

LA CONSTITUCION COMO CONVENCION

Carlos S. Nino

Centro de Estudios Institucionales
Argentina

1. LA CONSTITUCION COMO LIMITE CONVENCIONAL A LA DEMOCRACIA

Como toda norma jurídica, las reglas constitucionales o bien son reducibles a hechos o a proposiciones sobre hechos que no constituyen razones autónomas para justificar acciones y decisiones, o son meros derivados de principios morales que asignan legitimidad a cierta fuente o autoridad y de proposiciones que describen prescripciones de esa autoridad. En relación a la segunda alternativa, la superfluidad de las normas jurídicas no se da cuando ellas tienen origen democrático, dado el valor presunto que tiene el procedimiento democrático cuando satisface ciertas condiciones.

Sin embargo, vimos también que esta conclusión difícilmente se aplica a las constituciones, por dos razones: en primer lugar, por el hecho de que ellas generalmente tienen un obvio déficit democrático —como es el caso de nuestra Constitución, dadas las imperfecciones en la representatividad de los convencionales reunidos en San Nicolás—, que inevitablemente se acrecienta con el correr del tiempo; en segundo término, por el hecho de que lo que las constituciones regulan es tan básico para determinar la validez del procedimiento por el que se dictan las otras normas jurídicas que cualquier apartamiento significativo de lo que es exigible no puede ser legitimado.

Sin embargo, se podría intentar atacar la conclusión de que la Constitución es irrelevante para el razonamiento práctico sobre la base de sostener que ella es, fundamentalmente, la *convención* o *práctica colectiva* más básica que determina la vida colectiva de una sociedad, y, como tal, cumple funciones sociales imprescindibles, que incluso sirven de marco o soporte del procedimiento democrático.

Esta es la tesis defendida por Neil MacCormick¹ cuando, apoyándose en Hume, sostiene que el constitucionalismo es un presupuesto necesario de una democracia operativa. MacCormick argumenta que «... Hume y Burke y sucesores contemporáneos como F. A. Hayek y Martin Krygier presentan efectivamente una tesis poderosa cuando urgen acerca de la calidad esencialmente consuetudinaria o tradicional de arreglos constitucionales viables. El momento de fundar una constitución, frecuentemente después del trauma de levantamientos revolucionarios, frecuentemente a través de una minoría decidida que actúa en nombre del pueblo, raramente si alguna vez con el apoyo de algo más que una simple mayoría (y ello frecuentemente con la oposición acerba de alguna minoría ahora relegada), es raramente un momento de estabilidad constitucional. Aun cuando exista un procedimiento acordado para adoptar una constitución mediante convenciones (como ocurrió en los Estados Unidos en 1797-99), los márgenes de éxito de las propuestas constitucionales pueden ser bastante estrechos —y, de cualquier modo, la teoría aceptada acerca de la creación constitucional descansa en una tradición vigente de índole política e intelectual, así que el ejemplo es un imperfecto contraejemplo de la teoría tradicionalista de las constituciones».

Sostiene también MacCormick que hay ejemplos contemporáneos, como el de la España postfranquista, que demuestran que un orden democrático es tanto más seguro cuando la Constitución que lo contiene ha evolucionado a partir de elementos del orden anterior, por defectuosos que ellos sean desde el punto de vista de la ortodoxia democrática. Sostiene, asimismo, que en buena parte de los países europeos las monarquías tradicionales han cumplido un efecto estabilizador de sus constituciones democráticas. Según MacCormick, las ideas de Hume de una constitución mixta que limite el poder democrático, de modo de evitar los riesgos del tumulto, la anarquía y el faccionalismo, fueron tomadas muy en cuenta por Madison y Hamilton e inspiraron la idea de la separación de poderes y el reconocimiento de ciertos límites a un mayoritarismo y a un igualitarismo absolutos. La conclusión de MacCormick² es que «el mundo contemporáneo revela una triste pluralidad de experimentos fallidos [de establecimiento de gobiernos democráticos], como así también algunos éxitos considerables, todos los cuales distan de ser perfectos. Pero sí parece que la democracia opera sólo allí donde hay alguna forma de un orden constitucional bien establecido que se apoya en una tradición constitucional que tiene una vigencia importante, cuando ese orden constitucional utiliza la separación de poderes (por lo menos en lo que implica remover la adjudicación judicial de la arena democrática, salvo en lo que hace al posible recurso a tribunales de jurados) y cuando la seguridad de al menos los derechos constitucionalmente derivados es firmemente mantenida. En este sentido, el constitucionalismo es un prerequisite de la democracia... La democracia constitucional

¹ MACCORMICK, «Constitutionslism and Democracy», en *Aktuelle Probleme der Demokratie. Internationale Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Politik*, 1989.

² MACCORMICK, *op. cit.*

es tal vez una democracia imperfecta; ella reconoce bienes fundamentales que no derivan del concepto mismo de democracia e insiste en que el valor del procedimiento democrático de toma de decisiones debe ceder ante aquellos otros bienes. Es una democracia calificada, no una democracia pura y simple. Parece, sin embargo, es la única concepción viable de la democracia».

Este alegato de MacCormick, apoyado en la autoridad de Hume, parece proveer un argumento poderoso para aceptar la relevancia de la Constitución para el razonamiento práctico: la Constitución de un país es relevante en cuanto constituye su *convención fundamental*, que encierra un acuerdo a través del tiempo entre diversos grupos sociales acerca de cómo debe distribuirse el poder que monopoliza la coacción estatal y cuáles son los límites de ese poder frente a los individuos. En tanto convención fundamental de la sociedad, la Constitución, si bien puede limitar la democracia, cuando establece procedimientos o restricciones al empleo de esos procedimientos que no son los que maximizan la validez del método de discusión y decisión democráticas, también hace posible alguna forma aun imperfecta de democracia. Esto implica que si en nuestro razonamiento práctico tomamos en cuenta el valor de la democracia, entonces debemos tener en cuenta el valor de lo que hace posible y funda la democracia.

Sin embargo, no es del todo claro en la argumentación de MacCormick por qué una constitución convencional que pone en manos de órganos que no están sometidos al proceso democrático la tutela de un conjunto mínimo de derechos asegura la estabilidad y la viabilidad de una democracia imperfecta. No es fácil percibir cuál es el peso del aspecto que hace al carácter convencional o tradicional de la constitución en este argumento y cuál es el peso del aspecto que hace al contenido de la constitución en cuanto ella prevé la separación de poderes y derechos individuales. Tampoco se infiere claramente si hay alguna relación entre el carácter convencional de la constitución y su contenido.

De cualquier modo, el argumento de que cuando una democracia está amparada por una constitución que regula y pone límites a su funcionamiento y que tiene arraigo tradicional, ella resulta más estable y operativa, es lo suficientemente atractivo, al menos intuitivamente, como para que valga la pena explorar *in extenso* las consecuencias de concebir a la constitución como una convención o práctica social. (Por cierto que no nos vamos a ocupar aquí del hecho obvio de que una democracia es más estable y operativa cuando las normas constitucionales que la *consagran* tienen apoyo consuetudinario; lo que no resulta tan obvio y es objeto de las tesis de MacCormick es el hecho de que una democracia es más estable y operativa cuando las normas constitucionales que la *limitan* tienen arraigo convencional.)

2. LA CONSTITUCION Y LAS CONVENCIONES

La concepción que vamos a examinar implica que la Constitución, si se la toma como un evento, constituye el origen de una convención social y, si se la ve como un proceso, ella misma es una práctica social continua.

La Constitución puede verse como el conjunto de prácticas de reconocimiento del derecho de una sociedad, en el sentido estudiado sobre todo por Hart³.

La concepción de la Constitución desde el punto de vista externo como una práctica social implica pensar en ella como una regularidad de conductas y actitudes: las conductas de los jueces y de los ciudadanos en general de identificar a las normas que cumplen con ciertas condiciones positivas y negativas, procesales y sustantivas, como normas legítimas; las actitudes de criticar a quienes no observan o aplican esas normas y de avalar a quienes lo hacen. Por cierto que esa regularidad de conductas y actitudes puede estar causada por la producción de ciertos actos lingüísticos a través de un determinado texto, pero en este sentido de Constitución ella trasciende a aquellos actos y aquel texto y está constituida por la regularidad ulterior de conductas que ellos generan. Esta naturaleza convencional de la Constitución justifica que se profundice en la caracterización de las convenciones o prácticas sociales.

Uno de los aspectos inherentes a las convenciones es que ellas sirven para resolver problemas de coordinación, o sea, situaciones de interacción en las que las intenciones de las partes que interactúan pueden resultar frustradas por no poder justificar cierto comportamiento sobre la base de una expectativa de comportamiento coordinado por parte de las otras partes que interactúan. David Lewis ejemplifica esta virtualidad de las convenciones con un caso simple: el de la situación en que se interrumpe una conversación telefónica y ambas partes pueden ver frustrado su propósito de restablecerla si intentan llamar al mismo tiempo al otro; para resolver este problema de coordinación se ha generado la convención de que llama aquel que lo ha hecho en primer lugar. Esta no es, en muchos casos, la solución mejor o más justa, ya que se podría razonar en ocasiones que es inequitativo imponer la continuación del costo de la llamada a quien la ha hecho en primer lugar, cuando el que la ha recibido tiene tanto interés como él en restablecerla. Sin embargo, la convención se ha desarrollado tomando una *característica saliente*, que es el hecho de haber llamado, y es más conveniente para todos respetarla que arriesgarse a que ella desaparezca, con el consiguiente embrollo en el restablecimiento de las comunicaciones, si es que intentamos en cada caso actuar de acuerdo a lo que nos parezca más justo.

Es importante tomar en cuenta que la descripción de la convención desde el punto de vista externo no puede ignorar el punto de vista inter-

³ HART, *El concepto de derecho* (trad. Genera Carrió), Buenos Aires, 1963.

no de los participantes en ella. Esto es una característica general de la praxis humana: si tomamos, por ejemplo, una acción individual no podemos describirla como intencional si no tomamos en consideración el punto de vista interno del agente, quien ha actuado de acuerdo a un razonamiento práctico que ha partido de premisas normativas y descriptivas que constituyen el contenido proposicional de deseos y creencias. Desde el punto de vista externo, son esos deseos y creencias concebidos como hechos los que ha causado la acción considerada intencional; pero no es posible identificar tales deseos y creencias y aun relacionarlos causalmente con la acción si no se toma en cuenta, como lo ha hecho el propio agente, las proposiciones que constituyen su contenido y las relaciones lógicas entre esas proposiciones y entre ellas y la acción. La acción está causada por los deseos y creencias consistentes en el hecho de adherir a proposiciones normativas y fácticas que tienen entre sí ciertas relaciones lógicas. Lo mismo ocurre con las prácticas sociales: no podemos identificar a las conductas y a las actitudes que forman parte de la práctica si no consideramos las proposiciones a las que los agentes adhieren cuando desarrollan esas conductas y actitudes. Los gestos que constituyen la práctica de saludar no podrían ser identificados como tales si no asumimos que los que los realizan adhieren a juicios que predicen de esos gestos el ser la forma apropiada de saludar y que estipulan la obligatoriedad social de saludar a través de alguno del conjunto de gestos permitidos.

3. LA CONSTITUCION Y LA IDENTIFICACION COMUNITARIA

La Constitución, como conjunto de reglas de reconocimiento que permiten individualizar al sistema jurídico, es relevante para resolver cuestiones que se plantean desde el punto de vista externo. En efecto, un observador, como un sociólogo, un antropólogo o un historiador, puede estar interesado en determinar cuál es el derecho de una comunidad, comparándolo con el de otras, o puede estar interesado en determinar si una norma en particular pertenece a ese derecho.

Estas preguntas no son directamente relevantes desde el punto de vista interno de los actores de un sistema jurídico. Desde el punto de vista interno, lo que realmente interesa no es si una norma pertenece a un sistema jurídico, en sentido descriptivo, sino si la norma *debe* ser aplicada para justificar una acción o decisión (de acuerdo a como se responda generalmente a esta pregunta desde el punto de vista interno, será resuelta la cuestión de la pertenencia de la norma al sistema desde el punto de vista externo).

Sin embargo, las conclusiones a que se llegue desde el punto de vista externo sobre la individualización de un sistema jurídico —empleando para ello la Constitución y reglas de reconocimiento aún más básicas que las incorporadas a ellas— pueden ser indirectamente relevantes desde el punto de vista interno para justificar acciones o decisiones.

Ello es así porque si las reglas de reconocimiento contenidas en la Constitución pueden ser identificadas como constituyendo la base del mismo sistema jurídico por el hecho de ser ellas practicadas por los mismos ciudadanos en general y los mismos órganos primarios en especial, ello quiere decir que también los órganos y los ciudadanos pueden ser identificados como los destinatarios del mismo orden jurídico por el hecho de que son los sujetos de normas cuya observancia está prescrita por reglas de reconocimiento que la mayor parte de ellos practica efectivamente. En otras palabras, el hecho de aceptar una misma Constitución —o, más precisamente, las reglas de reconocimiento contenidas y presupuestas por ella— permite concebir a diferentes órganos y ciudadanos como destinatarios del mismo orden jurídico. (Obviamente, la cuestión es más compleja: hay destinatarios de un orden jurídico que no aceptan la Constitución. Sin embargo, ellos son destinatarios de las normas reconocidas por ella en la medida en que una buena parte de los destinatarios acepten tal Constitución y las normas que ella reconoce fijen condiciones que el contestatario satisface.)

En la medida en que un Estado y aun una comunidad se identifiquen por el hecho de que sus miembros estén sometidos al mismo orden jurídico básico —con todas las variaciones del caso en relación a organizaciones federales o a estatutos personales—, la aceptación de una Constitución determina la pertenencia al Estado o a la comunidad a la que también pertenecen todos los que aceptan la misma Constitución.

Este hecho puede proveer una razón para aceptar la Constitución, con relativa independencia de su origen y contenido, y, por lo tanto, puede determinar su relevancia para el razonamiento práctico. Joseph Raz⁴ ha desarrollado un argumento en ese sentido que constituye una excepción a su posición general de que no hay razones para obedecer el derecho que sean independientes de su contenido.

Sostiene Raz que, si bien no es obligatorio, es permisible que alguien tenga una actitud de respeto al orden jurídico como forma de expresar su identificación con una nación o con una comunidad. Esa actitud provee una razón para obedecer el derecho que determina una obligación de hacerlo. Construye su argumento sobre la base de una analogía con la amistad, que está determinada por actitudes que, si bien no son obligatorias, una vez que se las tiene, sirven de base a obligaciones. De este modo, sostiene Raz que *«el respeto por el derecho es un aspecto de la identificación con la sociedad (el reverso de la alienación)... Una persona que se identifica a sí misma con su sociedad, sintiendo que es suya y que pertenece a ella, es leal a su sociedad. Su lealtad puede manifestarse, entre otras formas, en respeto por el derecho de la comunidad... Es natural, por tanto, que la lealtad a la sociedad pueda ser expresada comportándose como uno lo haría si confiara en el derecho implícitamente. De ahí que la actitud de respeto es una manifestación de lealtad, puesto que origina una obligación de obedecer, un reconocimiento de la autoridad»*. Raz aclara, en primer lugar, que el respeto por el derecho no es la única forma posi-

⁴ J. RAZ, *La autoridad del derecho* (trad. Carlos Nino), México, 1982, cap. XIII.

ble de expresar lealtad hacia la sociedad y, en segundo término, que no todo orden jurídico merece respeto.

Estas dos últimas aclaraciones de Raz ponen de manifiesto las debilidades de su argumento, al que en realidad vacían de contenido. Si el derecho es injusto, no es obviamente merecedor de respeto, y si el individuo desea expresar su lealtad hacia la sociedad, él debe hacerlo de cualquier otra forma que adhiriendo *per se* a un derecho injusto. Por otra parte, no resulta claro que si el individuo tiene una actitud de respeto al derecho, que no tiene la obligación de adoptar, de allí surja la obligación de respetar el derecho. No parece tener sentido una obligación condicionada a una actitud opcional, la que, por otra parte, avanza un largo trecho en la satisfacción de la obligación que condiciona: si el individuo tiene la actitud de respeto aparece una obligación que probablemente se verá satisfecha por el hecho de que el individuo tiene la actitud de respeto; si la actitud de respeto desaparece, la obligación se evapora, con lo que el individuo no corre el riesgo de no cumplirla.

Esta última crítica no debe oscurecer la primera, que es fundamental para nuestro análisis: el respeto al derecho como actitud de expresión de identificación con la comunidad sólo parece generar obligaciones en la medida en que el derecho sea justo, lo que ya determinaba por sí mismo la obligación de hacer lo que el derecho ordena. Esto parece aplicarse también a la idea, sumamente atractiva, de Jurgen Habermas de que el patriotismo legítimo puede consistir en un *patriotismo constitucional*, o sea, un patriotismo centrado no en una entidad inasible como el famoso *ser nacional*, sino en el esquema de valores y derechos y obligaciones que establece la Constitución. Sin embargo, la duda que surge de inmediato es si el patriotismo o la actitud de lealtad está justificada por la vigencia convencional de una Constitución, cualquiera sea su contenido, o por los principios ideales que se consideran válidos, sean o no el contenido de la Constitución positiva. Lo primero es contraindicativo, y lo segundo, de nuevo hace a la Constitución positiva superflua en el razonamiento práctico.

No obstante, varios autores de la corriente que se ha dado en llamar *comunitarista* han avanzado recientemente en una dirección análoga a la de Raz, aunque aparentemente sobre terreno mucho más firme.

Pensadores como Alasdair MacIntyre, Charles Taylor y Michael Sandel⁵ han intentado mostrar cómo las tradiciones y convenciones que definen una comunidad —como las que eventualmente pueden reflejarse en una Constitución que sirve como regla de reconocimiento del orden jurídico— son presupuestos ineluctables de proposiciones que generalmente son admitidas como constituyendo razones para justificar acciones o decisiones: por ejemplo, las que se refieren a derechos individuales o las que dan cuenta del resultado del proceso democrático.

Charles Taylor trata, por ejemplo, de mostrar en forma casi silogísti-

⁵ SANDEL, *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge, 1982; MACINTYRE, *After Virtue*, Notre Dame, 1981; CHARLES TAYLOR, *Hegel*, Cambridge, 1977.

ca cómo la apelación a derechos individuales presupone el deber de pertenencia a una cierta comunidad definida por ciertas tradiciones. Su primer paso consiste en alegar que la adscripción de derechos depende del reconocimiento de ciertas capacidades, tales como la de expresar opiniones, desarrollar una vida espiritual, sentir placer y dolor. En segundo lugar, Taylor sostiene que la adscripción de derechos no sólo implica reconocer ciertas capacidades humanas, sino también considerar a tales capacidades como algo valioso. El tercer paso consiste en mantener que si algo es valioso hay un deber de expandirlo y preservarlo, materializando las condiciones de las cuales depende esa materialización y expansión. El cuarto paso está constituido por el argumento de que la mayoría de las capacidades subyacentes a los derechos están condicionadas a la pertenencia a una cierta sociedad, ya que su ejercicio requiere bienes como el lenguaje, esquemas conceptuales o instituciones que son inherentemente sociales (este último paso es defendido también por Raz en su último libro). La conclusión es, por supuesto, que la adscripción de derechos presupone el deber de preservar los lazos comunitarios que hacen posible el desarrollo de las capacidades valiosas protegidas por los derechos.

MacIntyre llega a conclusiones análogas a partir de premisas ligeramente diferentes: según él, las reglas que adscriben derechos se justifican sobre la base de ciertos bienes. Estos bienes son internos a prácticas sociales variables. De este modo, la evaluación moral, como la que hace referencia a derechos, está sometida a las tradiciones y convenciones de cada sociedad.

Las características distintivas de este movimiento comunitario son las siguientes: los juicios de justicia y acerca de derechos individuales presuponen ciertas concepciones del bien; las concepciones del bien son inherentemente sociales; cada comunidad se define por tradiciones y convenciones que inciden en la concepción del bien que es válida para la comunidad; la crítica moral depende, por lo tanto, de la práctica moral que constituye las convenciones y tradiciones de una sociedad. En el contexto de esta concepción, la Constitución adquiere una considerable relevancia para el razonamiento práctico en la medida en que ella puede verse como la convención constitutiva de una comunidad.

En otro lugar he sostenido que estos rasgos del comunitarismo parecen atractivos cuando sólo se percibe su valoración de las peculiaridades de cada sociedad, de los lazos solidarios y afectivos, de la contribución social al perfeccionamiento individual. Pero este atractivo se hace más dudoso cuando advertimos que el desarrollo lógico de esta posición bien puede conducir a defender posiciones colectivistas, perfeccionistas y comprometidas con un convencionalismo conservador y relativista.

No son, sin embargo, estos rasgos poco plausibles del comunitarismo los que demuestran su debilidad teórica, sino el hecho de que parece estar sujeto a una inconsistencia fundamental: por un lado, abraza las convenciones y prácticas sociales, pero, por el otro lado, cuestiona las características que tiene la práctica vigente del discurso moral, la

que, como reconoce MacIntyre, exhibe estos rasgos propios del liberalismo que el comunitarismo condena: primero, la idea de que la moral está principalmente compuesta por reglas que serían aceptadas por cualquier individuo racional bajo circunstancias ideales; segundo, la exigencia de que estas reglas sean neutrales respecto de los intereses de diferentes individuos; tercero, la demanda de que las reglas morales sean también neutrales en relación a concepciones del bien que los individuos pueden sustentar; finalmente, el requerimiento de que las reglas morales se apliquen igualmente a todos los seres humanos independientemente de su contexto social.

De este modo, es la misma práctica del discurso moral vigente la que parece excluir que se justifiquen acciones o decisiones sobre la base de razones últimas que están relativizadas socialmente tanto en relación a su validez —que dependería de su vigencia como convención social— como respecto de su contenido —que variaría de sociedad en sociedad—. Los comunitaristas parecen incurrir en inconsistencia cuando enfatizan la importancia de las convenciones en el razonamiento moral y, al mismo tiempo, impugnan las que constituyen los presupuestos de la práctica social del discurso moral. El discurso moral postiluminista vigente en nuestra civilización, esclarecido para siempre por Kant, parece requerir que las razones últimas justificatorias sean, por un lado, *autónomas* (es decir, principios cuya validez no depende de su vigencia, sino de su aceptabilidad bajo condiciones ideales) y, por otro lado, *universales* (o sea, aplicables a todas las situaciones que no difieran en circunstancias relevantes para los mismos principios).

Sin embargo, esta última conclusión debe ser examinada con más cuidado, puesto que parece poner en duda la misma *racionalidad* de las convenciones y, por lo tanto, de la Constitución como convención social fundamental.

4. LAS CONVENCIONES Y EL RAZONAMIENTO PRACTICO

La crítica que Dworkin⁶ ha hecho a la concepción positivista de Hart sobre la regla de reconocimiento puede interpretarse como una descalificación de la posibilidad de que una práctica social pueda servir como base para justificar acciones o decisiones como la que toma un juez cuando aplica una norma jurídica a un cierto caso. Pero es dudoso que esta crítica dé en el blanco: si atendemos a la distinción entre el punto de vista interno y externo, podemos concluir que la regla de reconocimiento aparece como práctica social sólo desde el punto de vista externo, que no es el de los jueces que aplican normas para resolver casos, sino el de un observador, como un sociólogo o un antropólogo, que procura describir en forma no comprometida el orden jurídico vigente en cierta sociedad. Pero, no obstante, la crítica quizá injusta de Dworkin sirve para subrayar que quienes adoptan el punto de vista interno hacia

⁶ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1987.

una práctica como la regla de reconocimiento no pueden contentarse con formular descripciones de la práctica social —que, como tales, son compatibles con cualquier acción o decisión—, sino que necesitan formular juicios normativos para *justificar* una decisión como la de aplicar o no una norma. En otro lugar he sostenido que Hart reconoce este punto en algunos pasajes de su obra, pero que no es suficientemente claro acerca de la naturaleza de estos juicios normativos que deben formularse desde el punto de vista interno hacia las normas jurídicas (incluida la regla de reconocimiento): parece sostener que ellos no son necesariamente de índole moral, sino que pueden tener un carácter variado, mientras yo sostengo que todo juicio jurídico justificatorio es en última instancia derivado de juicios morales que dan legitimidad a ciertas fuentes dotadas de autoridad. Esto no es nada más que una consecuencia del presupuesto mencionado de que en nuestro discurso práctico las razones últimas son autónomas, en el sentido de Kant, o sea, razones que aceptamos por sus propios méritos intrínsecos y no por originarse en alguna autoridad legislativa, divina o convencional.

Esto que se aplica al derecho también se extiende a la moral positiva. En *Ética y derechos humanos* he sostenido que la moral vigente en una sociedad presupone referencias a una moral ideal, ya que las conductas y actitudes que constituyen aquélla no se producirían si el agente intentara justificarlas subjetivamente sobre la base del hecho de la práctica social misma, o sea, las propias conductas y actitudes. En primer lugar, tales conductas y actitudes constituyen hechos que son compatibles tanto con una acción o decisión como con su opuesta, por lo que es inconcebible que un agente pretenda justificar una decisión, aun ante sí mismo, sólo sobre la base de esos hechos, o sea, sin presuponer —tácitamente o aun inconscientemente— un principio normativo que les asigne relevancia. En segundo lugar, los juicios cuya adhesión provoca conductas y actitudes no pueden referirse a las mismas conductas y actitudes sin incurrir en autorreferencia y, por ende, en vacuidad. Los actores de una práctica o convención, incluyendo las que constituyen la moral positiva de una sociedad, deben, por lo tanto, justificar su contribución a ella sobre la base de juicios referidos a principios cuya validez no dependen de que sean adoptados como parte de la práctica o convención. En otras palabras, hay una prioridad lógica de la moral ideal sobre la moral positiva, como en general lo hay en todas las manifestaciones de la praxis humana entre las proposiciones a las que se alude desde el punto de vista interno y las conductas y actitudes de adherir a ellas que se describen desde el punto de vista externo. Sin la pretensión de los agentes de referirse a principios ideales —que en el caso tanto del derecho como de la moral positiva deben ser principios *morales* ideales, por ser los que, por definición, se refieren a los intereses en conflicto de diversas personas— no surgirían ni se mantendrían las prácticas o convenciones que constituyen, desde el punto de vista externo, fenómenos como el del derecho o la moral.

Sin embargo, hay consideraciones que parecen apuntar en un sentido exactamente opuesto al de las anteriores. Supongamos una supuesta

práctica social en la que todos los participantes responden al modelo anterior y convergen en acciones y actitudes similares, pero lo hacen sin tomar en cuenta el hecho de que todos actúan de modo análogo, sino que se apoyan en principios ideales. Estos principios pueden ser los mismos o pueden ser diferentes, como en el caso de la idea de Rawls⁷ del «consenso sobrepuesto» (*overlapping consensus*). ¿Habría una práctica social o una convención en un caso como éste? Creo que no. No toda convergencia de opinión es una convención. Puede haber una convergencia de opinión, por ejemplo, de que las mujeres o la gente de color no deben ser discriminadas y no por ello hay una práctica o convención a ese efecto. Precisamente lo que parece distinguir a este fenómeno social es la autoconciencia de sus participantes, o sea, el hecho de que saben que están participando de una práctica social y, más aún, que el hecho de participar de esa práctica social es parte de la razón para actuar de esa manera. Por eso, David Lewis caracteriza a las convenciones no sólo por cierta regularidad de conducta, sino por el hecho de que los participantes esperan que todos los demás participantes se conformen a esa regularidad y prefieren conformarse ellos mismos a condición de que los demás lo sigan haciendo.

Esto está claro en el caso de aquellas convenciones que resuelven problemas de coordinación que no tienen una solución moral relevante: por ejemplo, en el caso de la convención de conducir por la derecha o de desviarse hacia la derecha cuando uno se topa con el peatón que viene en sentido contrario, la conducta en cuestión se realiza sólo porque se espera que otros harán lo mismo. Pero igual cosa ocurre en relación a convenciones que prescriben conductas que no son moralmente opcionales: por ejemplo, sólo se puede decir que hay una práctica social de disculparse frente a quienes hemos ofendido o dañado (por ejemplo, empujándolo al cruzarnos con ella por la calle) si lo hacemos con conciencia de que ello es lo que regularmente se hace y que los demás esperan que lo hagamos.

Esto plantea una disyuntiva entre varias alternativas de difícil aceptación: o alguna de las dos caracterizaciones de las convenciones sociales es incorrecta o ambas son correctas pero su compatibilidad depende de que se muevan en diferentes niveles. Dado que ambas caracterizaciones parecen, en efecto, ser correctas, veamos con más cuidado esta última posibilidad: si analizamos la última caracterización advertiremos que en ella destaca una característica fáctica —el hecho de que los que participan en una práctica tienen conciencia de hacerlo y lo toman en cuenta para decidir hacerlo— que tal vez es definitoria del concepto de convención social. En cambio, la primera caracterización encubre en el fondo una exigencia normativa: la de que parece irracional alegar como justificación de una cierta conducta o actitud que forman parte de una práctica el hecho constituido por conductas y actitudes similares. Esta distinción entre la índole diferente de ambas tesis permite la posibilidad de que sean compatibles: es posible que toda convención suponga alegar

⁷ RAWLS, *A theory of Justice*, Cambridge, 1971.

como razón de los comportamientos que la constituyen el hecho de que haya una regularidad de comportamientos similares por parte de los demás y, al mismo tiempo, que, precisamente por eso, toda convención sea irracional. Se puede sostener que las convenciones sociales son un resabio de un tipo de racionalidad premoderna que estaba constituida por un discurso práctico que no respetaba la exigencia de autonomía, sino que admitía las razones últimas basadas en la circunstancia fáctica de la regularidad de conducta.

La plausibilidad de este enfoque que hace compatibles las dos tesis enunciadas sobre las convenciones depende de que estemos dispuestos a prescindir de tales convenciones como superfluas en un mundo racional. Si, por el contrario, concluimos que las convenciones satisfacen necesidades humanas o sociales ineluctables, debemos suponer que o bien nuestra caracterización del razonamiento práctico como apoyado necesariamente en razones autónomas es incorrecta o, si no, lo es la de las convenciones como prácticas autorreferentes.

Supongamos, por ahora, que no podamos prescindir de las convenciones y prácticas sociales aun en un mundo considerablemente más racional que el que nos ha tocado vivir. De hecho, algunas convenciones que resuelven problemas de coordinación en ámbitos moralmente indiferentes —como el sentido de circulación del tránsito—, aparentemente, son imprescindibles sin mayor explicación. De modo que es conveniente agotar las posibilidades de hacer compatibles las exigencias de racionalidad con las características de las prácticas sociales. Veamos uno de esos intentos.

5. LAS CONVENCIONES Y LA ACTITUD INTERPRETATIVA

Ronald Dworkin⁸ ha desarrollado últimamente toda una teoría sobre el derecho como práctica social. La teoría se desarrolla explícitamente desde el punto de vista interno a la práctica jurídica, y se vuelve sobre sí misma, puesto que ella constituye un ejercicio en la misma práctica que pretende interpretar. Ello es así puesto que la práctica del derecho es vista por Dworkin como una práctica interpretativa, y el mismo concepto de derecho tiene un carácter interpretativo. La identificación del derecho de una comunidad supone desarrollar una actitud interpretativa hacia la práctica social de justificar el uso de la coacción estatal sobre la base de decisiones pasadas.

Según Dworkin, la actitud interpretativa se distingue por dos componentes: primero, aceptar que las conductas y actitudes que constituyen la práctica en cuestión tienen un objetivo o valor que puede ser identificado independientemente de las conductas y actitudes que constituyen la práctica; el segundo elemento de la actitud interpretativa es que las conductas que constituyen la práctica son sensibles a ese objetivo o valor y pueden ser eventualmente modificadas para satisfacerlo mejor.

⁸ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, 1986.

Esta actitud interpretativa se pone de manifiesto en la evolución de las prácticas sociales: generalmente, ellas empiezan en forma mecánica sin que se tenga conciencia de que sirven a algún objetivo o valor; en una segunda etapa se le asigna a la práctica social un cierto objetivo valioso; luego es posible que las conductas que constituyen la práctica se modifiquen para satisfacer mejor ese objetivo; finalmente, puede ocurrir que se deje de considerar valioso el objetivo de la práctica y, sin embargo, que ésa se siga ejerciendo, aunque de nuevo con la forma mecánica con que se hacía en un principio.

Hay que distinguir esta posible evolución histórica de las prácticas sociales de los pasos en que se desarrolla, en los momentos en que ellas se encuentran en su plenitud, la interpretación de tales prácticas: un primer paso, que Dworkin llama preinterpretativo, consiste en identificar las conductas y actitudes que constituyen la práctica en cuestión; en un segundo paso —el interpretativo propiamente dicho— se asigna a la práctica en cuestión un cierto valor u objetivo; en el paso postinterpretativo, la práctica resulta modificada o reformulada para satisfacer mejor ese objetivo.

Dworkin sostiene que las teorías tradicionales respecto del derecho —el positivismo, el iusnaturalismo y el realismo— resultan absolutamente deformadas y triviales cuando son presentadas como teorías semánticas, o sea, como teorías acerca de las reglas para el empleo del concepto de derecho. Cree él que presuponer que existen tales reglas compartidas como cosa distinta a las concepciones sobre cómo interpretar a la práctica jurídica conduce a posiciones absurdas. Por ejemplo, si el positivismo es concebido como una teoría semántica, tendría una posición completamente implausible acerca de las controversias sobre lo que el derecho dispone que constituyen el centro de los debates judiciales: dado que el positivismo sostendría que las reglas que definen el concepto de derecho toman solamente en cuenta ciertos hechos, las controversias en cuestión sólo pueden ser o bien disputas fácticas o, si no, meros equívocos verbales, o, en todo caso, debates sobre cómo el derecho debería ser encubierto engañosamente por la pretensión de descubrir cómo es el derecho. Pero es inverosímil que los juristas y jueces tengan tan engorrosas controversias acerca de hechos que son relativamente simples, o que se dejen confundir a veces durante muchísimo tiempo por meros equívocos verbales, o que mantengan una simulación colectiva tan cabal y prolongada.

Las controversias tradicionales acerca del derecho adquieren, por el contrario, interés cuando son presentadas como controversias interpretativas, o sea, controversias acerca de cómo presentar a la práctica jurídica bajo la mejor luz posible en función de ciertos objetivos o valores. Dworkin distingue en este sentido tres concepciones interpretativas acerca del derecho: la convencionalista, la pragmática y la suya, que llama del «derecho como integridad». La concepción convencionalista constituye una reinterpretación del positivismo y consiste en sostener dos tesis: por un lado, la tesis positiva de que el derecho está constituido por convenciones sociales, de tal modo que basta hacer una investiga-

ción fáctica sobre tales convenciones para determinar la manera en que las decisiones pasadas justifican el empleo de la coacción; por otro lado, la tesis negativa de que en los casos en que no hay convenciones establecidas sobre una cierta clase de casos no hay derecho, y los jueces no tienen más remedio que ejercer su discreción de acuerdo a estándares extrajurídicos. Dworkin objeta ambas tesis sosteniendo, respecto de la primera, que los participantes en una convención social muchas veces están en desacuerdo acerca de lo que la convención requiere y deben hacer valoraciones acerca de cuál es el objetivo que hace más valiosas las conductas y actitudes que constituyen la materia prima de la convención. El principal argumento de Dworkin en contra de la segunda tesis es que resulta contraintuitivo hacer una distinción tan tajante entre derecho y política, de modo que el derecho se agota cuando cesan las convenciones y luego comienza la política: si fuera así, casi nunca se discutiría acerca de lo que dispone el derecho en los tribunales, ya que los casos que llegan a los tribunales son generalmente aquellos en que no hay una solución convencionalmente establecida.

La concepción pragmatista acerca del derecho es una variante del realismo jurídico —una vez que se lo concibe como una teoría interpretativa y no como una mera posición semántica— y sostiene que el empleo de la coacción estatal no puede ser justificado en forma primaria por decisiones pasadas, sino que debe serlo sobre la base de valoraciones —como las de justicia, utilidad o eficiencia—. Sólo por razones estratégicas o derivadas de esas valoraciones pueden tomarse en cuenta las decisiones pasadas; por ejemplo, la necesidad de asegurar cierta predecibilidad (a veces esta necesidad exigirá que se oculten las razones valorativas que hacen estratégicamente relevantes las decisiones pasadas).

Dworkin sostiene que la concepción pragmatista no es una adecuada interpretación de la práctica jurídica porque ignora el valor de la integridad basada en principios que hace que las decisiones políticas pasadas tengan relevancia por sí mismas y no por meras consideraciones estratégicas. Según Dworkin, solamente una tercera concepción interpretativa —la «del derecho como integridad»— hace justicia a este valor. La idea es que es valioso por sí mismo que tanto las leyes como las decisiones judiciales se muestren como derivadas de un esquema coherente de principios, aun cuando hayan sido sancionadas o dictadas en diferentes tiempos por órganos distintos o con composición diversa. Este valor de la integridad presupone, según este autor, personificar a la comunidad, verla como un agente moral unitario que tiene derechos y obligaciones y cuya coherencia a través del tiempo importa, así como importa la de un ser humano individual. Dworkin sostiene que esta personificación no importa una tesis metafísica sobre la existencia metodológica independiente de las personas colectivas. Tal personificación está embebida en nuestras prácticas y en nuestro lenguaje y refleja, en el fondo, un valor cercano al de la fraternidad: las asociaciones comunitarias, aun cuando no sean puramente consensuales, sí cumplen con rasgos que tienen que ver con el hecho de que sus miembros son

objeto de un tratamiento especial, con el hecho de que ese tratamiento establece vínculos interpersonales, con el hecho de que él expresa una preocupación por el bienestar de los demás y con el hecho de que él es fundamentalmente igualitario, esas asociaciones comunitarias dan lugar a obligaciones recíprocas, que en el caso del Estado incluyen la obligación política de observar sus leyes. Esto constituye una comunidad de principios —en la que cada ciudadano se siente autor y responsable de las decisiones que responden a un esquema coherente de principios—, distinguiéndose así de una mera comunidad *de facto*, en la que la asociación es meramente circunstancial, y aun de una comunidad «reglamentaria», en la que sus miembros sólo se sienten responsables por las reglas explícitamente sancionadas. Dworkin sostiene que no sólo esta concepción del derecho como integridad parece la más plausible, por ser la única que da lugar a este valor que deriva de la mejor concepción de la comunidad, sino que también está efectivamente implícito en las actitudes que tenemos cuando participamos de la práctica política, como se muestra por nuestro rechazo a la posibilidad de tener leyes «mosaico», que sean el resultado de la transacción entre diversos principios (por ejemplo, frente a las posiciones conflictivas sobre el aborto, llegar a una posición ecléctica que permita sólo el aborto en los días pares, por ejemplo). Esto muestra que asignamos una importancia decisiva a la integridad de principios, aun a costa hasta cierto punto de consideraciones de justicia; aunque también es obvio que hay razones de justicia poderosas que desplazan al valor de la integridad.

La concepción de Dworkin parece, efectivamente, hacer compatibles la característica de las convenciones de referirse a sí mismas con cierto margen para la autonomía y la universalidad de las razones justificatorias, tal como lo exigen los presupuestos de la práctica del discurso moral. La concepción interpretativa basada en la integridad toma en cuenta, en forma no estratégica, las conductas y decisiones pasadas que constituyen la práctica, pero las pone a la luz del mejor sistema posible de principios ideales coherentes.

Sin embargo, es posible dudar si esta especie de transacción entre las dos exigencias —la que deriva de la naturaleza de las convenciones y la que está presupuesta por la estructura de nuestro discurso justificatorio— las satisface en una medida aceptable. Si miramos las cosas desde el punto de vista de la preservación de la convención, se pueden levantar dudas sobre si ella no resulta minada en la medida en que se admite autonomía para interpretarlas, y hasta eventualmente reformularlas, sobre la base de principios que no surgen de tales convenciones: un tradicionalista diría que lo que ofrece esa concepción es más bien un pretexto para fundamentar principios ideales sobre la base de los segmentos más atractivos de las convenciones vigentes, condenando el resto a la categoría de error o prejuicio. Quien, en cambio, ponga énfasis en las exigencias de universalidad y autonomía de nuestro discurso justificatorio seguirá insistiendo que los errores del pasado no deben arrastrarnos a cometer similares errores, conduciéndonos a decidir casos no cubiertos por las decisiones pasadas sobre la base de principios erróneos,

puesto que sólo principios erróneos pueden justificar decisiones equivocadas.

El crítico podrá alegar que Dworkin parece, curiosamente, adherir a una teoría sobre la validez de los principios que guarda cierta analogía con la que conduce a aceptar las leyes «mosaico» que él condena: una teoría que admite que puede haber principios *inválidos* —en el sentido que no son los principios que uno aceptaría para justificar su decisión si no tuviera que preocuparse por las decisiones pasadas— que son, sin embargo, más aceptables que otros. Por ejemplo, si uno cree que sólo es defendible una teoría utilitarista de la pena, pero hay leyes y decisiones judiciales que no pueden justificarse de esa forma sino sólo mediante principios que toman en cuenta en forma primaria la culpabilidad del agente por haber actuado en forma disvaliosa, uno debería defender la teoría «menos mala» que es compatible con esas normas positivas; por ejemplo, la de la retribución por oposición a la de la expiación.

Esto se relaciona con el valor de la integridad. No resulta claro cómo ese valor trasciende las obvias ventajas instrumentales en términos de predecibilidad y coordinación de que las leyes y decisiones sean lo más coherentes posibles no sólo en relación a sus contenidos, sino también en cuanto a sus fundamentos. Pero este valor instrumental es, sin duda, secundario respecto de la exigencia de justicia: una injusticia predecible y uniformemente extendida no es menos injusticia, sino más. La trascendencia del valor de la integridad más allá de este valor instrumental requiere necesariamente la personificación de la sociedad y del Estado, que Dworkin admite. Pero esta personificación despierta graves inquietudes: no es posible desvincularla de presupuestos metafísicos con sólo anunciarlo. En el caso de una persona individual, la integridad es importante porque da cuenta de una cierta madurez y profundidad de carácter; es difícil defender la integridad en el plano colectivo sin presuponer algo semejante, el famoso ser nacional. Solamente se podría prescindir de presupuestos ontológicos si la personificación sólo sirviera de puente entre la integridad y algunos valores superiores, que lo fueran para los individuos. Dworkin intenta avanzar en esa dirección con su concepción de la fraternidad en el marco de una comunidad de principios; pero en cuanto ello tiene un contenido relevante parece repetir las referencias al valor de la integridad.

Creo que Dworkin, con su lucidez habitual, ha llevado hasta las últimas consecuencias las implicaciones de admitir a las convenciones como razones primarias para actuar: ello implica partir de una racionalidad *holística*, que desplaza a la autonomía individual en favor de la colectiva. Hay así una relación intrínseca entre el convencionalismo, y por lo tanto el relativismo, y una concepción colectivista, ya que las normas válidas son las que resultan de la interacción colectiva. Esto pone al sujeto colectivo en el centro de la generación de normas legales, lo que, obviamente, implica que sus «intereses» deben ser el principal objeto de protección por parte de esas normas.

El que las normas morales sean el resultado de un proceso colectivo puede parecer aceptable para una concepción constructivista como la

de Habermas⁹, o la que yo mismo he defendido en otro lugar. Hasta alguien podría aplicar el valor de la democracia al caso de las convenciones, sosteniendo que las convenciones son la máxima expresión de la democracia, puesto que son el resultado de un *consenso* que suele ser bastante más amplio que la simple mayoría —a veces cercano a la unanimidad— y que, además, se extiende a través del tiempo, expresando la voluntad de diversas generaciones.

Sin embargo, hay una diferencia fundamental entre el valor de la democracia y el de las convenciones: el proceso colectivo constitutivo de la democracia y las distintas concepciones es un proceso de *discusión entre individuos* que toman en cuenta sus intereses. Las convenciones son por antonomasia antagónicas al proceso de discusión, ya que, como vimos, ellas requieren que lo que se hace regularmente sea tomado *dogmáticamente* como parte de la razón para actuar, aunque sea posible —por lo menos, según las posiciones más modernas y dentro de las convenciones más flexibles— combinarla con otras razones. Además, la discusión es una actividad colectiva que difícilmente puede imputarse a una persona transindividual, ya que, a diferencia de otras acciones de los individuos, tiene una textura proposicional —un punto de vista interno— que hace referencia a los intereses de los mismos individuos.

6. LA CONSTITUCION Y LA CATEDRAL

Pero todavía resta hacer un intento por superar el escepticismo sobre la relevancia de la Constitución, presentando un modelo de racionalidad colectiva que trata de evitar presupuestos holistas.

Es posible sostener que la visión sobre la estructura del razonamiento práctico que conduce a concluir que la Constitución es superflua para ese razonamiento concibe a las acciones o decisiones como las que están controladas por la Constitución, como si fueran acciones o decisiones aisladas, cuando *de hecho* son parte de un proceso de interacción colectiva que se extiende en el tiempo. Puede sostenerse que esta verificación fáctica es lo rescatable de la concepción de la Constitución como una convención o práctica social.

Para entender esta idea déjenme comenzar ofreciendo una analogía: la de la construcción de una catedral a lo largo de un período extenso de tiempo. Pongamos el caso de la catedral de Colonia, que fue completada por sucesivas generaciones; o la de Estrasburgo, que fue completada también por partes; o la Sagrada Familia de Barcelona, que la comenzó Gaudí y todavía se está completando, luego de un largo interregno. Supongamos que uno de nosotros es el arquitecto encargado de continuar con la construcción, ya iniciada, de una de estas catedrales, sabiendo que probablemente no la pueda completar, sino que sería completada por otros, tal vez en un futuro remoto.

⁹ Véase J. HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, 1983, cap. III.

Por supuesto, uno seguramente tendrá sus valoraciones estéticas; por ejemplo, la convicción de que sólo el gótico es el estilo en que una catedral adquiere su máxima trascendencia como ámbito de inspiración espiritual. Sobre la base de esa valoración, uno juzgará los méritos de la obra incompleta sobre la cual debe continuar la construcción. Si, por ejemplo, la catedral fue comenzada en otro estilo, digamos el románico, uno puede llegar a diferentes conclusiones: una posibilidad es juzgar que lo construido es tan disvalioso desde el punto de vista estético que lo razonable es destruirlo y comenzar una nueva construcción en otro sitio. Por supuesto, para llegar a estas conclusiones en forma razonable el arquitecto deberá suponer que, efectivamente, es posible comenzar una nueva construcción. Sería irresponsable de su parte adoptar algunas de estas propuestas, sabiendo que, por cualquier razón, es imposible comenzar *ex nihilo* con la construcción de la catedral, a menos que piense, y ésta es una alternativa muy relevante, que el que *no haya ninguna catedral* es mejor que continuar con ese proyecto mal orientado.

Otra posibilidad es que aquel de nosotros encargado de proyectar la continuación de la obra concluya que, aun cuando lo construido hasta el momento es defectuoso, es, sin embargo, valioso continuar el proyecto antes de destruirlo o abandonarlo comenzando o no con un nuevo proyecto. En este caso, el arquitecto tiene que resolver una serie de problemas técnicos y estéticos muy complejos. Supongamos que la continuación de la obra de acuerdo a un estilo más atractivo implique cambios estructurales que pueden poner en peligro la estabilidad de la catedral. O supongamos que, efectivamente, el arquitecto considere que no hay nada como el gótico en materia de catedrales y que el estilo románico de la parte ya construida del edificio es seriamente deficiente. El tiene que decidir si su contribución a la construcción de la catedral, que para agravar más las cosas puede ser contemporánea con alguna contribución independiente de otros artistas —supongamos de un escultor—, debería responder al modelo gótico, al románico, a algún estilo intermedio que pueda armonizar mejor con lo ya construido, o algún otro estilo que sirva para neutralizar las deficiencias estéticas —y tal vez funcionales— del estilo románico. Por supuesto que el arquitecto tiene en su cabeza la imagen ideal en estilo gótico, pero sería *irracional* que él tradujera esa imagen directamente a la realidad, puesto que él sabe bien que no puede construir toda la catedral, sino sólo una parte —tal vez pequeña— de ella, y que si esa parte la diseña reflejando exactamente la parte correspondiente de su catedral ideal, el resultado de la combinación con lo ya construido puede ser técnicamente deficiente o estéticamente horrendo, tal vez peor que si la catedral se completara en el estilo románico inicial.

Si suponemos, además, que nuestro arquitecto ni siquiera tiene el privilegio de concluir la catedral, sino que ella va a ser concluida por otros, algunos de los cuales quizá actúan en forma contemporánea con él, y que él sabe que ello es así, obviamente, es razonable que él tome en cuenta no solamente lo ya construido, sino también cómo es probable que ella sea continuada por otros. Su elección de estilo debe tomar en

cuenta no sólo el pasado, sino también las futuras contribuciones a la construcción de la catedral, ya que el efecto que ella tenga variará de acuerdo a la contribución con esas otras combinaciones (supongamos que el arquitecto prevea que en el futuro otros arquitectos van a seguir ateniéndose al estilo románico de los primitivos constructores de la catedral; esto puede afectar su decisión de hacer una contribución gótica). Esta necesidad de tener en cuenta futuras contribuciones complica, obviamente, la decisión del arquitecto de un modo particular, puesto que él debe prever que esas futuras contribuciones pueden, en parte, estar influidas por su decisión presente y, en parte, pueden ser completamente inmunes a toda influencia.

Todo esto muestra que hay una racionalidad específica para la actuación en obras colectivas. Cualquiera que sean los criterios o modelos que definen lo que es óptimo en la clase de cosas o fenómenos a los que pertenece la obra colectiva, esos modelos o criterios resultan calificados en su aplicación a una acción que contribuye a esa obra sin tener el control sobre la obra total. Lo mismo que he tratado de mostrar respecto de la construcción de una catedral se podría decir en relación a algunos ejemplos un poco más ficticios como la construcción de un artefacto cualquiera —un automóvil, por ejemplo—, por parte de los distintos individuos que sólo pueden aportar unas pocas piezas en forma independiente de los demás, o —lo que está de moda ahora y es citado por Dworkin— el caso de una narrativa que se desarrolla sucesivamente a partir de agregados que van haciendo distintos autores (como ocurre con leyendas populares).

En todos estos casos, el que contribuye en forma independiente a la obra colectiva no puede adoptar la estrategia simple de amoldar la realidad, aun con todas las limitaciones que da la escasez de recursos, a un modelo ideal. El problema que se presenta es diferente que los meros obstáculos a la concreción de ideales que obligan a algún ajuste o acomodamiento o a un comportamiento táctico dirigido a superarlos; es también diferente a la mera presencia de condiciones fácticas que determinan la inferencia de implicaciones específicas a partir de ciertos principios valorativos (como, por ejemplo, si la justificación de la pena toma como relevante su capacidad preventiva de futuros delitos, el que una pena esté o no justificada dependerá de las circunstancias fácticas relativas a su capacidad disuasoria). El problema que aquí se enfrenta es el de que contamos con principios que valoran acciones por ciertos resultados finales y, sin embargo, nos encontramos con acciones que no producen por sí solas esos resultados, sino, en todo caso, junto con otras acciones que no se controlan totalmente.

7. HACIA UN MODELO DE RACIONALIDAD PARA LA PRACTICA CONSTITUCIONAL

Estas situaciones afectan no la validez de los principios valorativos últimos —el gótico puede seguir siendo para nosotros el mejor estilo

para una catedral, aunque nunca podamos hacer una catedral gótica entera —, sino la selección de los principios valorativos. Son situaciones que requieren diferentes criterios de racionalidad en la elección de tales principios o modelos valorativos, puesto que cuando sólo podemos hacer un aporte a una obra colectiva cuyo producto final no controlamos, lo racional puede ser elegir no el modelo o principio más defendible, sino otros con méritos menores. Dada una base románica de la catedral, tal vez sea técnica y estéticamente preferible continuar con el mismo estilo o con un estilo intermedio, en lugar del estilo gótico que sería óptimo para una catedral cuya construcción total dominamos. Este tipo de racionalidad, constreñida por ciertas elecciones de otros en la obra colectiva, podría ser denominada «lo segundo mejor», puesto que muchas veces nos lleva a un alejamiento progresivo del modelo óptimo en atención a sus efectos sobre la obra global.

Obviamente, el sentido de esta analogía es enmarcar a la acción de los constituyentes, legisladores, jueces y administradores como partícipes de una obra colectiva que es el fenómeno del derecho vigente, como parte de un fenómeno todavía más amplio que es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad. Obviamente, sólo hombres excepcionales —como un Napoleón o Lenin— pueden tener un control casi completo sobre la construcción de todo el orden jurídico y su entretejido de prácticas, costumbres, expectativas y actitudes culturales. Normalmente, aun los grandes constituyentes, legisladores, jueces o gobernantes lo único que pueden hacer es un aporte importante a la obra común que suele ser el resultado, intencional o no intencional, de millones de personas a lo largo de mucho tiempo. Cada uno de esos aportes está condicionado por la evolución del derecho y las demás prácticas sociales hasta ese momento y por los aportes que en el futuro harán nuevos contribuyentes.

Aquí aparece con claridad cuál es el significado de una Constitución en el marco de esa obra colectiva que es el derecho vigente y su entretejido de prácticas sociales. La Constitución originaria, esté expresada o no en un texto escrito, constituye un hecho histórico que representa el intento exitoso de fundar el proceso con el que identificamos al orden jurídico de la sociedad. Generalmente hay muchos intentos de esa índole, y sólo unos pocos tienen éxito. Los que lo tienen exhiben algún rasgo saliente que permite que la atención y los esfuerzos de los demás se coordinen alrededor de él. Generalmente, también resulta muy difícil promover una refundación de todo el proceso, aunque muchas veces se pueden hacer reajustes que, por su magnitud, pueden ser tomados como reformas constitucionales.

Dado que la acción de los constituyentes, legisladores y gobernantes consiste generalmente en aportes a una obra colectiva cuyas demás contribuciones pasadas, contemporáneas y futuras ellos no controlan y sólo influyen parcialmente, esa acción debe estar guiada por la racionalidad apropiada a este tipo de conductas. Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el orden

jurídico o todo el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que hay expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado, que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas, lo que es relevante para el principio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que su decisión servirá de precedente para el futuro, así como también que puede ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de legisladores y otros jueces.

Este reconocimiento de que las acciones que debemos justificar en la creación y aplicación del derecho son parte de una obra colectiva cuyas demás contribuciones no controlamos debe distinguirse de intentos similares de tomar en cuenta las prácticas vigentes. No se trata de un enfoque del tipo de Burke, que asigna un valor inherente a las tradiciones de la sociedad. Tampoco se trata de una concepción como la de Dworkin¹⁰, que hemos examinado antes, que, sobre la base del valor de la integridad, prescribe a los jueces y funcionarios decidir sobre la base de los mejores principios que permitan justificar también las decisiones y medidas de otros legisladores y jueces. Por último, debe distinguirse del enfoque comunitario, también mencionado, de filósofos como MacIntyre¹¹ —que con tanto éxito ha usado el ejemplo de la narración sucesiva—, que sostienen que sólo en el contexto de prácticas sociales compartidas puede desarrollarse una concepción válida del bien.

A diferencia de los enfoques anteriores, el que aquí se está exponiendo sólo parte del reconocimiento del *hecho* de que la acción de los legisladores y jueces se desarrolla en el contexto de una obra colectiva cuyos restantes aportes ellos no controlan. Este enfoque es perfectamente compatible con la conclusión de un juez o de un legislador que el derecho hasta ese momento vigente, empezando por su Constitución, es tan disvalioso que vale la pena el esfuerzo de arriesgar una refundación o aun justifica, si ese esfuerzo fracasa o es imposible, una situación de anarquía o de disgregación del orden jurídico. Lo que simplemente toma en cuenta es la circunstancia de que si la anterior no es una alternativa aceptable, la decisión del juez debe concebirse como parte integral de un orden jurídico, fundado por cierto orden constitucional. Esto implica que la medida legislativa, judicial o administrativa debe contribuir a la vez a preservar y a mejorar ese orden jurídico. Ello no requiere que la medida pueda justificarse sobre la base de los mismos principios que permitan justificar el resto de las contribuciones al orden jurídico que se presupone valioso, dada la imposibilidad de otro acto fundacional.

Muchas veces se ha sostenido que hay valores *prima facie* que son inherentes a un orden jurídico cualquiera sea su contenido¹². Pero esto es dudoso: los valores de paz y orden, por ejemplo, son derivados del

¹⁰ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977, cap. 6.

¹¹ MACINTYRE, *op. cit.*

¹² Carlos S. NINO, «La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia», en *Análisis Filosófico*, 1985.

valor justicia, puesto que sólo se predicán de una situación social una vez que no se toman en cuenta ciertos actos de violencia por considerarlos justificados. Tiene más peso asignar como inherente a un orden jurídico el valor de la predictabilidad de las consecuencias de nuestros actos. Pero esto es instrumental a algún otro valor (como lo mostraba Max Weber cuando lo relacionaba con la economía de mercado) y dependerá de la prevalencia de este último sobre los valores competitivos. Si se puede decir que una Constitución vigente y el orden jurídico generado por ella resuelve un problema de coordinación: ha sido un hecho histórico exitoso frente a otros intentos reales y frente a alternativas futuras de improbable realización. Como tal, si tiene algún valor ofrece oportunidades de perfeccionamiento que no las ofrecen utopías irrealizables. Si alguien construyó la primera planta de una catedral con un resultado no del todo deseable, ella ofrece la oportunidad para converger sobre ella con esfuerzos para mejorarla, lo que no ocurriría si cada uno comenzara con su planta preferida en diferentes lugares. El hecho de que el legislador o el juez no pudieran haber dictado su ley o sentencia sin el orden jurídico que les da autoridad, no implica en sí mismo una restricción moral en sus decisiones —ya que el orden jurídico puede ser tan malo que se justifique que se aprovechen de esa autoridad para destruirlo—, pero sí llama la atención sobre el hecho de que sin la preservación de ese orden jurídico, probablemente, futuras decisiones de ellos sean absolutamente ineficaces.

Si bien este enfoque no tiene los compromisos valorativos de las posiciones conservadoras o semiconservadoras que han sido mencionadas, pretende decir algo más que lo que sostiene Karl Popper¹³ cuando recomienda tomar en cuenta las tradiciones como un factor condicionante de la ingeniería social. No se trata sólo de apoyarse en algunas prácticas para lograr cambiar otras. Se trata de reconocer que si la única forma de tomar decisiones moralmente justificadas es en el contexto de prácticas sociales existentes fundadas por una Constitución, es necesario preservar esa Constitución y las prácticas generadas por ella, salvo que sean tan malas que no puedan ser mejoradas y que la única decisión moralmente justificada es la que conduce a desconocer la Constitución aun a riesgo de no poder establecer exitosamente otra.

El problema es que la preservación de la Constitución y de las prácticas generadas por ella no es algo que se pueda manipular sólo desde el punto de vista externo, sino que requiere atender a la *justificación interna* de quienes participaron, participan y participarán en el establecimiento y desarrollo de esa Constitución y de las prácticas subsiguientes. Por ejemplo, una Constitución suele tener éxito en establecerse como el factor originario de un orden jurídico y de un entramado de costumbres y actitudes sociales en la medida en que los ciudadanos, a lo largo del tiempo, asignen al texto constitucional y al hecho histórico que lo ha originado una cierta autoridad intrínseca. Ahora bien, parece bastante claro que ni un texto ni una combinación de circunstancias históricas

¹³ K. POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, 1983, cap. IV.

pueden servir de premisas básicas en un razonamiento justificatorio, independientemente de ciertos principios sustantivos o de ciertos procedimientos que pueden tener valor epistemológico para determinar tales principios. Sin embargo, si nuestro razonamiento justificatorio parte de principios que consideramos válidos por razones acerca de sus méritos intrínsecos o por el procedimiento por el cual fueron objeto de consenso, la Constitución, como vimos, se vuelve superflua. Es una cuestión de hecho que haya coincidencia o no en nuestras razones básicas, sean éstas sustantivas o epistémicas; bien puede ocurrir que no la haya y que la vigencia de la Constitución y de las prácticas que ella genera se diluyan.

Frente a esto, no es muy claro qué es lo que deberíamos hacer. No parece atractivo el destino similar al de un ateo compelido a predicar creencias religiosas como el único medio de obtener conformidad con reglas de conducta que él cree racionalmente justificadas, pero que no serían seguidas sobre la base de su justificación racional. Tal vez es necesario algo así como el salto de racionalidad que deben dar los egoístas racionales inmersos en una situación del tipo del dilema de los prisioneros, y que sólo satisfacen su autointerés si son altruistas, no por motivos egoístas. Como jueces y legisladores, sólo podemos dictar decisiones moralmente justificadas que sean efectivas si lo hacemos en el marco de una Constitución exitosa cuya preservación y eventual perfeccionamiento requieren que nuestro razonamiento la tome como un dato moral básico.

Sin embargo, creo que la solución está dada por la adopción de un tipo de razonamiento *escalonado en dos niveles*:

i) En el nivel primero y más básico se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por la presente Constitución. Aquí rigen el tipo de razones sustantivas y procedimentales a las que se aludió en el capítulo anterior, que permiten ubicar a la Constitución en un continuo de legitimidad conformado por el grado en que, por un lado, ella es expresiva de un consenso democrático que sea resultado de una deliberación lo más amplia y libre posible y sienta las bases para la formación de ese consenso y la estructuración de la precedente deliberación en relación a normas de inferior jerarquía; por el otro lado, es también relevante el grado en que la Constitución reconoce derechos fundamentales, que son prerequisites para la formación de un consenso que tenga suficiente calidad epistemológica. Pero en este primer nivel del razonamiento práctico se debe tener en cuenta cuáles son las alternativas realistas a la preservación de la presente Constitución. Es posible que si bien ella esté bastante distante del punto óptimo de legitimidad en el continuo mencionado, cualquier alternativa realista esté todavía más alejada: las alternativas más probables a la vigencia de la presente Constitución pueden ser un régimen autoritario o una situación de anarquía o disgregación del poder, en cuyo caso menos se satisfacen los *desiderata* asociados con la legitimidad del orden jurídico.

Es en este primer nivel donde corresponde determinar si se dan las

condiciones de «precompromiso» que señala Stephen Holmes¹⁴ para justificar las limitaciones constitucionales al procedimiento democrático. Según este autor, tales limitaciones no siempre incapacitan a la mayoría, sino que muchas veces la habilitan a resolver problemas que de otro modo no podrían solucionar, sacando ciertas cuestiones de su esfera de decisión. Holmes ve en esto una modalidad de paternalismo legítimo, como el ejercido a su pedido sobre Ulises atándolo para que pudiera seguir su curso, no obstante el caso de las sirenas. Aquí no se trata de un *auto*-paternalismo porque lo que ocurre, en realidad, es que una mayoría protege a posibles futuras mayorías, a veces contra decisiones perjudiciales de mayorías intermedias. Sin embargo, ésta es una justificación *ex post facto*: no podemos justificar *a priori* las limitaciones constitucionales del procedimiento democrático sobre la base de que lo fortalece sacando cuestiones de su esfera, decisión que, de tener que ejercerla, podría debilitar al propio poder democrático. También puede ocurrir que las limitaciones constitucionales incapaciten a futuras mayorías y que, en el mejor de los casos, que sean impuestas mayoritariamente, simplemente representen un intento ilegítimo de prevalencia de una mayoría ocasional sobre mayorías futuras. Si esto es así o no, debe evaluarse en este nivel del razonamiento práctico. El principio guía para tal evaluación es que «gobierno de la mayoría» no quiere decir gobierno de un grupo específico de ciudadanos, cualquiera sea su número. Quiere decir gobierno por medio de lo que no es más que una construcción conceptual: mayor número de manos levantadas a favor de una cierta solución sobre una determinada cuestión que sobre otras, sin importar quiénes son los dueños de esas manos y cómo ellas se combinan cuando se tratan otras cuestiones o en otros momentos. Lo que debe tratarse de preservar es la posibilidad de que se dé cualquier combinación de manos y no que quede congelada una en especial. Muchas limitaciones constitucionales pueden estar al servicio de este objetivo, pero esto no se puede determinar en abstracto.

ii) Si el resultado del razonamiento del primer nivel es favorable a la legitimidad, aun imperfecta, de la presente Constitución, es posible pasar al segundo nivel, en que se trata de aplicar esa Constitución para justificar acciones o decisiones. El que se desarrolla en este segundo nivel es un razonamiento constreñido, ya que debe respetar el resultado del razonamiento del primer nivel. Esto quiere decir que quedan excluidas las razones justificatorias que son incompatibles con la preservación de la Constitución, si es que aquel razonamiento ha arrojado el resultado que ella es más legítima que cualquier alternativa realista. Un principio que tiene impecables credenciales desde el punto de vista de los criterios de validación implícitos en nuestro discurso moral puede ser, sin embargo, descalificado o excepcionado si ello es necesario para preservar la vigencia de la Constitución.

¹⁴ HOLMES, *Constitutionalism and Democracy*.

Esto de ningún modo implica que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico y que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. En primer lugar, porque esos principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificatorio y, dada la prelación de este nivel sobre el segundo, tal jerarquía determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Pero, en segundo lugar, porque aun esos principios y procedimientos tienen relevancia decisiva en el segundo nivel del razonamiento justificatorio, en la medida en que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel (de lo contrario serían autofrustrantes, puesto que neutralizarían las conclusiones alcanzadas mediante su propio empleo).

Hay varias posibilidades diferentes de que los principios y procedimientos moralmente válidos tengan relevancia en el segundo nivel del razonamiento jurídico justificatorio. En primer lugar, la preservación de la Constitución como convención o práctica social de ningún modo implica congelar esa convención o práctica. Las prácticas sociales pueden evolucionar sin por ello quebrarse. Dworkin¹⁵ muestra muy bien cómo el objetivo que da sentido a la práctica puede cambiar, lo que puede determinar que luego vayan cambiando también las conductas y actitudes que constituyen la práctica. Esa evolución, que es compatible con la preservación de la práctica, no necesariamente implica, al contrario de lo que Dworkin sostiene, que las decisiones innovadoras deben ser realizadas de acuerdo a principios que permitan justificar coherentemente las otras acciones o decisiones que constituyen la práctica. Bien puede proponerse un principio incompatible con buena parte de las acciones o decisiones adoptadas hasta ahora sobre la base de que ellas no han captado cuál es la base justificatoria de la práctica. Sin embargo, es cierto que sin algún respeto por conductas y decisiones precedentes constitutivas de la práctica, ésta puede resultar fatalmente socavada. Esta tensión entre producir una evolución de la práctica que la haga progresar hacia formas más perfectas de legitimidad y preservar la práctica no puede resolverse según fórmulas exactas; requiere prudencia y una buena dosis de suerte (medida por el grado de adhesión relativamente unívoca que la nueva reorientación produzca; las reacciones confusas y ambiguas, el escepticismo sobre la capacidad de contención de comportamientos imprevisibles por parte de la práctica y, por supuesto, una caída en la legitimidad subjetiva de esa práctica, son todos signos de fracaso en la tentativa audaz de reorientar la práctica).

Pero, en segundo lugar, es obvio que los principios y procedimientos moralmente válidos son relevantes en el segundo nivel del razonamiento jurídico justificatorio para decidir las inevitables indeterminaciones que, aun una Constitución concebida como práctica o convención, presenta. Estas indeterminaciones permiten, en realidad, un enriquecimiento y evolución de la práctica constitucional hacia formas más aceptables de legitimidad sin riesgo de ruptura, ya que son situaciones

¹⁵ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977, cap. 2.

en que es posible buscar las soluciones axiológicamente preferibles sin enfrentar inconsistencias con implicaciones de la práctica. Aquí también hay una diferencia sustancial con el enfoque de Dworkin: él pretende minimizar los márgenes de opción en la interpretación jurídica sobre la base de adoptar un enfoque según el cual las decisiones pasadas no sólo determinan las soluciones que ellas explícitamente adoptan, sino que también tienen un peso gravitacional excedente sobre casos no explícitamente solucionados, ya que esos casos deben resolverse de acuerdo a principios que permitan justificar también las decisiones pasadas. Ello le permite a Dworkin sostener que no hay una diferencia tajante entre los casos resueltos por el derecho y los no resueltos. Creo que aquí también vale aludir a la tensión entre la preservación y la evolución de la práctica: es cierto que fortalece la práctica existente sobre cierto problema específico, extender el peso gravitacional de decisiones pasadas para solucionar sobre la base del mismo estándar aplicado en ella casos no explícitamente decididos; pero podría acercar la práctica a formas más perfectas de legitimidad, declarar que hay una laguna y resolverla de acuerdo a principios o procedimientos moralmente válidos; esto hasta podría fortalecer la práctica constitucional en su conjunto y elimina una fuente de tensión con exigencias de justicia, que podría llegar a minar la legitimidad subjetiva que la sustenta. Tampoco aquí, en que se trata de marcar los límites externos de la práctica existente con el propósito de lograr una extensión, hay fórmulas precisas.

Este tipo de razonamiento práctico escalonado, de hecho, está presupuesto por Rawls cuando sostiene que sus principios de justicia no se aplican a acciones o decisiones particulares, sino a la estructura básica de la sociedad —sus instituciones fundamentales que reglan las relaciones entre los individuos y de ellos con el poder estatal—. Más explícitamente, este tipo de razonamiento es defendido por Marcus Singer, en su artículo «Ética institucional», cuando sostiene que hay una brecha inferencial entre los juicios morales que se refieren a instituciones y los juicios morales referidos a las acciones constituidas por la institución, de modo que de un juicio sobre la justicia o injusticia de una institución no se infiere, sin el auxilio de premisas adicionales, juicios sobre si alguna acción constituida por la institución debe o no debe realizarse.

Este tipo de razonamiento escalonado no es peculiar del ámbito jurídico. En el ámbito moral ha sido propuesto por el utilitarismo de reglas. Los autores utilitaristas han pretendido mediante él superar las objeciones, frecuentemente levantadas contra su concepción, de que implica soluciones contraintuitivas en casos como la pena (ya que bajo ciertas condiciones permite justificar la punición de un inocente) y de que, sobre todo, es autofrustrante, ya que el intento de actuar de acuerdo al principio de utilidad produce soluciones ainutilitarias. De este modo se ha propuesto que el principio de utilidad no debe aplicarse directamente a actos, sino a reglas generales. Son estas reglas las que deben ser utilizadas para justificar los actos individuales sin acudir al principio de utilidad. Hay una gran diferencia entre quienes adoptan este enfoque según estén pensando en reglas ideales —cuya adopción general produ-

ciría buenos resultados utilitarios y deben ser empleadas para justificar actos aun cuando no hayan sido efectivamente adoptadas— o en reglas realmente vigentes. Esta segunda versión se aproxima al enfoque aquí adoptado, salvo que, en primer lugar, los principios y procedimientos justificatorios de la práctica que aquí se proponen no son de índole utilitaria y, en segundo lugar, como acabamos de ver, esos principios justificatorios son relevantes también en el segundo nivel del razonamiento práctico jurídico, con tal de que no sean incompatibles con los resultados alcanzados en el primer nivel del razonamiento sobre la base de ellos mismos.

También Hare¹⁶ propone una distinción análoga, aunque con diferencias relevantes: él sostiene una especie de división de trabajo en la deliberación moral entre los momentos en que podemos ejercerla con plenitud y en que debemos aplicar el principio de utilidad, y los momentos en que nuestras posibilidades de deliberación son limitadas y debemos basarnos en reglas pragmáticas legitimadas en aquellos momentos de plenitud deliberativa. Esto no es lo que se propone aquí: no se sugiere que hay órganos con mayores posibilidades de deliberación que otros, o que hay ocasiones en que esos órganos pueden profundizar sus deliberaciones hacia el nivel más básico. Los jueces pueden desarrollar simultáneamente los dos niveles del razonamiento práctico jurídico con tal de que respeten la prelación entre ellos, no llegando en el segundo nivel a conclusiones que sean incompatibles con los resultados alcanzados en el primero.

También este tipo de razonamiento práctico escalonado se ejerce en ámbitos ajenos a la moral. Por ejemplo, las razones para practicar un juego o un deporte no son razones que deban alegarse en el desarrollo del juego o el deporte. Si la razón para jugar un cierto juego es, por ejemplo, la diversión que el juego produce, no podemos decidir las movidas del juego sobre la base de cuál de ellas produce más diversión; ello seguramente frustraría la diversión que nos llevó a jugar el juego. Lo mismo si practicamos un deporte para mantenernos en forma físicamente no podemos decidir cada uno de los movimientos que permite el deporte en cuestión de acuerdo a qué es lo que más contribuye a nuestro fortalecimiento físico.

Esta estructura de principios que llevan a la adopción de formas de acción que no pueden basarse directamente en los mismos principios, so pena de frustrarlos, sugiere que es la estructura apropiada para resolver problemas de coordinación del tipo del dilema de los prisioneros. Como se sabe, estas situaciones se producen cuando el esquema de interacción es tal que la acción más apropiada desde el punto de vista del autointerés de cada uno es una que, una vez generalizada, termina frustrando ese autointerés. Una de las salidas de la situación de encierro consiste en actuar de acuerdo a principios morales altruistas y no de acuerdo a estándares de autointerés; paradójicamente, ello puede permitir satisfacer en última instancia tal autointerés. Sin embargo, hay

¹⁶ HARE, *Moral thinking*, Parte I, Oxford, 1981.

una diferencia sustancial entre esta salida y el razonamiento práctico escalonado que se propone para el derecho: los principios morales no pueden ser aceptados por razones de autointerés sin perder su carácter de tales, puesto que el objeto de la moral es precisamente el de limitar el autointerés. En cambio, no hay ese tipo de tensión entre los principios morales que permiten justificar una práctica social frente a sus alternativas realistas, y el razonamiento que para preservar esa práctica debe a veces no tomar en cuenta tales principios morales para justificar acciones o decisiones.

Tanto la acción de los constituyentes como la de los legisladores y jueces, y también la de la población en general en cuanto sigue la orientación de los primeros, puede verse como una acción colectiva. Como dice John Searle¹⁷, las acciones colectivas no son reducibles a acciones individuales, pero ello de ninguna manera implica, como supone Dworkin, la existencia de un sujeto colectivo. Lo que una acción colectiva presupone es una intención colectiva. Ahora bien, esto parecería implicar la necesidad de principios o fines comunes, puesto que sin ellos no puede haber tal intención colectiva, con lo que parece que se justifica, de cualquier modo, la tesis dworkiniana de la integridad como aceptación coherente de principios compartidos. Pero el fin colectivo puede ser un fin muy general como el resolver con justicia los conflictos sociales sobre la base de estándares legítimos. Lo que permite individualizar a la acción colectiva en que consiste la práctica jurídica de cierta sociedad es la referencia intencional de alcanzar ese fin por medio de esa misma práctica colectiva. Este tipo de autorreflexividad es, como vimos, distintivo de toda práctica, a diferencia de las acciones meramente convergentes; pero la referencia a la misma práctica no define necesariamente el fin de la acción colectiva, como ocurre con convenciones que son objetables desde el punto de vista de los presupuestos del discurso moral moderno; ese fin puede estar constituido por principios autónomos y la referencia a la práctica social formar parte de lo que se considera el medio adecuado para satisfacerlos.

La estructura del razonamiento práctico escalonado que se propone aquí para la aplicación constitucional puede ser diferenciada esquemáticamente de sus dos competidores principales, el colectivismo y la proyección del razonamiento para acciones aisladas al plano de la acción colectiva, de la siguiente manera: para el primero, una cierta práctica social, o sea, un cierto complejo de hechos, es la base para inferir principios justificatorios válidos; para la reducción de la acción colectiva a acciones individuales aisladas, las prácticas sociales son sólo relevantes para justificar acciones o decisiones en la medida en que ellas puedan subsumirse en las circunstancias fácticas que, según los principios valorativos básicos, determinan una u otra consecuencia normativa; para la concepción del razonamiento jurídico como escalonado, los principios valorativos básicos sirven para determinar qué prácticas sociales tienen legitimidad, pero una vez que ello queda determinado son tales prácti-

¹⁷ J. SEARLE, *Are there collective actions* (sin publicar).

cas las que determinan qué principios se aplican para justificar acciones y decisiones. De este modo, la concepción que, según creo, permite dar relevancia moral a la Constitución como convención, sin caer en el convencionalismo o en el comunitarismo, adopta una posición intermedia entre los extremos de derivar los principios justificatorios de ciertos hechos, o de descalificar absolutamente a los hechos en la derivación de principios; sólo principios determinados en forma autónoma permiten determinar qué hechos sociales son moralmente relevantes, pero una vez identificados tales hechos permiten inferir principios justificatorios.

Como sugerí antes, esto responde a un tipo de racionalidad «de lo segundo mejor» porque los casos individuales serían mucho mejor resueltos, por definición, si pudiéramos justificar nuestras acciones y decisiones sobre la base de principios valorativos últimos. Pero no podemos hacerlo fuera de una práctica constitucional, y, para preservarla, en lugar de caer en otra o en ninguna, lo que por hipótesis llevaría a peores soluciones, es que debemos conformarnos con justificar nuestras acciones y decisiones de modo compatible con la Constitución que tenemos, aunque tendiendo a su perfeccionamiento.

