

¿EXISTE LA CONSTITUCIÓN? —UN COMENTARIO ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES—

Ricardo CARACCIOLO*

1. Ésta es la cuestión que propongo a debate. Se trata del problema suscitado en filosofía política por el denominado “argumento contramayoritario”, el que, como se sabe, pone en cuestión, en cuanto resultarían incompatibles con la regla democrática de la mayoría legislativa, a los diseños institucionales que incluyan tribunales con competencia para pronunciarse acerca de la conformidad de las leyes con una Constitución. Autores como Vázquez, defienden no sólo la tesis —puesta también en tela de juicio en algunas versiones de ese argumento— según la cual una concepción plausible de la democracia requiere una Constitución rígida que funcione como garantía de una nómina de derechos básicos, a la que denomina, siguiendo a Garzón Valdéz, el “coto vedado” a la intervención legislativa. Sostiene también que la concesión de competencia a jueces especializados —una corte constitucional— encargados de aplicarla constituye, asimismo, una condición necesaria, aunque no suficiente, de semejante concepción.¹ Aunque acuerdo básicamente con esa propuesta central, es notorio que requiere la elucidación de una cuestión previa de alcance más general; esto es, el interrogante acerca de las condiciones de existencia de una Constitución, o sea ¿qué quiere decir que existe una Constitución? Como es claro, la existencia de jueces constitucionales supone la existencia de una Constitución. Mi tarea será comentar brevemente algunas alternativas de respuesta, y el alcance de ese supuesto.

2. Esta discusión importa aquí porque Vázquez, al tomarse en serio el argumento contramayoritario, parece admitir alguna de sus formulaciones, las que, en una cierta lectura, implican una versión del escepticismo acer-

* Universidad de Córdoba.

¹ Vázquez, Rodolfo, “Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria”, 130, UNAM, 2015; Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Normas, Razones y Derechos*, 2011, p. 241.

ca de la posibilidad de la existencia objetiva de una Constitución, lo que, por cierto, sería incompatible con esa propuesta. Así, por ejemplo, J. C. Bayón desestima una tradicional idea destinada a defender el control jurisdiccional de las leyes, de acuerdo con la cual cuando los jueces invalidan leyes democráticamente adoptadas se limitan a imponer la supremacía de la Constitución, y no sus propias *creencias o concepciones* morales o políticas. Esta idea no es convincente —dice Bayón—, porque

...se basa en una concepción *objetivista* de la interpretación constitucional difícilmente sostenible. La idea de que los jueces constitucionales tan sólo hacen valer frente al legislador límites claramente establecidos pasa por alto la “brecha interpretativa” que existe entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican... (cursivas mías).²

3. Ello es así, insiste Bayón, habida cuenta que los textos constitucionales, en especial los que establecen los derechos básicos, se formulan en términos vagos y abstractos, de manera que —de acuerdo con R. Dworkin— su aplicación torna inevitable su lectura moral. Por lo tanto, si no hay forma de recurrir a una reforma constitucional, “...los jueces constitucionales tienen *de facto* la última palabra sobre el contenido de los derechos básicos”³ (cursivas mías). Por supuesto, como lo ha indicado Hart, el carácter definitivo de las decisiones de una corte constitucional no implica su infalibilidad.⁴ Ello significa que los jueces pueden de hecho cometer errores en la aplicación de la Constitución. Pero, se sigue de ese argumento contramayoritario que, habida cuenta que la interpretación plausible de la Constitución, al menos en relación con los derechos básicos no puede ser objetiva, tampoco puede haber un criterio objetivo para evaluar el error de los jueces, un criterio que tendría que depender del contenido de la Constitución. Por lo tanto, tampoco puede haber un límite objetivo a sus decisiones, lo que equivaldría a decir que no existe la Constitución, al menos no existe como garantía de los derechos básicos.⁵ Va

² Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, *1 Discusiones*, p. 69 (2000). No está muy claro cuál el alcance de esta crítica de Bayón. Aunque parece decir que sólo se aplica a los “casos difíciles”, la “brecha interpretativa” tiene que postularse en todos los casos si cualquier aplicación de la Constitución requiere su interpretación. La fórmula escéptica que Bayón presenta a continuación no distingue entre clases de “casos”. De cualquier forma, como resulta del texto, supone que todas las defensas judiciales de derechos básicos conducen a controversias, es decir, a “casos difíciles”. Más adelante se aborda esta distinción.

³ Bayón, Juan Carlos, *Derechos, democracia...*, cit.

⁴ Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 138 y ss.

⁵ Más adelante, voy a discutir brevemente el problema del carácter derrotable de los principios.

de suyo, sin embargo, que un defensor del papel institucional de los jueces de una corte suprema, como es el caso de Vázquez, tiene que suponer la existencia de una Constitución y la posibilidad empírica de su aplicación correcta, en principio, en todos los casos constitucionales.

4. El hecho de que esta “brecha interpretativa” implica también la imposibilidad de imponer legítimamente límites a la actividad legislativa democrática se muestra también⁶ en la discusión de Bayón, a tenor de la cual cuando existe un tribunal constitucional la regla de decisión colectiva no es “...lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos, sino —en la práctica— lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos”.⁷

Esta afirmación no es otra cosa que una versión del escepticismo que se manifiesta en el conocido slogan “la Constitución dice lo que los jueces constitucionales dicen que dice”. Lo que hay que rechazar —según Bayón— no es la regla de la mayoría con límites, sino la competencia de los jueces en su determinación. Sorprendentemente, no advierte que la existencia de límites requiere de hecho la existencia de jueces, porque de lo contrario la regla de decisión colectiva tendría que formularse así: “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que la mayoría entienda que constituye el contenido de los derechos constitucionales”, lo cual supone que, de hecho, no existe límite alguno a las decisiones de la mayoría; esto es, no existe la Constitución, porque si existe una Constitución, no es verdad que esos límites son impuestos por la ideología de los jueces, como tampoco lo es que su imposición resulte de las decisiones legislativas: habría, en cambio, que considerar que semejantes límites son los que resulten del contenido de la Constitución, cualesquiera sean las decisiones erróneas que los jueces adopten en la práctica y las dificultades para identificarlo. Si ello se acepta, habría también que admitir que la jurisdicción constitucional constituye un ingrediente necesario de un diseño que incluya una Constitución rígida, como sostiene Vázquez.

5. Vázquez, al tomarse en serio este argumento contramayoritario, parece asumir también que, habida cuenta que los textos constitucionales en materia de derechos básicos incluyen “conceptos esencialmente controvertidos”, no podría decirse “...que el juez solo se limita a aplicar la ley o la Constitución”. Si ello fuera posible “...la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante”.⁸ Pero

⁶ Si no es posible una interpretación “objetiva” de la Constitución, es difícil saber de qué manera se pueden defender jurídicamente los derechos básicos.

⁷ Bayón, Juan Carlos, *Derechos, democracia...*, cit.

⁸ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *op. cit.*

...si se acepta que la tarea del juez es *sustancialmente valorativa* ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica surge la siguiente pregunta: ¿Quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?⁹ (cursivas mías).

Aunque voy a retornar más adelante a la cuestión de valor que puede estar involucrada en la aplicación de la Constitución, es notorio que este argumento elude la respuesta que habría que formular a este interrogante si se admite su existencia: los juicios de valor relevantes son los incorporados en su contenido con respecto a los cuales los jueces (y también los legisladores) sólo deben cumplir la función de correas de transmisión. Otro asunto es preguntarse si, de hecho, en la práctica de las decisiones de los jueces y de los legisladores se respeta esta exigencia normativa. Es más, la cuestión del activismo judicial tendría que formularse de otra manera, porque si los jueces se limitan a aplicar la Constitución, no puede haber distinción entre jueces conservadores y jueces activistas. Lo que puede suceder es que, o bien la Constitución existente es conservadora, o bien es progresista.

6. En verdad, supuesta la existencia de una Constitución, y habida cuenta de la distinción entre creación y aplicación del derecho, la justificación del procedimiento judicial de revisión de las leyes para evaluar su conformidad con ese básico marco normativo, se sigue de manera no problemática, de otro indudable principio democrático: el requerimiento de separación de poderes o funciones. En palabras de David Brink: "...It is the function of the courts to apply the law, and it is the function of the legislature to make law-subject to certain constitutional limits. Since the Constitution is a law, it is the job of the courts to decide whether the legislature has heeded its constitutional limits".¹⁰

Esto es, de conformidad con ese principio no es aceptable que los legisladores sustituyan a los jueces, como tampoco lo es que los jueces sustituyan a los legisladores en sus respectivas funciones. Cuando los jueces transgreden su competencia, llevan a cabo una revisión ilegítima de las leyes, a la que Brink denomina "non interpretative judicial review"¹¹ (más adelante retorno a esa distinción). Inversamente, cuando la legislatura va más allá de esos límites, promulga leyes inconstitucionales. Ello es así, si existe una Constitución, o lo que equivale a lo mismo, si es posible articular la distin-

⁹ *Idem.*

¹⁰ Brink, David, "Legal Theory, Legal Interpretation and Judicial Review", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17, núm. 2, 1988, p. 136.

¹¹ *Idem.*

ción entre “creación” de la Constitución, lo que compete al legislador constitucional, y su “aplicación” judicial, que le corresponde —en última instancia— a un tribunal constitucional. Lo que precisamente parece resultar del argumento contramayoritario, arriba esbozado, es la tesis según la cual esa distinción no se puede realizar, al menos, en la práctica.¹²

7. La idea de aplicación judicial del derecho —incluyendo a la Constitución— incorporada en la tradición jurídica, da por supuesto, obviamente, la existencia objetiva del derecho, una noción opuesta a la alternativa posible de una existencia subjetiva, entendida como un conjunto de estados mentales, creencias de ciertos individuos; esto es, de aquellos que tengan que aplicarlo. La existencia “subjetiva” de una norma no puede ser otra cosa que la creencia de que ciertas conductas deben ser realizadas de acuerdo con el derecho, por ejemplo, la Constitución (o por lo que aquí importa, de acuerdo con la moral). Por lo tanto, la eventual existencia objetiva del derecho —incluyendo a la Constitución—, implica que ese contenido es independiente de semejantes creencias, y también de los deseos o valoraciones de los jueces que tengan que aplicarlo. Por supuesto, semejante independencia no se puede postular respecto a los “creadores” del derecho que tiene que ser aplicado, porque, precisamente, su existencia constituye una función de semejantes estados mentales, toda vez que el derecho existente en los hechos sólo puede ser un *constructo social*. Se sigue de semejante requerimiento también una hipótesis epistemológica, a saber: que no cabe postular de los jueces —ni de los legisladores ni de ningún otro individuo— algún privilegio epistémico con relación al contenido de la Constitución, bajo el supuesto de que los jueces, ni los legisladores, son sus “creadores”. Esto, en vista de esa independencia, significa —como ya se dijo— que los jueces no son infalibles. Pueden, de hecho, cometer errores.¹³ De la existencia objetiva de una Constitución se sigue, además, que

¹² Como se sabe, esa distinción —como lo indicaba Kelsen— también se puede relativizar, toda vez que la legislatura también determina su competencia para promulgar leyes aplicando la Constitución, a la vez que los jueces, para cumplir su función, tienen que emitir sentencias, *i. e.* “crear” normas individuales. Como es claro, la cuestión de la separación de poderes versa más bien acerca del alcance de las respectivas competencias: a las legislaturas les corresponde emitir normas generales, y no pueden dictar sentencias, *i. e.*, normas individuales, mientras que los jueces sólo pueden dictar sentencias y no “crear” normas generales. Por supuesto, se trata de un modelo normativo, tal como figura en el diseño constitucional. El escepticismo puede ser entendido como la tesis que niega que ese modelo se pueda satisfacer de hecho.

¹³ Por ello, tiene razón Vázquez cuando afirma que no hay ninguna razón para sostener que los jueces constitucionales pueden cometer menos errores que los legisladores (Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *op. cit.*). Pero tampoco —salvo el caso de una democracia

no es posible su aplicación sin llevar a cabo una actividad cognoscitiva; esto es, sin la adopción de creencias, verdaderas o falsas, acerca de su contenido.¹⁴ Los estados mentales de los jueces que acompañan la aplicación de la Constitución no podrían, entonces, consistir solamente en valoraciones, como parece suponer Vázquez, incluso en los supuestos de aplicación de conceptos esencialmente controvertidos.

Adicionalmente, para que sea posible su aplicación judicial, el derecho —incluyendo a la Constitución— tiene que ser determinado, lo que significa que tiene que suministrar respuestas jurídicamente correctas en cualquier caso en el que los jueces tengan que intervenir. Ésta es, por cierto, la tesis principal de Ronald Dworkin, un declarado objetivista, más allá de las relaciones necesarias que postula entre derecho y moral. Semejante exigencia parece seguirse de la objetividad de la Constitución, toda vez que la total indeterminación —la ausencia de toda respuesta— equivale a su inexistencia.¹⁵

8. Dado que esta noción de aplicación del derecho, y también de la Constitución, requiere que las respuestas correctas para los casos individuales se deriven de su contenido, comprende una exigencia adicional con respecto a su naturaleza: tiene que estar conformado con un material que habilite arribar a respuestas concluyentes, las que, en rigor, son las respuestas genuinas. Esto es, tiene que incluir requerimientos de conducta; por ejemplo, normas generales no derrotables. Las normas “derrotables” no permiten semejante derivación de soluciones.¹⁶ Retorno a esta cuestión al

ideal, que no puedo discutir aquí— existe alguna razón para decir que los legisladores empíricos pueden cometer menos errores que los jueces.

¹⁴ Redondo, María Cristina, “Sobre la justificación de la sentencia judicial”, en Redondo, María Cristina *et al.*, *Estado de derecho y decisiones judiciales*, 2009.

¹⁵ Por otra parte, algunos autores, por ejemplo, Brink, identifica “objetividad” con “determinación”, lo que equivale a decir que el derecho no “existe” cuando no existe respuesta correcta. De manera que cuando la Constitución es parcialmente determinada, las soluciones definen el alcance de la Constitución existente (Brink, David, “Legal Interpretation, Objectivity, and Morality”, *Objectivity in Law and Morals* 12 (Brian Leiter ed., 2001). Una idea que voy a discutir más adelante. Pero la total determinación —esto es, la respuesta para *todos* los casos individuales— no constituye un requisito conceptual del derecho, como resulta, por ejemplo, de las tesis de Hart y de Alchourrón y Bulygin, desde distintos puntos de vista —Hart y la “textura abierta” (Hart, Herbert, “The Concept of Law”, Oxford University Press, 1961); Alchourrón y Bulygin y la noción de “laguna” (Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Springer-Verlag, 1971)—. No está claro, al menos para mí, cuál es la idea de Dworkin al respecto, si sostiene que el derecho es necesariamente determinado, o si el derecho no es necesariamente indeterminado. Parece que la segunda alternativa se puede defender de manera generalizada.

¹⁶ Alchourrón, Carlos, “On Law and Logic”, *Ratio Juris*, 1996.

abordar la conocida distinción entre “norma” y “principio” y su vinculación con la cuestión abordada en este trabajo.

9. Es notorio que las condiciones de existencia de una Constitución que hay que discutir dependen de un asunto no abordado hasta aquí, a saber: de una noción de “Constitución”.¹⁷ En primer lugar, si se la identifica con un texto o conjunto de textos, elaborado por ciertos individuos, *i. e.* los “padres” de la Constitución, de acuerdo con ciertas reglas o procedimientos, en un cierto momento de la historia institucional de un país, su existencia objetiva empírica no puede, en general, ponerse en duda.¹⁸ Pero esta idea es totalmente insatisfactoria si lo que importa para caracterizar a un texto “constitucional” es su contenido. Se admite que ese contenido consiste en la formulación de reglas para la organización política de un Estado, mediante la determinación de la competencia de sus órganos de gobierno, básicamente —como indicaba Kelsen— para la “creación” de normas generales. Pero no sólo de normas de este tipo: normalmente, también se regulan las funciones de los miembros del Ejecutivo y de la rama judicial. En última instancia, es la manera en que se habrán de adoptar decisiones colectivas, es decir, imputables al gobierno o al Estado. Lo que importa, sin embargo, es que semejante distribución de poder normativo se sustenta en una cierta ideología o concepción política y moral a largo plazo acerca de cómo debe ser el ideal de una vida comunitaria. En una comunidad democrática —y eso es lo que está en discusión— las competencias del gobierno tendrían que estar limitadas, entonces, de un modo sustancial, de acuerdo con el proyecto político-moral incorporado en la Constitución. Si existen esos límites, no le está permitido avanzar en ámbitos de autonomía personal, ámbitos que configuran los derechos y garantías básicos. De manera que, en rigor, los casos individuales constitucionales tienen que ver todos con cuestiones de competencia, en última instancia: o bien se trata de conflictos interjurisdiccionales, o bien se trata de conflictos en torno a la vulneración de derechos.

10. La existencia objetiva de “reglas” implica la idea según la cual se cuenta objetivamente con criterios generales de corrección con respecto a

¹⁷ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en *Estudios de teoría constitucional*, 2001, pp. 29-43.

¹⁸ Se trata de una identificación común en la vida cotidiana. Por otra parte, es tal vez la única idea de existencia *objetiva* de una Constitución que resulta aceptable para el escepticismo. *Cfr.*, por ejemplo, “I mean that law-giving authorities issue not meanings (rules) but just sentences, whose normative meaning contents —*i. e.*, the expressed rules— are to be detected by means of interpretation” (Guastini, Riccardo, “A Sceptical View on Legal Interpretation”, *Analisi e Diritto*, 141, 2005. Según esta tesis —antes de la interpretación (por los jueces)— no existe ningún significado definido de los textos.

acciones o decisiones de la clase de individuos comprendidos en su alcance, o, lo que es lo mismo, las acciones que pueden, que deben o no deben realizar. Entendida de esta manera, la Constitución no puede ser, entonces, meramente, ciertos “textos”; tiene que ser identificada, más bien, con el contenido de esos textos, es decir, con sus significados. De manera que la existencia objetiva de la Constitución requiere la existencia objetiva de esos significados, cualquiera sea lo que se quiera decir con esta noción de “existencia”, y la “interpretación” de esos textos —al menos en uno de los sentidos de esa esquiva expresión—, tiene que considerarse dirigida al conocimiento de esos significados. Es por ello —como ya se indicó— que la aplicación de una Constitución no puede, entonces, consistir solamente de valoraciones.¹⁹ Por consiguiente, suponer que no se puede interpretar objetivamente la Constitución es lo mismo que suponer que no existe una Constitución asociada al texto constitucional, o bien que es imposible su conocimiento. Ambas son alternativas del escepticismo.

11. En último lugar, se identifica la Constitución —como así también el derecho— con una práctica específica, esto es, como un conjunto de acciones y decisiones llevadas a cabo en un cierto lapso y por ciertos individuos, en lo que aquí interesa, por los jueces constitucionales, pero también por los legisladores u otros miembros del gobierno. En la literatura actual, esta idea parece disfrutar de un cierto consenso generalizado, a partir de los trabajos de Hart y de R. Dworkin. La existencia de una cierta Constitución no podría, entonces, ponerse en duda si es que se la identifica con la ocurrencia de definidos datos empíricos. Sin embargo, la noción de “Constitución”, entendida como conjunto de reglas, tiene, claramente, primacía conceptual, toda vez que la práctica constitucional, en ese sentido, tiene que ser comprendida como una práctica reglada: no se pueden identificar las acciones y decisiones que la constituyen sin referencia a reglas. Esto es, sin referencia a la Constitución. De manera que sólo tendrían que contar para integrarla, aquellas que pueden considerarse resultados de su cumplimiento. Esta idea sirve también para conceder sentido a la pretensión de existencia objetiva de significados: la Constitución, entendida como un conjunto de significados, existe porque se cumple en los hechos de manera generalizada con sus requerimientos.

¹⁹ Redondo, María Cristina, “Sobre la justificación de la sentencia...”, *cit.* Habida cuenta que las valoraciones no constituyen actos cognoscitivos, es decir que los jueces, dado que se enfrentan a problemas prácticos, se limitan en cualquier caso a valorar cuál es la respuesta correcta, significa que no aplican una Constitución preexistente. Más adelante retorno a esta cuestión.

12. Se tienen al menos dos áreas de problemas abiertos y correlacionados a los que hay que suministrar una cierta respuesta, si se sostiene la existencia, en este sentido, de una Constitución: *a)* el problema de la naturaleza de su interpretación, y *b)* el problema del carácter discrecional de las decisiones de los jueces constitucionales. Se trata de cuestiones complejas, y aquí puedo sólo presentar un esquema de discusión. Por cierto, puede haber otros, de los cuales no voy a ocuparme en este trabajo. Con respecto, entonces, al primer problema,²⁰ éste tiene que ver, como ya fue indicado, con las condiciones de posibilidad de una interpretación que se pueda calificar de “objetiva”. Aquí habría que admitir, de manera plausible, que todos los textos constitucionales tienen incorporado un significado en todas sus cláusulas desde el momento en que son promulgados, al menos, porque son el resultado de actos intencionales, con respecto a los cuales el lenguaje constituye la herramienta necesaria de comunicación con los destinatarios de la Constitución. De otra manera, habrían realizado acciones sin sentido. Entonces, parece que la respuesta a la cuestión de si su interpretación puede ser objetiva depende a su vez de una tesis semántica relativa a la naturaleza del contenido conceptual, *e. i.*, del significado de los textos en los que se formula. Como es obvio, no puedo aquí incursionar en el tema de manera exhaustiva, pero voy en lo que sigue a presentar tres opciones disponibles en la literatura: en la primera, la interpretación *jurídica* correcta puede ser objetiva sólo de manera parcial; en la segunda, es posible en todo caso arribar a una interpretación objetiva en el derecho; en la última —el escepticismo radical—, todas las interpretaciones de los textos sólo pueden ser subjetivas, o lo que equivale a lo mismo, no existen respuestas objetivamente correctas.

13. Si se entiende que los lenguajes empíricos son el resultado de un proceso histórico de asignación de significado, entonces se puede decir que los textos formulados en ese lenguaje significan lo que significan por convención, en el sentido según el cual los conceptos e ideas utilizados que se expresan en ese lenguaje podrían haber sido otros si la práctica de uso hubiera sido otra. El acuerdo de sus usuarios, esto es, de los miembros de la respectiva comunidad lingüística, marca el límite de lo que se puede expresar con sentido o, dicho de otra manera, determina los ámbitos en los que esos conceptos —y las expresiones que los utilizan— se aplican; esto es, de-

²⁰ Se trata de la conocida polémica acerca de la cuestión de saber si la “interpretación” de textos consiste en descubrir significados o en asignar significados. La presentación de ambas como alternativas excluyentes no advierte que la expresión en cuestión puede, a su vez, tener varios sentidos. La cuestión es aquí si al menos existe o es posible una alternativa cognoscitiva.

finen sus denotaciones.²¹ Así, si la expresión “prohibidas las penas crueles e inusuales” aparece en un texto constitucional, es ese consenso semántico acerca de la noción de “crueldad” o de la idea de “inusual” el que determina el alcance de semejante prohibición. Como se sabe, esta idea conduce al fenómeno de la vaguedad inescapable de las expresiones generales de los lenguajes no formalizados; a situaciones en las que no hay acuerdo entre los usuarios con relación a la aplicación correcta de un concepto. Es decir, se arriba entonces a una situación de incertidumbre con relación a esa cuestión. Es, por supuesto, Hart el que extrapola la discusión de este rasgo al ámbito del derecho.

14. Si se acepta esta versión convencionalista, se tienen dos consecuencias, que hay que indicar. El “acuerdo” o práctica de uso, con respecto al lenguaje en el que se expresan las reglas determina cuáles son los criterios de corrección con relación a cierta clase de casos —los denominados casos “fáciles”—; en contraposición, la ausencia de acuerdo en ciertos supuestos, esto es, los casos “difíciles” (los casos de la “zona de penumbra”²² a tenor de la conocida metáfora), implican la ausencia de soluciones *jurídicas*.²³ Por lo demás, las controversias o desacuerdos acerca de cuál es la solución correcta, esto es, la incertidumbre acerca de esa pregunta, constituyen aquí indicadores de la indeterminación del derecho, por ejemplo, de la Constitución; por lo tanto, habrá supuestos de conflictos constitucionales²⁴ que carecen de solución. Así, mientras puede arribarse a su interpretación objetiva en los casos constitucionales fáciles, ello no es posible en los casos difíciles, sencillamente, porque no existe a su respecto la “Constitución”. Si ello se acepta, el conjunto de casos “fáciles” marca el límite objetivo de su existencia. Por

²¹ A veces, el escepticismo toma en cuenta a la ambigüedad como un dato que vendría a mostrar la imposibilidad de respuestas objetivamente correctas. Sin embargo, las alternativas posibles —el marco al que aludía Kelsen— también dependen de la convención lingüística —un dato objetivo—, y no de una elección subjetiva. La ambigüedad, que no se puede eliminar contextualmente, sólo muestra que cada opción es compatible con la Constitución y que, por lo tanto, los jueces están facultados a elegirla.

²² Es posible sostener —como lo hace Vázquez— que las directivas o reglas constitucionales se expresan mediante conceptos esencialmente controvertidos; por ejemplo, el concepto de “pena cruel”, de manera que se puede afirmar —a tenor de la distinción entre “concepto” y “concepción”— los desacuerdos constitucionales tienen que versar acerca de cuál es la concepción correcta. Pero si “correcto” quiere decir “incorporada” a la Constitución, la indeterminación es inevitable, si se sostiene que su contenido sólo se expresa mediante conceptos y se acepta que sólo de los conceptos controvertidos no se sigue, por ejemplo, cuáles son las “penas crueles”.

²³ Pero no necesariamente de una solución moral.

²⁴ Son los que resultan, de acuerdo con Hart, de la “textura abierta” de la regla de reconocimiento —Hart, Herbert, *The Concept...*, *cit.*

consigniente, también en la versión convencionalista, y contrariamente a lo que se afirma en la cita de Bayón, si existe la Constitución siempre es posible su interpretación objetiva, e inversamente, si es posible su interpretación objetiva entonces existe la Constitución.

15. Puede parecer inadmisibles pensar que cualquier controversia constitucional equivale a su inexistencia. En vista de ello, la posibilidad de respuesta en todos los casos constitucionales, esto es, la posibilidad de la *determinación* total, puede defenderse si se adopta otra versión acerca de la naturaleza del lenguaje y de los conceptos incorporados en una Constitución, una versión que puede denominarse objetivista, y que traslada al espacio jurídico la actual teoría semántica relativa a los conceptos de clase natural.²⁵ David Brink²⁶ es un excelente exponente de esta alternativa. En lo que aquí interesa, la idea central es la distinción entre las creencias de los usuarios del lenguaje acerca de la extensión de un concepto y su *real* denotación o alcance. Cualesquiera que sean las creencias acerca de la aplicación de un concepto, la corrección de su uso depende de los datos del mundo, es decir, de hechos. Así como la aplicación correcta de la noción de “agua”, por ejemplo, está determinada por el hecho de que agua es H₂O, el uso correcto del concepto de “pena cruel” está determinado por el hecho de que ciertas penas son efectivamente “cruces”; esto es, por rasgos objetivos de ciertas acciones. La convención juega un papel en punto a la elección de los textos, *i. e.*, el lenguaje que se utiliza, pero no en cuanto a la referencia de los conceptos. Entonces, las controversias o desacuerdos acerca de ese uso, es decir, la incertidumbre acerca de la solución correcta en un caso, no implican en modo alguno indeterminación.²⁷ Sólo se sigue que algunas creencias de los hablantes son falsas, mientras que otras pueden ser verdaderas, con relación al rango de aplicación de las reglas. Si se tiene en cuenta en este contexto objetivista la distinción entre “concepto” y “concepción”, una discusión en torno a la aplicación de un concepto “controvertido” tiene que ser comprendida, entonces, como un debate epistémico acerca de cuál es la concepción incorporada en la Constitución.²⁸ El concepto sólo constituye el punto de partida de semejante discusión. Porque

²⁵ Putnam, Hilary, “Meaning and Reference”, *The Journal of Philosophy*, 1973.

²⁶ Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*; Brink, David, “Legal Theory...”, *op. cit.*

²⁷ Esta versión de la “interpretación tampoco implica que el derecho —incluyendo a la Constitución— es necesariamente determinado —*cf.* Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*—, pero sí que la ausencia de soluciones no depende de la vaguedad del lenguaje, la que también tiene que ser comprendida como un déficit epistémico.

²⁸ A la que creo que, de manera equivalente, Brink denomina “the abstract intent” de la Constitución —Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*—. Ello significa también

suponer que todas las concepciones del concepto son admisibles, equivale a dejar librada la elección a los jueces constitucionales, o, lo que es lo mismo, a suponer que no existe, previamente, una Constitución.

16. De manera que la interpretación es aquí una actividad dirigida al conocimiento de la Constitución y si es correcta, es la interpretación objetiva del texto constitucional. Por lo tanto, los jueces constitucionales aciertan en sus decisiones cuando sus creencias son verdaderas, lo que le permite a Brink distinguir entre una legítima revisión de la legislación sustentada en la interpretación de la Constitución (*interpretative review*), de una ilegítima, derivada de la ideología de los jueces (*non-interpretative review*).²⁹ La práctica de aplicación de la Constitución —al igual que la práctica de la ciencia— puede así concebirse como un proceso que se extiende a la largo del tiempo, en la que sucesivos jueces procuran corregir los errores del pasado y conservar los aciertos. Es decir, como un progreso. Desde este punto de vista, un precedente novedoso, o uno que procura modificar el sentido de decisiones del pasado, no conduce —o al menos, no necesariamente— a una modificación de la Constitución, es decir, a una que implique una revisión ilegítima de las leyes. Esto supone, claramente, que la Constitución originaria no se altera en su identidad en el transcurso de la práctica de su aplicación, o, lo que significa lo mismo, que las decisiones de los jueces son irrelevantes para determinar su contenido.³⁰ Parece claro que esta concepción de la interpretación de una Constitución, o alguna semejante, suministra un trasfondo filosófico más que adecuado para defender la función de los jueces constitucionales, toda vez que ofrece las herramientas para postular su existencia objetiva, en cualquiera de sus aplicaciones, incluyendo conflictos de derechos.

17. En contraposición, otra tesis filosófica, una que sirva para postular la inexistencia de cualquier interpretación objetiva, tiene que oponerse no sólo a la que sostienen autores como Brink, sino a la versión convencionalista que admite la determinación parcial del derecho, toda vez que esta última no elimina del todo una alternativa objetivista. La cuestión, creo

—según Brink— que el análisis semántico, no agota lo que es preciso realizar para interpretar la Constitución —Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*—.

²⁹ Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*

³⁰ La concepción de Brink es más compleja que la exposición que aquí se ofrece. En especial, como ya se indicó en la nota anterior, porque sostiene que el análisis del lenguaje no agota lo que puede denominarse “interpretación objetiva de la Constitución”, dado que se trata de un producto de actos intencionales que se requiere alcanzar para resolver situaciones de incertidumbre o desacuerdo, es la determinación cognoscitiva de cuál ha sido la intención “abstracta” de sus autores, intención que no se identifica con estados mentales —Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*—.

que, conduce al escepticismo, y requiere ser tomada en serio. Se trata de la propia noción de “regla” y las condiciones de existencia de reglas, una provocada por la concepción wittgensteniana del lenguaje. Porque sólo cuando se identifican criterios de corrección, en lo que aquí interesa, de decisiones judiciales, se puede decir con sentido que los jueces siguen reglas. Pero, en los contextos de discusión acerca de la aplicación de una regla por un juez, surge necesariamente la pregunta acerca de cuál es la que se ha procurado seguir, al adoptar una decisión para suministrar una solución a un conflicto judicial. Sin una respuesta a este interrogante, no se puede saber si la decisión es o no correcta. Y tampoco si la regla en cuestión es la que se debe seguir. Si la respuesta es, a la manera de Wittgenstein, que la regla se muestra en la decisión, parece que no se la puede identificar de antemano. Entonces, si ello se extiende a todas las decisiones, habría que concluir que es la práctica de los jueces —esto es, el conjunto de sus decisiones— la que determina cuáles son las reglas que se siguen, y no a la inversa, lo que conduce a una especie de razonamiento circular: la práctica de los jueces es la determinada por las reglas del derecho; por ejemplo, la Constitución, las que a su vez son las reglas del derecho, *v. g.* la Constitución, porque son las que se siguen en la práctica. Se trata exactamente lo que resulta de la cita de Bayón: serían las decisiones de los jueces, su ideología circunstancial, las que vendrían a determinar el contenido de una Constitución y, en especial, de los derechos básicos. No se advierte, sin embargo, que al mismo resultado se llega si son los legisladores los que se encargan de determinar ese contenido.

18. Este argumento del escepticismo —como se sabe— se sustenta en que cada caso particular —que conforma el material sometido al conocimiento de un juez— puede ser defendido como uno de aplicación de una definida regla, *v. g.* de una incorporada en la Constitución, o como uno en el que la regla es inaplicable, toda vez que su significado depende, a su vez, de las reglas del lenguaje, de reglas que no son formuladas.³¹ Como cada caso particular es, por definición, distinto a los otros, siempre es posible decir que la diferencia es relevante para la regla aplicada, o que es irrelevante.³² Nin-

³¹ Es por ello que el recurso a la idea de “convención implícita” que se ha utilizado para explicar la manera en que se podrían resolver los desacuerdos de interpretación parece que no sirve para ello, porque es precisamente el hecho de que las reglas son implícitas, el que conduce al problema del seguimiento de reglas en la filosofía de Wittgenstein y, de esta manera —si se la acepta—, a la indeterminación.

³² En el modelo de reconstrucción de sistemas normativos propuesto por Alchourrón y Bulygin —Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems* (Springer-Verlag, 1971)—, la relevancia, en efecto, es una función del contenido de las normas del sistema. Por eso, supone un material lingüístico ya interpretado, independientemente de que la in-

guna “interpretación” de las reglas puede resolver el desacuerdo, porque, de acuerdo con el conocido *dictum* de Wittgenstein, ninguna interpretación determina el significado, porque para ello habría que saber, de manera independiente, que la interpretación es correcta, y ello es precisamente lo que no se puede determinar en un metalenguaje.³³ Se sigue, si se acepta esta concepción, que el problema consiste en que no existe criterio objetivo para distinguir los casos “fáciles” de los casos “difíciles”, y, por lo tanto, el lenguaje usado en los textos es básicamente indeterminado en lo relativo a su aplicación. Como se sabe, este problema conduce a negar la posibilidad de existencia objetiva de reglas, o normas generales, incluyendo a las supuestamente incorporadas en la Constitución. Más adelante voy a retornar a este problema; pero es claro que constituye uno al que hay que dar respuesta si se quiere defender la existencia objetiva de una Constitución.

19. También, y asociado con semejante escepticismo, se tiene el segundo problema, que tiene que ver con la naturaleza de las decisiones judiciales: ¿son discrecionales las decisiones de los jueces y, en especial, las de los jueces constitucionales? La respuesta, como es claro, depende de lo que se entienda por decisión discrecional. Como indicaba Hart, la discrecionalidad de los jueces —y la de otros funcionarios— comienza a operar cuando no existen reglas generales claras que indiquen cuál es el resultado óptimo en una situación en la que hay que optar entre alternativas en conflicto. Es decir, cuando hay que enfrentar una cuestión práctica acerca de lo que se debe hacer. Por lo tanto, cuando hay que actuar según a los propios criterios de evaluación de las circunstancias relevantes y acerca de cuál es la respuesta correcta.³⁴ Es decir, el resultado es aquí producto de una valoración del actor, que no supone arbitrariedad. Es notorio, entonces, que en los supuestos en los que la Constitución es indeterminada, el juez sólo puede actuar discrecionalmente, esto es —como lo indicaba Hart—, al margen del derecho.³⁵ Y desde el punto de vista empírico, necesariamente es así si no existe la Constitución, si es que su lenguaje es esencialmente indeterminado.

20. Pero sustentar el escepticismo en la tesis que afirma que todas las decisiones de los jueces son discrecionales, es un recurso relativamente independiente de la concepción que se tenga del lenguaje de la Constitución, aun cuando es lo que se sigue si la indeterminación es radical. Sin embargo,

interpretación sea “objetiva” o “subjctiva”, es decir, semejante modelo no abre ninguna clase de juicio sobre la cuestión que se aborda en este trabajo.

³³ Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, UNAM, 1988, pp. 199-201.

³⁴ Hart, Herbert, “Discretion”, 127, *Harvard Law Review*, 2013.

³⁵ Lo que no significa necesariamente actuar al margen de la moral.

cabe preguntarse si se trata de una tesis empírica o conceptual. Uno puede formular la idea general de la siguiente manera: *a)* toda supuesta aplicación de una Constitución, o de cualquier otra norma general, consiste en realizar una elección, esto es, en adoptar una decisión en el dominio de la práctica, incluyendo su remota aplicación originaria; *b)* para resolver una cuestión práctica —arribar a una respuesta correcta— es necesario, y suficiente, efectuar *una valoración*; *c)* por lo tanto, si es necesario interpretar la Constitución para aplicarla, semejante interpretación tiene que resultar, necesariamente, de juicios de valor; la dimensión epistémica del acto interpretativo o bien es inexistente, o bien es irrelevante,³⁶ y *d)* como no existen juicios de valor objetivos, las decisiones de los jueces sólo pueden ser discrecionales; esto es, sustentadas en sus propios criterios de evaluación. Se sigue que decir que se aplica la Constitución es sólo una manera de hablar. Recuérdesse que una idea semejante parece invocar Vázquez al sostener la naturaleza valorativa de la interpretación de la Constitución (¿de cualquier “interpretación” judicial?), en tanto afirmación atendible del argumento contramayoritario.

21. Por consiguiente, en este esquema, no hay espacio para plantearse la cuestión de saber cuál es la Constitución objetivamente existente en un cierto tiempo, porque la respuesta requiere actos de conocimiento; esto es, una descripción verdadera de su contenido, y todas las interpretaciones de los jueces, como resultado de un juicio de valor, sólo pueden ser adjudicaciones de significado a los textos constitucionales, y no pueden ser verdaderas ni falsas.³⁷ Por cierto, como el propio Guastini señala, se pueden describir las asignaciones de sentido que resultan de las decisiones de los jueces,³⁸ pero ello no equivale, en modo alguno, a describir la Constitución, porque para ello habría que admitir que, efectivamente, algunas de aquellas interpretaciones son verdaderas o que algunos juicios de valor son objetivos. Presentada de esta manera la tesis en cuestión, se asemeja a un postulado conceptual, porque de acuerdo con ella, parece que habría que concluir que las decisiones de los jueces son necesariamente discrecionales, sencillamente porque pertenecen al dominio de la práctica.

³⁶ Dice, por ejemplo, Guastini: “...As a consequence, any interpretative decision —i. e. any act of interpretation accomplished by subjects, such as judges, who apply the law— supposes a choice between competing possibilities. This amounts to saying that interpretation is not an act of knowledge but rather an «act of will», which always implies *discretion*” (cursiva mía) —Guastini, Riccardo, *A Sceptical View...*, *op. cit.*—.

³⁷ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto...”, *op. cit.*; Guastini, Riccardo, “A Realistic View on Law and Legal Cognition”, 27, *Revis. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2015.

³⁸ Guastini, Riccardo, “A Realistic View...”, *op. cit.*

22. Sin embargo, en el escepticismo “realista” se confunden dimensiones empíricas y conceptuales, que es preciso diferenciar. Habida cuenta que la decisión discrecional consiste en arribar a un resultado con sustento en los propios juicios de valor, cualquier juez puede, de hecho, actuar discrecionalmente. Ello así, porque son *agentes*, y en tanto tales tienen, por definición de lo que es un “agente”, la capacidad de elegir sus propias acciones. La “discreción” de los jueces es así inescapable, y ninguna norma la puede eliminar porque se sigue del concepto de “agente”. Pero hay que advertir que cuando existen normas, *v. g.* una Constitución, de las que los jueces son destinatarios, se tienen dos tipos de juicios de valor involucrados, esto es, dos valoraciones o, si se quiere, dos clases *posibles* de decisión discrecional. En la primera, el juez tiene que elegir entre la opción de usar las normas, *v. g.* la Constitución, para arribar a una respuesta acerca de la solución normativa que va a incorporar en la sentencia a emitir, o no usarlas, es decir, decidir si va a actuar o no al margen del derecho.³⁹ De acuerdo con la idea de decisión discrecional, su elección aquí también tiene que estar determinada por una valoración, esto es, por un juicio de valor. Pero es claro que si decide aplicar el derecho, *v. g.* la Constitución, es necesario conocer su contenido, y si ello significa interpretarla, su interpretación tiene que resultar de un acto cognoscitivo. Por lo tanto, si elige esta opción, la respuesta al litigio sometido a la decisión judicial está determinada por el derecho, aunque también sería correcto decir que las decisiones de los jueces son siempre producto de una valoración. Pero esta clase o tipo de “decisión discrecional” da por supuesto, obviamente, la existencia objetiva del derecho, *v. g.* de la Constitución. Por consiguiente, esta clase de decisión discrecional no sirve como argumento a favor del escepticismo.

23. En el segundo tipo de “decisión discrecional” el juez elige directamente sin intermediación alguna, y de acuerdo con sus propios criterios subjetivos de valoración, la respuesta que considera correcta para la controversia que tiene que resolver. Ninguna regla está involucrada aquí en su decisión, incluyendo a las reglas de una Constitución. Si la decisión es de este tipo, entonces, de nuevo, la “interpretación” de un texto sólo puede ser una asignación de sentido, encubierta en la invocación al “derecho” para avalar una elección subjetiva. Si ello fuera así, entonces, también la calificación de un caso como “fácil” o “difícil” sería un mero artilugio retórico, tendiente a encubrir un juicio de valor⁴⁰ (*cf.* Guastini, 2015). Es decir, sólo vendrían a

³⁹ Por supuesto, aquí la elección se realiza entre las alternativas de obedecer o no obedecer al derecho, por ejemplo, a la Constitución. Lo que es equivalente a preguntarse si es, o no, correcta su aplicación.

⁴⁰ Guastini, Riccardo, “A Realistic View...”, *op. cit.*

existir en la práctica, entonces, valoraciones de los jueces. Pero pienso que es un error inferir sólo de esta alternativa de entender la idea de discrecionalidad judicial, la inexistencia del derecho, *v. g.* de la Constitución. Porque decir que los jueces siempre deciden discrecionalmente en este sentido, es aquí una afirmación sobre los hechos, es decir, suscita una cuestión empírica distinta, aunque relacionada con la existencia de una Constitución. Semejante afirmación general tendría, entonces, que ser corroborada de otra manera. Si la Constitución no existe, es por cierto verdad que las decisiones judiciales sólo pueden, de hecho, ser discrecionales.⁴¹ Pero no se trata aquí de una cuestión conceptual. Inversamente, si la Constitución existe, tiene que ser falso que todas las decisiones son producto de elecciones ideológicas y subjetivas. Porque una Constitución existe en los hechos solamente si existe la práctica de su aplicación, esto es, si al menos algunas de las decisiones de los jueces constitucionales no son discrecionales en este sentido, o lo que es lo mismo, si siguen las reglas constitucionales.

24. Pero es posible insistir en afirmar que las decisiones de los jueces, al menos en los casos difíciles, sólo pueden ser discrecionales, sin admitir por ello la indeterminación del derecho. Ello vale especialmente, como lo señala Vázquez, de acuerdo con Dworkin, para los supuestos de conflictos de derechos básicos, en los que hay que arribar a la solución correcta, prevista en la Constitución. Porque para ello hay que ponderar los principios de moralidad política,⁴² o, en otros términos, equivalentes, hay que efectuar un balance —una suerte de equilibrio con relación al requerimiento de respeto a la Constitución— entre los derechos involucrados, cada uno de los cuales depende de un principio constitucional. Aquí, la evaluación incorporada en la idea de “decisión discrecional” equivale a un ejercicio de discernimiento —dice Dworkin, postulando una metáfora— que tiende a determinar el *peso* relativo de cada principio en cada caso particular.⁴³ Esto significa que no existe de antemano una solución concluyente al conflicto que pueda ser alcanzada mediante una aplicación mecánica del derecho, una visión que

⁴¹ Por supuesto, “discrecionales” con respecto al derecho o la Constitución, pero la idea de que, entonces, los jueces recurren a sus propios criterios de valoración, comprende el caso en el que deciden de acuerdo con sus propias creencias morales, lo que se encuentra implícito en la tesis según la cual en los casos de desacuerdos hay que recurrir a una lectura “moral” de la Constitución. La que, en cierta lectura, quiere decir que hay que aplicar directamente la moral. La cuestión de la diversidad de sentidos en los que una decisión puede ser “discrecional”, aquí se reproduce en una dimensión de la metaética, porque si la moral es objetiva, algunas de esas creencias serán verdaderas y otras falsas. Así, la tesis de que no hay parámetros externos de corrección *supone* una versión relativista o subjetivista de la moral.

⁴² Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *op. cit.*

⁴³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, 1984.

atribuye al tipo de “positivismo” que lo concibe únicamente en términos de reglas. Creo que hay que admitir una cierta manera de pensar la naturaleza del derecho, que constituye el supuesto que fundamenta esta distinción entre “reglas” y “principios”. Para dar cuenta de esta idea, se puede recurrir a otra metáfora: el material jurídico en que consiste, *v. g.* una Constitución, puede ser pensado como un conjunto de herramientas que hay que utilizar en cada ocasión particular que requiere una solución jurídica. Se trata de una compleja tarea de construcción intelectual, en especial, porque el uso de las herramientas —al igual que la wittgensteniana idea de “juego de lenguaje”— permite alternativas diversas de combinación, y no hay evidencia inmediata acerca de cuál conduce a la respuesta correcta, si es que la hay).⁴⁴ Las herramientas básicas, en la teoría de Dworkin, son los principios.

25. Se puede estar de acuerdo con una propuesta de este tipo, pero para conservar la idea de que resulta compatible con la determinación del derecho, *i. e.* una Constitución, esto es, con su existencia objetiva, hay al menos tres observaciones que formular. En primer lugar, de acuerdo con Dworkin, las reglas habilitan la derivación de soluciones concluyentes, mientras los principios sólo son *prima facie*, es decir, son derrotables y, por tanto, inaplicables en forma inmediata. De su contenido no se sigue solución alguna. Esto es, precisamente, lo que permite en caso de conflictos entre derechos, evitar el colapso de reconocer la inconsistencia básica de la Constitución. Pero para resolver el conflicto entre principios, los jueces no tienen otra manera que decir que, en las definidas circunstancias del caso, el derecho D prevalece sobre el derecho D1; esto es, que el principio P tiene más *peso* que el principio P1, y generalizar la solución a las circunstancias, *i. e.* hay que formular una regla, si es que se proponen aplicar la Constitución. Entendida de esta manera, la “decisión discrecional”, o, si se quiere, el “balance” entre principios, no consiste en otra cosa que el resultado de una actividad epistémica, *i. e.* una dirigida a conocer cuáles son las reglas incorporadas en la Constitución. La alternativa de no generalizar la solución a otros casos semejantes no es admisible para los que sostienen la existencia de una Constitución, porque supone que la solución correcta es particularista y que, por lo tanto, no se deriva —y no puede derivarse— de la Constitución.

26. En segundo lugar, y por la misma razón, el *peso* de un principio P no puede ser relativo a un caso C: hay que admitir que lo conservan en

⁴⁴ Esta es una razón para poner en cuestión la distinción entre clases de casos. Un caso aparentemente fácil, porque hay acuerdo previo acerca de la solución, puede tornarse difícil si se discute la combinación del material efectuada por el juez, esto es, el sistema particular que propone para fundamentar su decisión.

todos los de la clase a la que pertenece C, esto es, en las circunstancias previstas en la regla que el juez, finalmente aplica. Por último, el *peso* no puede ser concebido en términos subjetivistas, porque ello tendría que conducir a afirmar que lo único que existen son juicios subjetivos de valor, y que las decisiones de los jueces son directamente discrecionales. Lo que hay que postular, entonces, es la noción de un *peso* objetivo, avalado por el contenido de la Constitución.

27. Finalmente, para culminar el análisis precedente, habría que proponer un intento de reconstrucción conceptual acerca de lo que se quiere decir cuando se afirma que existe una Constitución en un cierto espacio y un cierto tiempo, lo que parece requerir, a su vez, un criterio para identificar el contenido de la Constitución existente. En vista de los problemas que suscita este interrogante, esta tarea es notoriamente compleja. Pero, de nuevo, aquí es preciso distinguir esta pregunta de un modelo normativo que procure determinar cuál debe ese contenido, o, lo que es equivalente, cuál es la Constitución que debería existir. Porque los jueces constitucionales —a tenor de esta propuesta— aplican la Constitución en el tiempo T si y sólo si, siguen la Constitución existente en el tiempo T-1; esto es, si siguen la práctica.⁴⁵

28. Entonces, habría que admitir que la propuesta objetivista de la interpretación no parece útil para esta reconstrucción, porque implica que el conjunto de las decisiones de los jueces, aun cuando se asuman de manera compartida durante un lapso prolongado, es irrelevante para determinar ese contenido. Esto es, el contenido de la Constitución sería así independiente de la práctica: su identidad tendría que considerarse definida por el aparato conceptual originario que resulta del lenguaje utilizado por los *padres* de la Constitución, incluyendo sus concepciones morales. Es por cierto correcto decir que las primeras decisiones de los jueces —el punto de partida de una práctica— sólo pueden aplicar la Constitución definida de esta manera. Pero de ello no se sigue que la que aplican permanezca inalterada a lo largo del tiempo, lo que, por cierto, se trata de una cuestión empírica. Ello parece depender de la subsistencia de una cierta cultura política. Pero puede suceder de hecho, a lo largo de la historia de una comunidad, que los jueces alteren —de nuevo de manera conjunta— aquellos significados, de modo que se pueda decir con sentido que se modifica la práctica, o, lo que es equivalente, que los jueces siguen otras reglas, es decir, otra Constitución. La concepción objetivista no puede dar cuenta de esta situación, porque a

⁴⁵ Creo que esta idea corresponde a la de concebir al derecho como “integridad”, defendida por Dworkin.

pesar de semejante alteración, los cambios tendrían que contar como errores de los jueces.

29. Por lo demás, tampoco se puede reconstruir esa noción desde la perspectiva del escepticismo. También aquí la práctica de los jueces resulta irrelevante para establecer la existencia empírica de una Constitución. Sencillamente, porque de acuerdo con ella, el conjunto de decisiones de los jueces no pueden considerarse una práctica de seguimiento de reglas. Ello, habida cuenta que no existen las reglas, si es que las reglas —como tiene que ser el caso— suministran criterios de corrección de las sentencias, lo que equivaldría a decir que algunas interpretaciones de los textos de la Constitución son verdaderas en cuanto dependen del conocimiento de las reglas, y otras falsas. Una conclusión vedada, por definición, por el escepticismo, porque de acuerdo con esta concepción no existen semejantes criterios objetivos. Ello no significa la imposibilidad de acuerdo generalizado en la comunidad de los jueces constitucionales en punto a la asignación de un cierto contenido a esos textos, pero semejante circunstancia tendría que explicarse por la existencia de una ideología compartida por los individuos que componen circunstancialmente el tribunal constitucional.⁴⁶

30. Parece entonces que, para dar cuenta de la idea de existencia de una Constitución en términos de la práctica de los jueces, hay que recurrir a alguna versión del convencionalismo con relación a la asignación de significado. Si fuera así, la propuesta hartiana del concepto de regla de reconocimiento debería entenderse en un sentido sustantivo con respecto al contenido de una Constitución, y no, meramente, como una convención relativa a las fuentes formales del derecho. Sin embargo, habida cuenta de la complejidad del problema que provoca la pregunta acerca de la extensión de los conceptos involucrados en los textos constitucionales, es ciertamente un error identificar el desacuerdo o controversia acerca de la respuesta correcta en un caso o una clase de casos como un indicador de la indeterminación de la Constitución. Todos los jueces se enfrentan a la cuestión de saber si el caso particular en el que tienen que actuar está o no incluido en las cláusulas generales de la Constitución, y la respuesta puede ser más o menos difícil, pero la dificultad no parece que pueda identificarse, sin más, con ausencia de respuesta. Puede ser, además, que en la búsqueda de semejante solución a un conflicto se tenga que recurrir a una “lectura moral” de la Constitución, porque se sustenta —como ha insistido Dworkin— en

⁴⁶ Lo que habilita a conceder sentido a una eventual discusión acerca de si los jueces deben ser progresistas o conservadores, esto es, una controversia política suscitada al margen del contenido de una Constitución.

una cierta concepción político-moral. Pero la posibilidad de este recurso implica, precisamente, la posibilidad de una interpretación objetiva, y no a la inversa, como podría suponerse si se cree que todos los juicios de valor son subjetivos. Ello es así, si se admite que la “moral” aquí se refiere a la incorporada de hecho en la Constitución. Es decir, a la Constitución que los jueces siguen de hecho, en las decisiones que constituyen la práctica. Por lo tanto, no se puede excluir que, a pesar de su acuerdo con la Constitución, semejantes decisiones tengan que ser calificadas de inmorales desde algún punto de vista externo a la práctica constitucional, como lo reconoce también un objetivista como Brink.⁴⁷

31. Es indudable que esta noción de “existencia” de una Constitución, esto es, una que depende de la práctica, pone en cuestión la postulada objetividad de la Constitución, toda vez que su contenido no es independiente de las decisiones de los jueces. Sin embargo, es verdad que se trata de la Constitución “vigente” en el sentido de A. Ross, o la Constitución “eficaz”, en el sentido de Kelsen, relativa a un cierto momento histórico. Así, su existencia es un dato empírico que es independiente de la decisión de cada juez individual, con respecto a la cual es efectivamente un criterio de corrección. Por lo tanto, es mínimamente objetiva, en el sentido de que ninguna decisión individual puede modificarla. Alguien que defienda la función institucional de los jueces constitucionales tiene que aceptar, al menos, esta noción de existencia de una Constitución.

⁴⁷ Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.* Así puede pensarse el caso de la pena de muerte: todas las ejecuciones son penas “cruelas” desde un punto de vista moral, a pesar de las decisiones de una práctica judicial que niega que ese castigo esté incluido en la extensión del concepto de “crueldad”.