁸. A los fines de tomar o no a una ley como obligatoria (por parte de un juez o un ciudadano) se debía realizar, en un primer paso o escalón, una evaluación general acerca del grado en que el sistema institucional (la práctica existente) efectivizaba o no las condiciones deliberativas de valor epistémico. Cuando el análisis en ese nivel resulta positivo “el origen democrático de una norma, nos proporciona razones para creer que hay razones para realizar el contenido de la norma”¹⁹. El análisis en el primer nivel debe ser holístico²⁰; “si este primer nivel nos permite justificar la práctica, es necesario pasar a un segundo nivel, en el cual desplegamos la práctica misma para tomar la decisión necesaria”²¹.

Volviendo a la democracia deliberativa, resulta claro que la evaluación de la satisfacción general de los derechos “a priori” –la superación del umbral– corresponde precisamente a aquel primer escalón evaluativo que todo ciudadano y juez deben ejecutar para definir la deferencia que reconocerán a las normas de dicha democracia. En ese primer nivel, la evaluación individual es irremplazable y la mayoría no tiene autoridad para dictar la respuesta; la conciencia individual es soberana²². La conclusión de esta evaluación definirá, para el sujeto, si se justifica o no la deferencia a las decisiones democráticas (la ley).

Si el sujeto concluye que las condiciones de legitimidad están suficientemente garantizadas, entonces las leyes merecen su deferencia. Esto es particularmente relevante respecto de aquellas que considera injustas. También debe deferencia a las que se refieran a los derechos fundamentales precondicionales, pues como Nino decía: “Cuando cierto umbral concerniente a la distribución a priori es alcanzado, el sistema democrático, a través de su tendencia hacia la imparcialidad, puede corregirse y mejorarse a sí mismo al proveer a la gente de las precondiciones para su participación igual y libre”²³.

¹⁸ Tanto en CDD (cap. 2) como en APR (ap. III).

¹⁹ Nino (1989b, p.133)

²⁰ El test para realizarlo consiste en evaluar a la práctica a la luz de los principios que conforman la constitución ideal de los derechos y de la democracia.

²¹ CDD (p. 218).

²² Véase Nino (1993b, p. 161)

²³ CDD (p. 202). Más claro aún, en el epílogo, afirmaba: “Luego de que el umbral es superado y la democracia es capaz de hacer sus muy necesitadas correcciones, cada uno de los tres elementos del constitucionalismo –derechos, democracia, derecho– pueden también encontrar apoyo mutuo. El proceso democrático es el método más confiable para reconocer los derechos individuales fundamentales” (p. 222).

Por el contrario, si en el primer escalón se concluye que la calidad epistémica de la democracia está por debajo del umbral, queda afectada la confiabilidad epistémica de toda decisión pública, cualquier sea la materia involucrada. Ninguna norma merece confianza o deferencia epistémica en virtud de su origen; la conciencia individual del sujeto puede considerarse libre de ataduras para evaluar por sí misma si las considera justas y válidas o no.

Todo esto me parece bastante obvio en el marco general de la teoría de Nino.

Veamos su relación con la revisión judicial: La configuración de la primera excepción, que otorga a los jueces control de constitucionalidad respecto de decisiones que involucren “derechos a priori” –y solo respecto de decisiones que involucren tal categoría de derechos– es inconsistente con la dinámica y operación de la estructura escalonada del razonamiento jurídico que hemos reconstruido.

En efecto, si un sistema se considera –en el primer escalón– por encima del umbral deliberativo, entonces todas las decisiones colectivas relativas a derechos –incluso los que sean “a priori”– deberían considerarse epistémicamente superiores a los juicios de cualquier individuo (un ciudadano, un juez) y resultaría inconsistente la revisión judicial a su respecto.

Esa conclusión no cambiaría por la circunstancia de que ciertos derechos sean prerequisites del valor epistémico de la práctica, pues cuando ella supera el umbral, provee el procedimiento epistémicamente superior para la propia afinación de los prerequisites. Y, según decía Nino, “el principio de maximización de la actuación moralmente correcta” nos exige que sigamos lo que ese procedimiento produce, en lugar de suplantarlos por los dictados de otro menos confiable²⁴.

En un sistema que es considerado deliberativamente legítimo en el primer nivel evaluativo no hay espacio conceptual para la revisión judicial sustantiva de sus decisiones concretas.

Nino identificó lúcidamente esta cuestión en Nino (1994), donde asignó carácter de “*excluyente*” al valor epistémico de la democracia. Ese carácter

se predica en general de los resultados del proceso, y, si bien es compatible con la percepción de que, en ocasiones particulares, la decisión democrática es moralmente errónea, ofrece una razón para

²⁴ Sin perjuicio de ello, en Nino (1993b), mantenía una tensión de indefinición sobre el punto.

obedecerla aun en esos casos [...] [T]odo sistema moral debe incluir el principio que establece que se deben maximizar las posibilidades de obrar en forma moralmente correcta [...] y si llegamos a la conclusión de que, en términos generales, la discusión colectiva y la decisión mayoritaria son métodos más fiables de acceder a soluciones moralmente más correctas que la reflexión individual aislada, esto nos dará una razón para calibrar la decisión colectiva aun cuando nuestra reflexión individual nos asegure, tal vez acertadamente, en algún caso, que la decisión es errónea; de lo contrario, el último juez de nuestra decisión sería siempre nuestra reflexión individual –socavando el proceso colectivo y contradiciendo el presupuesto de que este es, en general, más fiable–. De este modo se terminará violando el principio de maximización de la actuación moralmente correcta.

Se podría argumentar que la tesis de Nino estaba en realidad pensada para sistemas en los que no resulta clara la superación del umbral. Es más, dado “el hecho del desacuerdo”, esa podría ser la situación típica de la mayoría de las democracias contemporáneas. Pero eso no salvaría a la tesis sobre el control judicial para la garantía de los derechos a priori; más bien al contrario: si tenemos dudas de que el sistema haya superado el umbral (o si tenemos la certeza de que no lo supera) entonces la restricción de la revisión judicial solo a casos que involucren “derechos a priori”, si bien políticamente altruista, es normativamente injustificable y conceptualmente inconsistente. En esa clase de situaciones no hay razón alguna –relativa a la legitimidad epistémica democrática– para deferir al juicio colectivo y limitar la intervención de los jueces. Al contrario, quedaría justificada una revisión judicial ilimitada, pues la democracia no provee razones para creer que sus normas contienen la respuesta correcta a las cuestiones controversiales, y si se limitara la acción judicial solo a los asuntos que involucran derechos a priori se dejaría a los “otros derechos morales” a merced de un sistema institucional desviado.

No tengo espacio para desarrollarlo en este escrito, pero creo que el problema de inconsistencia que encuentro en esta tesis de Nino acecha en realidad a cualquier intento de conciliar ideales democráticos fuertes con revisión judicial orientada hacia los derechos, sea a nivel de fundamentación o de operación. En las últimas décadas se han desarrollado numerosas versiones de tesis “dialógicas” o “cooperativas” sobre la revisión judicial que intentan resolver la tensión democrática en el rol del poder judicial, con propuestas como las siguientes:

- (a) Atenuar la potencia institucional de los tribunales (derechos fuertes/tribunales débiles).²⁵
- (b) Construir dinámicas de intervención judicial y tipos de remedios menos intrusivos y más colaborativos hacia el proceso político (minimalismo constitucional).²⁶
- (c) Activar un doble ajuste, de acuerdo a las condiciones del contexto constitucional de que se trate, entre el contenido interpretativo de los derechos y la mayor o menor agresividad de los remedios judiciales (balance entre derechos débiles/medidas disciplinarias fuertes).²⁷

Todas ellas tienen algo en común: presuponen que la materia de la revisión judicial recae fundamentalmente sobre el contenido de los derechos. A mi juicio, todos estos ensayos quedan atrapados por el mismo tipo de problemas. En la medida que la materia del control judicial sigue vinculada a la discusión sobre el contenido de los derechos, la intervención de los jueces siempre implicará un compromiso para ideales democráticos –en cualquier versión mayoritaria, participativa o deliberativa de estos– incluso cuando se pretenda orientar dicha intervención por el camino del diálogo o la cooperación deliberativa.

El problema no es el sentido o propósito de la intervención judicial. Suscribo la visión de Nino y los dialógicos en general. El problema –para el deliberativismo epistémico– es la inconsistencia que resulta cuando se intenta compatibilizar dicho propósito con una operación basada en la interpretación sustantiva del contenido y alcance de los derechos.

¿Habría alguna salida para rescatar la revisión judicial orientada a la preservación de las condiciones epistémicas del procedimiento democrático que no resulte autofrustrante? Creo que el propio Nino la articuló brevemente en la presentación diferente de la “primera excepción” que realizara en Nino (1992a) y no fue reproducida en sus últimos trabajos en inglés. Veámosla a continuación.

IV. Una versión alternativa (y radical) de la primera excepción

En Nino (1992a) nuestro autor presentó el mismo principio general sobre la revisión judicial y las tres excepciones ya conocidas. Respecto de la primera afirmó en el modo que también conocemos: “los jueces están

²⁵ La defensa clásica de esta propuesta fue realizada en Tushnet (2009).

²⁶ Véase Sunstein (1999).

²⁷ Para un análisis de estas alternativas y su pertinencia para contextos como el sudafricano véase Dixon (2014).

obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático”²⁸.

Pero al explicitar su orientación y funcionamiento concretos no hizo referencia alguna a los “derechos a priori”. La evaluación concreta (en cada caso) sobre el respeto de las condiciones tenía dos dimensiones, una procedimental y otra justificatoria:

La dimensión procedimental:

los jueces necesariamente deben ejercer un control del procedimiento democrático. Ese control no se limita a las *condiciones formales* que establece una Constitución, ya que son tanto o más importantes las condiciones...respecto de las *oportunidades de participación igualitaria en la discusión*, la *amplitud del debate*, su *concentración en principios*, la *relativa libertad de decisión*, la *adecuación del procedimiento de representación*, la *sensitividad del sistema para reflejar el consenso público* (1992a, p. 693)²⁹.

La dimensión justificatoria:

la potencialidad que este enfoque asigna al control judicial de constitucionalidad es sumamente amplia [...] determina algunas condiciones que el procedimiento legislativo debe satisfacer [...] *si bien los jueces no deben entrar a valorar la validez de las razones que tiene el legislador o un órgano ejecutivo para dictar una norma jurídica, sí tienen que exigir que haya tales razones* [...] El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. *Hay por cierto una línea fina entre la determinación de que haya una verdadera razón y que haya una razón verdadera, pero no por ser tenue el límite los jueces pueden ignorarlo* (1992a, p. 696, el resaltado nos pertenece).

Los derechos “a priori” no son la materia, sustancia, ni contenido de la revisión judicial. Incluso las condiciones “participativas” de la deliberación son presentadas sin referencia a la idea de derechos

²⁸ Nino (1992a, p. 693).

²⁹ Como se puede apreciar, las variables son las mismas que identificara en CDD (véase nota 7, ut supra). Sin embargo allí no asignaba a los jueces la tarea de controlar tales variables, sino exclusivamente –las condiciones que conformaban– los derechos a priori.

individuales, incluso cuando se habla de oportunidades de participación igualitaria. Esos elementos se describen como componentes de una especie de bien colectivo: un proceso deliberativo íntegro. Y ni hablar del énfasis explicativo que Nino proyecta hacia el aspecto “justificatorio”, dedicado a existencia y pertinencia argumentativa de las razones que revisten las decisiones, y el correlativo rechazo terminante a la evaluación de su adecuación y pertinencia sustantivas.

En esta versión alternativa –que entendemos de manera radical, porque Nino así la presentaba³⁰– el alcance y sentido de la revisión judicial se define y operativiza en el control de la calidad procedimental y de la razonabilidad justificatoria de las leyes. No está asociado a la evaluación de su contenido, ni de su impacto sustantivo en relación con los derechos (a priori o cualquier otro)³¹.

Por supuesto, si integramos esta lectura de la primera excepción con el diseño de la segunda excepción –presentado también en clave “justificatoria”– encontramos un camino claro por el que Nino desliga a la revisión judicial de los derechos, para anudarla exclusivamente a las condiciones procedimentales/justificatorias de las decisiones democráticas, sin consideración sobre su sustancia, su corrección, etc.

Veamos con más detalle las implicancias de esta perspectiva.

V. La revisión judicial procedimental/justificatoria como instrumento para realizar la democracia. La democracia como práctica que realiza los derechos

Esta reorientación de la revisión judicial tiene una consistencia y radicalidad encantadoras: en el universo epistémico-deliberativo, la revisión judicial contribuye a realizar los derechos solo en la medida en que su ejercicio no se dedica a los derechos, sino al fortalecimiento de la

³⁰ Nino (1992a, p. 695), donde expresa: “esta visión procesalista del control judicial de constitucionalidad no implica limitar ese control, sino, al contrario, ampliarlo considerablemente, *aunque en una dirección radicalmente diferente...*”.

³¹ Esto no implica negar que la revisión judicial procedimental/justificatoria tenga como consecuencia previsible en algunos casos la protección de derechos. Por ejemplo, si en el procedimiento de discusión de una ley determinada un grupo fue privado de oportunidades expresivas equitativas, su invalidación por fallas procedimentales tendrá la consecuencia de tutelar la libertad de expresión vulnerada. La diferencia concreta con la tesis clásica de Nino se aprecia en el siguiente ejemplo: si el congreso sanciona una ley de prensa que viola sustantivamente la libertad de expresión, en la medida que su trámite haya sido deliberadamente impecable y la ley cuente con fundamentos genuinos (aunque errados), el poder judicial carecería de autoridad para su anulación en la versión alternativa que estamos presentando.

calidad procedimental/justificatoria de las decisiones públicas³². Ellas realizarán y garantizarán correctamente –o al menos, mejor que cualquier otra alternativa– los derechos que sea correcto realizar y garantizar.

Las leyes de una democracia solo deberían ser cuestionables (y anulables por revisión judicial) ante falencias de procedimiento/justificación, no por lo que resuelvan sobre los derechos, sean a priori o a posteriori. A su vez, los remedios judiciales solo deberían orientarse a reestablecer dichas falencias.

En el ejercicio del control judicial los jueces no deberían preguntarse si la ley sancionada vulnera algún derecho a priori involucrado sino algo muy diferente: el dictado de esta norma ¿efectivizó adecuadamente, en términos procedimentales/justificatorios, la supremacía epistémica de la democracia? Correlativamente, los remedios judiciales no deberían orientarse a proteger o reestablecer los derechos vulnerados, sino a sanear la calidad procedimental/deliberativa de la decisión o práctica deficitaria.

Este modelo de revisión sí es consistente con la estructura escalonada del razonamiento justificatorio. Más aún, debe operar de forma sensible a los resultados del análisis en el primer escalón: si allí se concluyera que la democracia está por debajo del umbral epistémico, habrá una razón para desconfiar a priori en el caso concreto y escrutar intensamente las condiciones procedimentales/justificatorias de la decisión cuestionada. Al contrario, si se concluye que la práctica es legítima, el escrutinio debería ser más laxo y deferente; limitado, por ejemplo, como Nino ejemplificaba, al chequeo de que se haya efectivamente esgrimido una razón pública que no sea claramente caprichosa o falaz, etc.

La revisión judicial en una democracia deliberativa nunca debería ocuparse de la sustancia de los derechos o de las decisiones públicas, sino exclusivamente de la calidad del proceso previo a su adopción y la pertinencia justificatoria (no sustantiva) de las razones en que se apoya.

³² Quiero evitar un malentendido. El deliberativismo epistémico no es la única forma de constitucionalismo deliberativo/dialógico, aunque sí la más radical en sus implicancias institucionales, y la que seguía Nino. Las tesis dialógicas y deliberativas también se han justificado desde perspectivas no epistémicas. La igualdad, la autonomía y la equidad han sido postulados también como valores fundantes de la democracia deliberativa. Los problemas de consistencia y las respuestas que estoy analizando se realizan en el marco particular del deliberativismo epistémico. José Luis Martí defiende lúcidamente el punto de que las tesis deliberativas requieren, necesitan, de la aceptación de la premisa epistémica. Véase Martí (2006). Conuerdo con su posición. Para una extensa crítica de sus argumentos, véase Bayón (2009).

Solo imagino dos supuestos, excepcionales, en los que el Poder Judicial estaría justificado para avanzar sustantivamente en la adjudicación de derechos, en el marco del deliberativismo, radicalmente entendido.

1. *Primero, el caso extremo y heroico*: cuando la evaluación del primer escalón arroje vicios tan serios en las precondiciones deliberativas que no resulte posible conferir legitimidad prima facie a la práctica establecida, los jueces están liberados de deferencia epistémica a las decisiones y razones colectivas. Estos jueces se encuentran en una encrucijada moral y política: son jueces de un sistema político que consideran institucionalmente desviado. Las respuestas morales son tanto la renuncia como la maximización de decisiones que se estimen sustantivamente correctas para la tutela de (todos) los derechos, de acuerdo a las circunstancias del caso y las alternativas disponibles. Simplemente, no creo que haya una ofensa democrática en el intento paradójico de un juez de construir con sus decisiones la mejor plataforma posible para que el sistema alcance alguna clase de umbral epistémico.

2. *El segundo supuesto en el que reivindicaría la autoridad judicial para la evaluación sustantiva, tendría lugar en un sistema que se considera generalmente legítimo, y su procedencia tiene más exigencias*: los jueces estarían autorizados para ejercer la evaluación sustantiva cuando: (a) *existe a su juicio una falla procedimental o justificatoria persistente en el proceso político* (deliberativamente valioso, en general) *en relación con la cuestión tratada en esa ley*; (b) *la falla haya sido públicamente señalada por el poder judicial*; y (c) *el proceso político ha omitido remediarla, teniendo oportunidades equitativas para hacerlo*.

Por supuesto, la consideración sustantiva del asunto podría determinar que la ley es correcta y debe dejarse como está, o que debe anularse o modificarse. En estos últimos casos, corresponderá al poder judicial activar los remedios sustantivos pertinentes, lo que previsiblemente desencadenará una serie de reacciones institucionales que bien podrían implicar choque de poderes, aunque también podrían reactivar los procedimientos deliberativos fallidos.

Es posible que este segundo supuesto sea más habitual de lo que nos gustaría. No descartaría que por esta vía se termine produciendo una intensa irrupción sustantiva de parte del poder judicial en la vida democrática. No lo sé, pero no tengo problemas con eso, en la medida que la intervención se dirija a los aspectos procedimentales-justificatorios. Por lo demás, el modelo de intervención analizado no

funcionaría como alienador y congelador del desarrollo deliberativo, tendría una lógica posibilitadora y reforzadora de su avance, consistente con sus ideales. Tal como Nino postulaba.

Quisiera terminar de reconstruir la fisonomía de esta variante radical de la tesis de Nino, señalando que ella implicaría una transformación en ciertas funciones y herramientas típicas de la justicia constitucional, a fin de que la práctica sea consistente con los presupuestos del deliberativismo epistémico. Dos ejemplos:

1. Por un lado, instituciones como el control de “razonabilidad” o “proporcionalidad” de las leyes tenderían a perder prácticamente toda relevancia. Bajo la tesis analizada, la justicia constitucional debe reorientarse hacia herramientas analíticas e interpretativas para evaluar la “razonabilidad procedimental/justificatoria”; discernir las condiciones bajo las cuáles algo es o no una “verdadera razón”, o una “razón pertinente”; definir el nivel de esfuerzo justificatorio exigible a los diversos procedimientos de producción normativa (leyes, regulaciones, referenda); determinar las condiciones bajo las que resulta procedente la exigencia de razones calificadas evaluadas estrictamente; etc.³³

2. Por otro lado, el redireccionamiento procedimental/justificatorio de la intervención judicial provee una buena justificación, y requiere la extensa utilización, de remedios dialógicos en el ejercicio de la revisión judicial, tanto en la faz previa a la decisión, como respecto de las herramientas remediales en que dicha revisión se concreta.

En sus obras clásicas, Nino abogaba por mecanismos como el “veto suspensivo” del sistema canadiense, la “inconstitucionalidad por omisión” –configurada como una directiva que exigía a la legislatura la explicación de las razones de su omisión y que informara si existían planes para superar la eficiencia en la implementación de la obligación constitucional desatendida– etc.³⁴ Sin embargo, ellos resultan difíciles de justificar en clave deliberativa/epistémica cuando la materia de la revisión judicial es la sustancia de los derechos y se asume (al menos en relación con los derechos a priori) que los procedimientos democráticos no resultan epistémicamente superiores a los judiciales. Bajo tales supuestos (los de Nino en su tesis clásica), cuando los jueces entienden que la ley viola derechos fundamentales, los mecanismos de reenvío –(cualquiera sea su forma) y los remedios débiles (exhortaciones, advertencias, recomendaciones abiertas, etc.) pierden bastante de su sentido.

³³ Argumento sobre algunos aspectos de este modelo en relación con el análisis de razonabilidad de las leyes, en Maurino (2012, p. 309).

³⁴ Véase CDD (p. 215).

Los mecanismos dialógicos son perfectamente funcionales para superar fallas procedimentales/justificatorias que se hayan identificado en el análisis de un caso –un grupo no ha sido escuchado, el tiempo de discusión ha sido insuficiente, la mayoría no ha dado “verdaderas razones”, ciertos argumentos serios de la minoría no han recibido una respuesta justificatoriamente honesta, etc.– pues apuntan precisamente a que los agentes decisorios de la democracia operen en el caso concreto en el marco de condiciones de legitimidad epistémica.

Cuando la revisión judicial –aunque orientada por ideales dialógicos– está operativamente vinculada al contenido sustantivo de los derechos y se orienta hacia la justicia sustantiva, los mecanismos dialógicos resultan incómodos de justificar, o son lisa y llanamente inconsistentes, salvo como un compromiso entre la búsqueda de justicia para los derechos y de legitimidad política para las mayorías, que siempre resultará insatisfactorio³⁵. Pero se justifican perfectamente cuando la revisión judicial se orienta a la calidad de los procedimientos y las razones, enriqueciendo la propia comprensión de la comunidad acerca del sentido de sus prácticas deliberativas.

VI. Conclusiones

Alguna vez, Martín Böhmer me dijo que todo lo que hacíamos eran notas al pie de la obra de Nino. Tenía razón, claro.

En esta oportunidad, mis notas apuntan a reconsiderar su tesis sobre la revisión judicial. He señalado dónde podría estancarse y qué perspectivas auspiciosas se abren si seguimos la derivación, menos conocida y más radical, presentada en Nino (1992a).

Posiblemente alguna idea de Nino esté siempre al final de nuestras indagaciones sobre la democracia y los derechos. Si así fuera, no debería sorprendernos. Su obra también podría ser, en realidad, un aleph.

³⁵ Se podría ensayar una defensa de un rol “colaborativo” del poder judicial que mantuviera su función en clave epistémica y reivindicara la revisión judicial sustantiva. Bajo esta idea, el control judicial funcionaría como un reaseguro indirecto de la calidad sustantiva (no deliberativa) de las decisiones, señalando aquellas que le parecen incorrectas para que la comunidad política las vuelva a pensar o las piense mejor. La propuesta me parece inconsistente. No creo que los límites sustantivos generen mejores condiciones procedimentales/justificatorias, ni siquiera por senderos paradójales. Por lo demás, ese rol colaborativo –que sí reivindico– se cumple de manera consistente y virtuosa cuando el poder judicial se concentra exclusivamente en los aspectos procedimentales/justificatorios de la decisión.

Bibliografía

- Bayón, J. C. (2009), “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 9.
- Dixon, R. (2014), “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Dworkin, R. (1989/2003), “Igualdad, democracia y constitución: Nosotros, el pueblo, en los estrados”, en *Liberalismo, constitución y democracia*, Buenos Aires, La Isla de la Luna.
- (1996), *Freedom’s Law*, Cambridge, Harvard University Press.
- (2012), *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- (2014), *Justicia para erizos*, Buenos Aires, FCE.
- Ely, J. H. (1981), *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard Paperbacks.
- Gargarella, R. (1996), *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel.
- Martí, J. L. (2006), *La república deliberativa: Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Maurino, G. (2012), “El artículo 28: Hacia una república basada en razones”, en Gargarella, R. y otros, *La constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- (2015), “Derechos, escepticismo y mayoritarismo: Un triángulo imposible. Una crítica a la teoría de la legitimidad política de Jeremy Waldron”, *Isonomía*, 42, pp. 47-81.
- Nino, C. S. (1986), “Réplica a mis críticos”, reimpresso en Maurino, G. (comp.) (2007), *Los escritos de Carlos S. Nino*, vol. 2, Buenos Aires, Gedisa.
- (1989a), *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed.
- (1989b) *El constructivismo ético*, Madrid, CEC.
- (1992a), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- (1992b), “Los derechos”, reimpresso en *Una Constitución para la democracia*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- (1992c), *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emeco.
- (1993a), “A Philosophical Reconstruction of Judicial Review”, *Cardozo Law Review*, 14, p. 798.
- (1993b), “Derecho, moral y política”, en Maurino, G. (comp.) (2007), *Los escritos de Carlos S. Nino*, vol. 2, Buenos Aires, Gedisa.
- (1994) *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel.
- (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press.

- Sunstein, C. R. (1999), *One Case at a Time*, Cambridge, Harvard University Press.
- Tushnet, M. (2009), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press.
- Waldron, J. (2005), *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons.
- (2006), “The Core of the Case against Judicial Review” *The Yale Law Journal*, 115, p. 1346.

Recibido el 20 de octubre de 2014; aceptado el 30 de marzo de 2015.