

¿CUÁL ES EXACTAMENTE EL PROBLEMA CON LA SUPREMACÍA JUDICIAL? ESTADO DE DERECHO, LEGITIMACIÓN MORAL Y LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL*

KENNETH EINAR HIMMA**
ANDRÉS BOTERO BERNAL (TRADUCTOR)

Presentado: marzo 5 de 2015 – Aprobado: mayo 8 de 2015

Resumen

Este trabajo se ocupa de la cuestión de si la supremacía judicial, según el modelo estadounidense, satisface las normas de moralidad política que caen bajo la rúbrica del “Estado de Derecho” (en adelante, *EdD*). Hay una serie de preguntas que se plantean al respecto, las cuales se discutirán en este escrito: 1) ¿Qué es exactamente el *EdD*? 2) ¿Cómo se conecta el *EdD* con otras normas de moralidad política normativa relevantes en cuanto a la evaluación de las prácticas legales judiciales y de otro tipo? 3) ¿Hay alguna razón para pensar que la supremacía judicial está en conflicto con las normas relevantes del *EdD*? 4) Si se asume una respuesta afirmativa a la pregunta 3, ¿qué nos dice esto acerca de si la supremacía judicial está moralmente justificada? Parto de la concepción procesal-funcional de F. A. Hayek como mi concepción de trabajo de *EdD*, para así considerar si la supremacía judicial

* Texto original publicado en: M. Jovanovic y K. E. Himma (eds.) (2014). *Courts, interpretation, the rule of law*. La Haya: Eleven International Publishing, pp. 9-32.

** Magíster de la Universidad de California y PhD de la Universidad de Washington. Ha sido profesor de Seattle Pacific University y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington. Correo electrónico: himma@uw.edu

entra en conflicto o no con los principios relevantes del *EdD*. Aunque este documento se refiere específicamente a una tensión aparente entre la supremacía judicial y los principios relevantes del *EdD*, la parte más importante del análisis está direccionada a la explicación de la cuestión moral real y la forma en que ésta va más allá de las consideraciones del *EdD*.

Palabras clave: supremacía judicial, Estado de Derecho (*EdD*), teoría moral normativa, filosofía política normativa.

¿WHAT EXACTLY IS THE PROBLEM WITH JUDICIAL SUPREMACY? RULE OF LAW, MORAL STANDING AND CONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL LAW

Abstract

This paper is concerned with the issue of whether U.S.-style judicial supremacy satisfies the standards of political morality that fall under the rubric of “the rule of law.” There are a number of questions that arise in this connection that will be discussed: 1) What, exactly, is the rule of law (hereinafter, RoL)? 2) How does RoL connect with other standards of normative political morality relevant with respect to evaluating judicial and other legal practices? 3) Is there any reason to think that judicial supremacy is in conflict with the relevant RoL standards? 4) Assuming an affirmative answer to 3, what does this tell us about whether judicial supremacy is morally justified? I take the procedural/functional conception of F.A. Hayek as my working conception of RoL and consider whether judicial supremacy runs afoul of the relevant principles. Although this paper is specifically concerned with an ostensible tension between judicial supremacy and the relevant RoL principles, the most important part of the analysis is a gesture in the direction explicating the real moral issue and how it goes beyond RoL considerations.

Keywords: judicial supremacy, Rule of Law (RoL), normative moral theory, normative political philosophy

QUEL EST EXACTEMENT LE PROBLÈME AVEC LA SUPRÉMATIE JUDICIAIRE? ETAT DE DROIT, MORALITÉ ET CONSTRUCTION DE DROIT CONSTITUTIONNEL

Résumé

Ce document traite de la question de savoir si la suprématie judiciaire, selon le modèle américain, est conforme aux normes de la morale politique qui tombent sous la rubrique «État de droit» (ci-après, EDD). Il ya un certain nombre de questions qui se posent à propos de qui sera discuté dans le présent document: 1) Quel est exactement l'EDD? 2) Comment pensez-vous de connecter le EdD avec d'autres normes de la morale politique règlements pertinents concernant l'évaluation des pratiques juridiques et judiciaires des autres? 3) Y at-il raison de penser que la suprématie judiciaire est en conflit avec les règles pertinentes de l'EDD? 4) En supposant une réponse affirmative à la question 3, qu'est-ce que dire de savoir si la suprématie judiciaire est moralement justifiée? Livraison de la conception procédurale-fonctionnelle de FA Hayek que ma conception du travail EdD, donc examiner si les conflits judiciaires de suprématie ou non avec les principes pertinents de la EdD. Bien que ce document se réfère spécifiquement à une tension apparente entre la suprématie judiciaire et les principes pertinents de l'EDD, la partie la plus importante de l'analyse, il est dirigé vers l'explication du réel problème moral et comment il va au-delà des considérations EdD.

Mots-cles: règles judiciaires de la suprématie, l'État de Droit (EDD), la théorie

CHE COSA È ESATTAMENTE IL PROBLEMA CON LA SUPREMAZIA GIUDIZIARIA? STATO DI DIRITTO, LA LEGITTIMAZIONE MORALE E LA COSTRUZIONE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

Riassunto

Questo lavoro affronta la questione del se supremazia giudiziaria, secondo il modello americano, soddisfa le norme di moralità politica che cadono sotto la rubrica dello “Stato di Diritto” (in appresso, SdD). Ci sono un certo numero di domande che sorgono sull’argomento che sarà discusso in questo articolo: 1) che cosa è esattamente il SdD? 2) Come si collega il SdD con altre norme di moralità politica normative rilevanti in termini di valutazione delle pratiche legali giudiziarie e di altri tipo? 3) c’è qualche motivo per pensare che la supremazia giudiziaria è in conflitto con le norme pertinenti del SdD? 4) Se si assume una risposta affermativa alla domanda 3, che cosa ci dice questo, se la supremazia giudiziaria è moralmente giustificata? Partendo dalla concezione procesale-funzionale del F. A. Hayek come mia concezione del lavoro di SdD, quindi considerare se la supremazia giudiziaria viene in conflitto o non con i principi pertinenti del SdD. Anche se questo documento si riferisce specificamente a un’apparente tensione tra la supremazia giudiziaria e i principi pertinenti del SdD, la parte più importante dell’analisi è diretto alla spiegazione della questione morale reale e il modo in cui questo va al di là di considerazioni delle SdD.

Parole chiave: supremazia giudiziaria, Stato di Diritto (SdD), teoria morale-normativa, filosofia politica normativa.

¿QUAL É EXATAMENTE O PROBLEMA COM A SUPREMACIA JUDICIÁRIA? ESTADO DE DIREITO, LEGITIMAÇÃO MORAL E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Resumo

Este ensaio revisa o assunto sobre se a supremacia judiciária, segundo o modelo americano, satisfaz as normas de moralidade política que caem sob a rubrica do “Estado de direito” (daqui para frente, *EdD*). Há uma serie de perguntas que feitas sobre as que vou discutir aqui: 1) O que é exatamente o *EdD*? 2) Como está ligado o *EdD* a outras normas de moralidade política normativa relevantes a respeito da avaliação das práticas legais judiciais e de outro tipo? 3) Tem alguma razão para pensar que a supremacia judiciária está em conflito com as normas relevantes do *EdD*? 4) Caso de uma resposta afirmativa à pergunta 3, o que isso diz se supremacia judiciária está moralmente justificada? Parto da concepção processo-funcional de F. A. Hayek como minha concepção de trabalho de *EdD*, para considerar se a supremacia judiciária está em conflito com os princípios relevantes do *EdD*. Embora este documento se refira especificamente a uma tensão aparente entre a supremacia judiciária e os princípios relevantes do *EdD*, a parte mais importante da análise está direcionada para a explicação do assunto moral real e a forma em que ele vai para além das considerações do *EdD*.

Palavras chave: supremacia judiciária, Estado de Direito (*EdD*), teoria moral normativa, filosofia política normativa.

INTRODUCCIÓN

No es de sorprender que la autoridad y la toma de decisión judiciales hayan sido durante mucho tiempo asuntos de profundo interés para los filósofos del derecho. Establecer un mecanismo adjudicatorio, después de todo, es una de las características esenciales de la ley en cualquier teoría general (o conceptual) del derecho –y habrán muchos dilemas con respecto a la naturaleza y a la deseabilidad de los diferentes tipos de operaciones de los mecanismos apropiados que pueden ser organizados y estructurados–. Muchos de estos dilemas son de carácter conceptual o empírico, pero los asuntos más interesantes y urgentes son los moralmente normativos. En particular, el asunto más urgente es si el sistema específico de adjudicación que esté bajo consideración, *bajo todas las cosas*, está moralmente justificado.

Para resolver estos dilemas se requiere redireccionar a las normas apropiadas de la moral política, y éste es un asunto de gran complejidad. No es sólo cuestión de tener la habilidad de decidir cuál es (como un asunto de justificación epistémica) la teoría política general del derecho correcta, y esto es así porque no hay teoría política general del derecho que pueda responder todos los problemas normativos surgidos de la práctica judicial.

Por ejemplo, la Teoría del Contrato Social de Locke, incluso si es correcta como teoría de cuán moralmente ciegos estamos para obedecer la autoridad legal, no permite entender muchos de los problemas nacientes en la filosofía política normativa más específicos e importantes con respecto a los actos que deben ser regulados por el derecho. El resultado del contrato social de Locke es una forma de gobierno que incorpora los procedimientos democráticos de la toma de decisiones, limitados por la obligación del Estado de respetar los “derechos naturales”¹ de la vida, la libertad y la propiedad.

Es bastante justo. Pero esto dice muy poco acerca de cuál debería ser el contenido de la ley en muchos asuntos que implican los límites de estos derechos naturales. El problema es que nosotros no podemos resolver el asunto de si el derecho respeta los derechos naturales a la vida sin resolver primero el tema de qué protección moral específica provee este derecho a la vida. Claramente, lo que es necesario es un análisis del contenido del dere-

1 Cfr. el Segundo Tratado del Gobierno Civil (1690) de Locke. Por “derechos naturales”, Locke distingue los derechos morales objetivos que las personas tienen en virtud de ser seres humanos y no en virtud de algún proceso social que conceda protección a sus correspondientes intereses.

cho natural moral de la vida antes de que podamos determinar, por ejemplo, en contra de cuáles actos de asesinatos nos debe proteger la ley (y esto presupone que hayamos trabajado en una adecuada teoría política normativa de lo que debe ser materia de responsabilidad *criminal* como opuesto a la mera responsabilidad *civil*).

Consideremos un par de ejemplos para ilustrar cuán complicados pueden ser estos asuntos. El primero envuelve un asunto familiar y perennemente contencioso –por ejemplo, si el aborto debe ser legalmente prohibido desde, por decirlo así, el momento de la concepción–. Casi todos tienen una fuerte opinión acerca de si el derecho debería permitir el aborto bajo ciertas condiciones, pero los problemas son más difíciles por el nivel de confidencia garantizado para cualquier posición que uno tome en estos asuntos. Usando la teoría de Locke como guía no podemos determinar si el aborto debería ser permitido sin establecer previamente si el feto tiene un derecho natural a la vida; aunque se crea de manera general que sólo una persona puede tener el derecho a la vida, esto no resulta tan obvio en este ejemplo. Puede pensarse que, como se ha argumentado en otra parte, siendo meramente una “persona en potencia” pueda dar a lugar un derecho a vivir que podría ser violado por el aborto. Parece obvio, por lo menos para mí, que no es posible que la masa de células humanas indiferenciadas que comenzarán eventualmente a parecerse a un ser humano sea del tipo de cosas que tenga un derecho natural a vivir –ni tan siquiera la suficiente posición moral para ser un sujeto de una obligación por parte de otros de no poner fin a su vida–. Pero lo que parece obvio y lo que puede ser demostrado de manera convincente son dos cuestiones diferentes.

El segundo ejemplo es el suicidio asistido. Los asuntos son igual de complejos desde el punto de vista de si el atentado a la carne fuera considerado una violación de un derecho moral objetivo a vivir. ¿Mi derecho a vivir prohíbe el suicidio sin ninguna excepción? Pero incluso si mi derecho a vivir permite asesinarme, eso no indica que mi libertad moral objetiva de terminar mi propia vida (que, podría decirse, deja el derecho a matarse a uno mismo) conlleve que la ley deba permitir a otros asistirme. Justo la introducción al tema de qué es lo que el derecho debería permitir complica el análisis mucho más. Como aparece inmediatamente de estos ejemplos (así como de la amplitud y de la complejidad de las normas existentes y de las disputas que deben darse a lugar), no hay mucho que pueda ser útil de inmediato para resolver el tema de cuánto deba ser constreñida la ley por respeto a estos derechos naturales.

Si bien es difícil resolver estos problemas de fondo de la regulación ciudadana usando las herramientas de la teoría de Locke, aún más lo es resolver los asuntos respecto a ciertas prácticas legales. En particular, una teoría política normativa tan general como la de Locke no nos dice nada específico acerca de cómo evaluar nuestras prácticas judiciales. La preocupación obvia surge porque la idea de que un Estado debe respetar los derechos naturales (por ejemplo, los derechos morales objetivos) a la vida, la libertad y la propiedad nos dice poco acerca de la estructura y de las restricciones en los mecanismos adjudicatorios contruidos para el propósito de decidir disputas con respecto a estos derechos. Claro está, la teoría de Locke también requiere mecanismos democráticos para la toma de decisiones, pero el asunto de si algunas prácticas judiciales en particular se ajustan a estos procedimientos es una labor difícil, puesto que necesitamos una teoría elaborada de la naturaleza y de los valores de la decisión judicial democrática para determinar si, digamos, la adjudicación del *Common Law* es consistente con el debido respeto para estos valores. Y hay muchas otras prácticas judiciales que requieren evaluación moral, tanto como muchos estándares de moralidad política que figuran dentro del análisis.

Ahora bien, este trabajo se refiere a una práctica específica y a un determinado juego de estándares político-normativos. En particular, la práctica de la que trata este escrito es el modelo estadounidense frente a la supremacía judicial; y los estándares políticos normativos bajo los cuales intentaré evaluarlos son los ideales expresados por la frase el “Estado de Derecho”. Hay un número de preguntas que surgen en esta conexión que serán discutidas 1) ¿En qué consiste exactamente el Estado de Derecho (*EdD*)? 2) ¿Cómo se conecta el *EdD* con otros estándares de la moral política normativa relevantes con respecto a la evaluación judicial y otras prácticas legales? 3) ¿Hay alguna razón para pensar que la supremacía judicial está en un conflicto relevante con los estándares del *EdD*? 4) Si se asume una respuesta afirmativa al punto anterior (3), ¿qué nos dice esto acerca de si la supremacía judicial está moralmente justificada?

Aunque este documento está específicamente preocupado por evaluar la supremacía judicial enfrentada a los principios relevantes del *EdD*, la parte más importante del argumento debería ser que este procure la identificación de qué se requeriría, en vía de un análisis moral comprensivo, para garantizar un juicio, considerando todos los eventos posibles acerca de la justificabilidad de la supremacía judicial. Como se verá, hay tantas cosas involucradas que asuntos que parecen pequeños pueden ganar o perder en

valor desde un análisis del *EdD* en torno a la cuestión general. De hecho, no estaría completamente fuera de los límites de lo que es posible pensar que el problema del *EdD*, concebido y concerniente con los requerimientos procesal/funcional, es de mínima importancia. Para apreciar completamente este punto, este artículo se ha propuesto como su proyecto principal ilustrar algunas de las dificultades relativas a la aplicación de los principios relevantes del *EdD* en lo que respecta a la supremacía judicial.

EJECUCIÓN COERCITIVA Y EL PROBLEMA DE DARLE JUSTIFICACIÓN MORAL A CUALQUIER SERIE PARTICULAR DE PRÁCTICAS LEGALES

Antes de analizar en qué medida satisface a los ideales del *EdD* la supremacía judicial, debemos tener ideas seguras de qué normas son las expresadas por la naturaleza del *EdD* (lo cual requiere tener clara la “naturaleza” del *EdD* –normalmente considerado como asunto de análisis conceptual–) y de cómo estas normas se relacionan con otras normas de la moral política. La pregunta más importante –y una que es claramente de importancia práctica– es si la forma en que opera el modelo estadounidense de supremacía judicial está, en todo lo considerado, moralmente justificado.

El elemento más importante del problema surge, como es el caso de otras cuestiones en filosofía política normativa, debido a la relación entre la práctica judicial y el ejercicio de los mecanismos coercitivos para respaldar las directivas jurídicas, incluidas las emanadas del Poder Judicial. Esto puede y debe ser generalizado para apreciar el punto en cuestión. El asunto general más importante de la filosofía política normativa se refiere a la identificación de qué normas de la moral política de un sistema jurídico deben satisfacerse para justificar moralmente, al momento de utilizarse, la fuerza coercitiva del Estado que respalda las normas jurídicas.

Hay, por supuesto, otras preocupaciones morales generales de la filosofía política normativa pero éstas me parecen, en comparación, triviales, en la medida en que son independientes de la preocupación acerca de la aplicación de las normas. Por ejemplo, los sistemas jurídicos, por así decirlo, te dicen qué hacer y esperan que hagas lo que ellos ordenan independientemente de lo que estos mandatos exigen que hagas. Es decir, las prácticas legales son tales que, al final, hay una expectativa general de seguir la ley independientemente de su contenido; en ese sentido, la fuerza normativa de la ley, como es expresada a veces, “pretende” ser de contenido independiente.

Por supuesto, hay cuestiones obvias que surgen aquí –morales o no–: ¿cómo podría justificarse (epistémicamente) en el pensamiento que la fuerza normativa del derecho es de contenido independiente? ¿Qué tal si alguna de las normas morales tuviera que ser satisfecha para que el derecho tenga fuerza normativa?

Éstas son preguntas interesantes; sin embargo, me parecen que están aumentando las preocupaciones que son, aparte de la conexión de estas prácticas con el uso de mecanismos coercitivos, de importancia teórica o práctica subsidiaria. Uno podría pensar, como lo hace Raz, que la coerción no es una característica conceptualmente necesaria de la ley y que *puede* haber ley incluso en una sociedad de ángeles, en la cual no sería necesaria la autorización de mecanismos de ejecución coactiva. Aunque estas dos afirmaciones sean ciertas, es difícil ver la importancia *moral* de las cuestiones relacionadas con el contenido independiente. Hay otros dilemas interesantes pero estos parecen ser conceptuales o teóricos en su carácter. ¿Qué significaría, por ejemplo, decir de la ley en una sociedad de ángeles que su fuerza normativa es de “contenido independiente”? En cualquier caso, debe quedar claro que la característica clave de las prácticas legales existentes que da lugar a la más importante de las preocupaciones morales es la característica (si no conceptualmente necesaria) del uso de la coerción para respaldar las directivas jurídicas.

En efecto, el hecho de que un Estado use mecanismos de coerción para hacer cumplir sus normas es lo que crea el problema más serio de cualquier análisis intuitivo. El problema aquí es que el Estado, por sus características, hace algo que a ninguna otra persona o personas les está permitido hacer a adultos moralmente competentes –y, eso es, que las leyes están respaldadas por el poder de policía en forma de amenazas de encarcelamiento forzado—. La pregunta que está en el corazón de la cuestión del juicio moral en torno a la justificación del Estado es, considerando todas las cosas, la siguiente: ¿Qué hay en el Estado que logra suponer como moralmente permisible sus acciones cuando, de manera intuitiva o por lo menos a primera vista, parece ser un robo a mano armada, siendo esto último algo claramente inadmisibles? ¿Qué es lo moralmente distintivo en el Estado que termina por justificar la violación de los derechos autónomos y que le hace falta al caso de un ladrón armado exigiendo su dinero para que su acto sea admisible moralmente?

Es cierto, por supuesto, que el ladrón armado hace una demanda de contenido independiente pero, quitando cualquier amenaza de violencia, es difícil ver cuál es el problema moral significativo que esto podría plantear.

Hay seguramente una cierta arrogancia involucrada pero, en ausencia de la amenaza de violencia, no hay situación de elección forzada ilícita impuesta a la víctima. Con el arma, el elemento coercitivo es suficiente para que la opción más racional sea la de cumplir con la demanda puesto que lo contrario, no obedecer, podría ser la opción menos racional (y razonable). La pistola pone a la víctima en la posición de tener que hacer una elección entre males necesarios en las que ella nunca debió haber estado expuesta a hacer –lo que resulta en un daño evidente a la víctima y al mismo tiempo se viola su derecho a la autonomía–.

Es difícil ver cómo la mera articulación sincera de una demanda de contenido independiente posiblemente podría dar lugar a una seria cuestión moral. De hecho, no lo hacemos y, obviamente, no debemos castigar a alguien simplemente por hacer una demanda de contenido independiente a una persona cuando está claro para esta última que no se le pone en una posición de elección forzada. Por supuesto, a veces quien simplemente amenaza con fuerza carece de los medios para ejecutarla, algo que la persona que hace la amenaza normalmente intenta ocultar a la víctima. En este caso, existe una demanda de contenido independiente sin, por así decirlo, una amenaza genuina (más allá de en un sentido “comunicativo”) de coerción, y hay algo claramente erróneo acerca de este acto. Pero lo que lo hace erróneo no es el contenido independiente de la demanda; es más bien el intento deliberado de crear la impresión en la mente de la víctima de que realmente se está presentando una situación de elección forzada. Esto no es negar que existen problemas morales con respecto a la mera formulación de una demanda de contenido independiente (si lo que queremos decir con esto es, simplemente, transmitir lo que se expresa en un imperativo, como “cerrar la puerta” por alguien que generalmente habla de esta manera). Se trata más bien de decir que algún tipo de argumento debe ser hecho para demostrar que el problema planteado por la emisión de una directiva con contenido independiente se eleva al nivel de algo tan serio como el problema planteado por la introducción de la coerción en la ecuación.

¿QUÉ ES EL ESTADO DE DERECHO, DE CUALQUIER MANERA?

La discusión anterior llama la atención sobre el obstáculo más visible al tratar de evaluar cualquier práctica jurídica en virtud de las normas del *EdD* –a saber, el problema de entender exactamente qué se expresa con el concepto-término “Estado de Derecho”–. Esto, como lo he expresado, es un

problema conceptual (es decir, uno que requiere dar contenidos al concepto, por así decirlo, recogido por el término) y, por tanto, requiere el recurso a las herramientas y la metodología propias del análisis conceptual. Aunque hay un desacuerdo teórico significativo sobre la posibilidad y la metodología adecuada para realizar un análisis conceptual tal como se concibe tradicionalmente, esos desacuerdos no deben ser resueltos aquí a fin para proporcionar un esbozo de lo concepciones plausibles que podría lucir este concepto que nos ocupa.

Surge una preocupación inicial. Este ensayo se refiere a tratar de decir algo sobre si las prácticas asociadas con la doctrina de la supremacía judicial satisfacen las normas de la moral política recogidos en el término “Estado de Derecho”. La preocupación aquí es que un análisis del concepto puede parecer demasiado lejano como para ser útil en tratar de evaluar estas prácticas desde el punto de vista de las normas relevantes.

No es difícil ver que la apariencia engaña. Como debería ser evidente a partir de la discusión en la sección anterior, no podemos determinar qué normas expresan los ideales del *EdD* si no entendemos el contenido del concepto recogido por el término “Estado de Derecho”.

Uno no puede empezar a identificar las normas de la justicia sin tener algún conocimiento del concepto mismo de lo que es la justicia. De hecho, una de las razones por las que hay un acuerdo casi universal a favor del *EdD* es precisamente que la única cosa realmente clara acerca de dicho concepto es que recoge ideales que son moralmente buenos. La razón por la que es importante no atribuir demasiada relevancia a este acuerdo estriba precisamente en que hay mucho desacuerdo sobre cuáles son las normas relevantes –y los últimos desacuerdos surgen porque, a pesar de su importancia en la teoría política y jurídica, el contenido del concepto es bastante resbaladizo–.

Consideremos la que, tal vez, es la fórmula más común de lo que es, esencialmente, el *EdD*. En esta fórmula, el *EdD* es el “gobierno de las leyes y no el de los hombres/mujeres”. Hay muchas dificultades para tratar de entender lo que el “Estado de Derecho” podría significar. Uno de los problemas es que es difícil de entender lo que el “Estado de Derecho” sería sin tener una idea sofisticada del significado preciso de *norma*, *gobierno* y *derecho*. Otra es que, como una cuestión de simple lexicografía, la ecuación de *EdD* con la de “gobierno por medio de la ley” parece tautológico y, por tanto, totalmente desinformativo por dos razones: 1) “Estado” (como sustantivo en “Estado de Derecho”), aparece cercano a ser sinónimo de “gobierno”; 2) “derecho” es sinónimo de “derecho”, de la misma manera como cada térmi-

no es sinónimo consigo mismo, en ausencia de cualquier ambigüedad con respecto a los significados del término.² Por definición, entonces, el *EdD* es, simplemente, la gobernabilidad vía derecho.

Otro problema tiene que ver con la comprensión del papel que la conjunción lógica “y no de los hombres/mujeres” está jugando en la ecuación de la *EdD* con la locución conjuntiva “gobierno de las leyes y no de los hombres/mujeres”. Una vez el rol de tal conjunción esté totalmente entendido, hay que pasar a considerar que no se trata sólo de que la fórmula no sea muy útil sino que existe una buena razón para pensar que podría ser, además, incoherente. Después de todo, como observa Andrei Marmor, el gobierno de la ley simplemente es el gobierno de los hombres/mujeres a través de ciertos mecanismos.³ Los sistemas legales están, en parte, constituidos por personas, y algunas de estas personas tienen la responsabilidad de hacer la ley. Pero si el gobierno de la ley no es más que el gobierno de los hombres/mujeres, entonces la afirmación de que el *EdD* es el gobierno de la ley y no el de hombres/mujeres parece incoherente: si el *EdD* es lo mismo que el gobierno del derecho y el gobierno del derecho es lo mismo que el gobierno de hombres/mujeres entonces se deduce, por la ley de la transitividad, que el *EdD* es lo mismo que el gobierno de los hombres/mujeres. Esto contradice la formulación general del *EdD* articulada anteriormente.

Para complicar aún más el análisis de lo que suponen los ideales del *EdD* y por qué son propiedades (morales) del diseño de un sistema jurídico, tenemos que el término “Estado de Derecho” ha sido usado, históricamente, para referirse a diferentes propiedades de un sistema jurídico. La concepción más común ha sido un enfoque “funcional” o “procedimental” que se centra en las propiedades formales del derecho y los procedimientos mediante los cuales el derecho se hace de modo que garantice que la ley es capaz de realizar su función conceptual de guiar a las personas de una manera determinada.

Lon L. Fuller y Joseph Raz han abogado por una serie de limitaciones funcionales en torno a cómo se hace y cómo se administra la ley. Según Fuller, la ley no puede lograr su propósito esencial de proporcionar reglas que guían la conducta a menos que los siguientes requisitos (“principios de legalidad”) sean mínimamente satisfechos: P1) las normas deben expresarse

2 El concepto ley es ambiguo en cuanto a las normas y demandas causales descriptivas (leyes de la naturaleza), pero también es ambigua con respecto a los significados de la expresión utilizada en la teoría jurídica. Puede referirse a una norma individual o a un sistema legal. Véase, por ejemplo, Himma (2000: 1-43).

3 Estoy en deuda con Andrei Marmor por este punto.

en términos generales; P2) las normas deben ser promulgadas públicamente; P3) las normas deben ser (en su mayor parte) prospectivas en sus efectos; P4) las normas deben expresarse en términos comprensibles; P5) las normas deben ser coherentes entre sí; P6) las normas no deben exigir conductas más allá de las posibilidades de las partes afectadas; P7) las normas no se deben cambiar con tanta frecuencia pues esto haría que el sujeto no pueda confiar en ellas; y P8) las normas deben ser administrados de una manera consistente con su redacción (Fuller, 1969: 39). La consideración funcional de Raz del *EdD* añade algunos requisitos adicionales a lo dicho. Además de algunos de los mismos principios que Fuller cita, Raz sostiene que los ideales de *EdD* requieren que exista un poder judicial independiente, que se debe tener acceso a los tribunales y que la discreción que los organismos coercitivos poseen no puede entenderse en detrimento de los fines de las normas jurídicas relevantes.⁴

Hay una segunda concepción del *EdD*. En esta concepción “sustantiva” se refiere el *EdD* a las normas morales que tienen que ver, entre otras cosas, con el contenido de la ley (es decir, “estado de derecho material o sustantivo”). En particular, la idea parece ser que los ideales del *EdD* requieren que la ley proteja ciertos derechos morales individuales de posibles violaciones por parte del Estado. Por ejemplo, Ronald Dworkin parece sugerir que los ideales de *EdD* incorporan restricciones morales sustantivas sobre el contenido de la ley:

Se asume que los ciudadanos tienen derechos y deberes morales recíprocos y derechos políticos contra el Estado en su conjunto. Se insiste

4 Algunas de estas condiciones, sin embargo, no parecen plausiblemente ser, conceptualmente, condiciones necesarias para el derecho. No hay nada, por ejemplo, en el concepto de ley que exija un “poder judicial independiente”; lo que se requiere es que haya reglas de adjudicación que permitan la resolución de conflictos jurídicos. Pero no hay ninguna razón para pensar que se trata de una verdad conceptual sobre qué es la ley considerar que la adjudicación deba ser realizada por un organismo independiente del legislador. Parece conceptualmente posible, aunque altamente improbable, que un sistema jurídico delegue la facultad resolutoria judicial al legislador o a alguna agencia del legislador. Además, la afirmación de que debe haber reglas de adjudicación que permitan la resolución de las controversias jurídicas, por sí sola, no nos dice nada acerca de qué clase de acceso a la justicia deben tener los ciudadanos. Esta última cuestión se refiere explícitamente al acceso del ciudadano a los recursos *civiles*, y no hay nada en la idea de que un sistema jurídico debe proporcionar un mecanismo para las disputas *jurídicas* que nos diga lo que debería contar como controversia “jurídica”. En particular, eso no implica que no debe haber un cuerpo de derecho civil que tenga a la justicia restaurativa como su función. Para un análisis de las normas que regulan el acceso al sistema jurídico y sus mecanismos y soluciones, véase, por ejemplo, Himma (2004: 31-76).

en que estos derechos morales y políticos son reconocidos en el derecho positivo, por lo que pueden ser exigidos por parte de los ciudadanos a través de los tribunales u otras instituciones judiciales de tipo familiar, siempre que ello sea posible. La concepción del Estado de Derecho es el ideal de la regla para una concepción pública y precisa de los derechos individuales. No distingue, como lo hace la concepción codificada, entre el Estado de Derecho y la justicia sustantiva; por el contrario, se requiere, como parte del ideal del derecho, que las reglas positivas consagren y hagan eficaces los derechos morales (Dworkin, 1985: 11-12).

La concepción funcional o procedimental parece ser la mejor por una variedad de razones y, por tanto, la presupongo como la concepción relevante en la discusión sobre la toma de decisiones judiciales que sigue en este escrito. Lo que yo considero que es el problema más serio con la concepción sustantiva puede ser visto desde la observación de Dworkin en torno a su concepción de la ley como integridad que “no distingue, como lo hace la concepción codificada, entre el Estado de Derecho y la justicia sustantiva; por el contrario, se requiere, como parte del ideal del derecho, que las reglas positivas consagren y hagan eficaces los derechos morales” (Dworkin, 1985: 11-12). ¿Por qué tendría sentido aquí colapsar las dos distinciones? Hacer distinciones generalmente tiene el efecto de aclarar cuestiones. Puede ser que, supongo, es *posible* sobre-esculpir el paisaje conceptual proporcionando demasiados detalles en forma de distinciones, aunque racionalmente estén fundamentadas en legítimas diferencias, pero que anegan algunos de los temas que nos ocupan fruto de las inundaciones que provocan las deliberaciones ultradetallistas de una persona. Pero si es así, las circunstancias en las cuales una distinción fundada racional disminuirá la calidad de las deliberaciones son, conjeturaría, improbablemente raras. Por mi parte, no puedo ni siquiera pensar en un ejemplo. Es mucho más probable que muy pocas distinciones racionalmente fundadas disminuyan la calidad del pensamiento que la vía contraria.

Hay algunas razones para pensar que hay un valor epistémico en la preservación de las distinciones que la concepción sustantiva de Dworkin ejecuta en conjunto y que, por tanto, es mejor adoptar, como hago aquí, la concepción procesal-funcional. El análisis de Dworkin, y esto es una observación frecuentemente hecha en conexión con otros elementos de la teoría de este autor, confunde la distinción entre legalidad y legitimidad. Una vez que Dworkin lanza consideraciones procesales junto con las concepciones

sustantivas dentro de sentido del *EdD*, parece que él no sólo ha fusionado la distinción entre *EdD* y legitimidad moral.

Esto parece una problemática bastante clara en lo que respecta a la teoría dominante aplicable. Sin duda, es cierto que si un sistema jurídico satisface los estándares del *EdD* estamos ante un sistema jurídico legítimo. Pero la relación lógica existente en un sistema jurídico, entre satisfacer los estándares del *EdD* y ser moralmente legítimo, no es probablemente la que cabría esperar, dado que, en sentido estricto, estos dos ideales son lógicamente independientes.

Supongamos, por ejemplo, que asumimos una concepción procedimental- funcional del *EdD*, como, si queremos preservar distinciones útiles, la mejor concepción del *EdD*.⁵ Puede haber, y de seguro los hay, sistemas legales ilegítimos que satisfacen los ideales del *EdD*. Para ejemplo, el ideal del *EdD* procesal parece principalmente proteger a los ciudadanos de ser gobernados por los caprichos de los funcionarios, al exigir que las normas se promulguen en el marco debido y sean aplicadas de acuerdo con ciertas condiciones (las cuales con frecuencia son pensadas para incluir la supuesta moral interna del derecho señalada por Lon Fuller). Pero, como H. L. A. Hart señala, estos ideales son compatibles con la promulgación y la aplicación de normas moralmente malas. Además, los ideales del *EdD* no son generalmente pensados para exigir un modelo concreto de toma de decisiones legislativas; en particular, no hay ningún requisito de que el gobierno al que alude el *EdD* sea fruto de procedimientos democráticos, en vez de algunos otros procedimientos. Por tanto, la idea de que una norma (o un sistema jurídico en general) se ajusta a los estándares procedimentales del *EdD* no implica que la norma (o el sistema jurídico) es moralmente legítima y que está justificado el Estado para hacerla cumplir por medios coercitivos.

Además, puede haber un sistema jurídico que sea legítimo en el sentido de que cuenta con una justificación moral general para hacer cumplir las normas en el ámbito de la autoridad del sistema legal y aun así falla de manera sistemática con los ideales del *EdD*. Podría ser que una práctica particular adjudicativa sea incompatible con los ideales del *EdD* pero esté moralmente justificada en virtud de algo así como la necesidad moral. Por ejemplo, uno podría pensar que la supremacía judicial se justifica en virtud de ser la mejor manera moral de resolver un problema que debe ser resuelto

5 Mientras más expansivo sea el concepto de *EdD*, como argumenté anteriormente, más se amenaza con confundir la distinción entre la legitimidad y el *EdD*, la cual es útil y obvia, incluso si no podemos expresar con la claridad que nos gustaría tal distinción.

por cualquier sistema jurídico. Incluso si la supremacía judicial es incompatible con los ideales de *EdD*, las otras posibles soluciones a los problemas tratados por la supremacía judicial plantean dificultades morales más graves en virtud de otros estándares de moralidad política normativa. Esté o no el ejercicio del poder coercitivo del Estado justificado moralmente esto dependerá en cualquier caso dado, en parte, de si está o no conforme con las normas que comprenden los ideales procedimentales y sustantivos del *EdD*.

Esto no niega, por supuesto, que los ideales del *EdD* deben ser tenidos en cuenta al momento de evaluar si una determinada práctica o sistema jurídico es moralmente legítimo. Pero no es ni una condición necesaria ni suficiente para la legitimidad que un sistema jurídico satisfaga los ideales del *EdD*. En muchos casos, sería de esperar que un sistema jurídico legítimo tenga normas que reflejen los ideales del *EdD* que van más allá de los meros requisitos conceptuales del derecho. Pero para decirlo de otra manera, el *EdD* es sólo una parte de una evaluación moral integral, que podría o no, en función de las circunstancias, ser superado por otras partes. El problema de la legitimidad es un problema de enorme complejidad y, por tanto, cualquier análisis de si alguna práctica en particular satisface los ideales del *EdD* deja una gran cantidad de trabajo evaluativo para ser hecho por medio de juzgar la legitimidad general de un sistema jurídico. El problema de la legitimidad es, de lejos, mucho más complejo de lo que puede ofrecer una evaluación relativa a los ideales del *EdD*.⁶ Por esta razón, la concepción procesal-funcional es la que se asume a continuación.

SUPREMACÍA JUDICIAL Y EL ESTADO DE DERECHO

Desde el punto de vista de los ideales asociados con la concepción procesal-funcional del *EdD*, las prácticas jurídicas que permiten la discreción oficial en la toma de decisiones que implican el uso o la autorización de los mecanismos de ejecución coactiva son presuntamente problemáticas. Una característica de estas concepciones que debe atraer nuestro interés es que ellas parecen presuponer que el contenido del derecho debe ser construido de manera que se eviten las costuras de retazos o “lagunas” que requeriría o permite a un funcionario concreto adjudicar algún problema existente o

6 Esto va más allá de lo señalado anteriormente, referido a que los términos “Estado de Derecho” y “legitimidad” se refieren a objetos diferentes. El punto aquí es decir algo acerca de la complejidad de los problemas que enfrenta una teoría de la legitimidad.

controversia mediante el ejercicio de una facultad discrecional cuasi legislativa que llena el vacío (o repare el cosido de retazos) con un nuevo contenido jurídico. La preocupación general aquí es que el ejercicio de tal facultad no está limitado por el derecho y, por tanto, podría implicar que una persona imponga su voluntad coactivamente a otras. Aunque aquí no hay una suposición de que el nuevo contenido legislado se aplicará de forma retroactiva al caso llamando la atención sobre la laguna (un práctica que plantea una serie de cuestiones de moralidad política), el ejercicio de tal discreción parece ser, por sí mismo, problemático. De hecho, parece ser un paradigmático incumplimiento del *EdD*. La creación legalmente sin restricciones de nuevos contenidos jurídicos es presuntamente problemática desde el punto de vista de una concepción procedimental-funcional del *EdD*.

De acuerdo con ello, a un nivel general, la aplicación de una concepción del *EdD* funcional o procedimental requiere un enfoque en dos vías para las cuestiones normativas pertinentes que implica la autoridad judicial, que incluye la capacidad de unirse a otros funcionarios que sostengan dos posturas potencialmente conflictivas en un caso. En primer lugar, hay que determinar si tal autoridad es *realmente* (y eso significa, precisamente, que está condicionada en parte por la teoría general del derecho que se sostenga) ilimitada por la ley. En segundo lugar, hay que determinar si podría ser una historia que justifica o excusa del ejercicio de esa autoridad según las normas del *EdD*. Por ejemplo, podría ser simplemente inevitable, dados los hechos de “natural necesidad”, que algún funcionario o grupo de funcionarios tengan tal autoridad; si es así, la posesión de aquella autoridad no puede plausiblemente ser caracterizado como “violación” de los ideales del *EdD*. Tales ideales, después de todo, *no pueden* –o, si uno es un escéptico acerca de si “deber implica poder”, por lo menos en general *no debe*– requerir lo que es imposible proveer para un sistema jurídico.

Como resultado, no es especialmente significativo si las áreas de vaguedad en el contenido jurídico son caracterizadas mejor como indicativo de “lagunas” que deben ser llenadas con la creación de una nueva norma o como un tejido sin costuras (esto es, un derecho coherente) a través de aquellas áreas de vaguedad; en el primer caso sería presentar cuestiones ontológicas relativas a la invención del nuevo contenido, mientras que en el segundo podría presentar problemas epistémicos de descubrimiento del contenido. Sea de una forma u otra, la autoridad judicial involucra la capacidad de crear una norma nueva –sin importar que una teoría general sostenga que esto no equivale a un error de la teoría jurídica–. Si, por un lado,

aquellas áreas implican lagunas que los jueces están autorizados a llenar, los jueces tienen la capacidad de crear una norma nueva. Si, por el otro, los jueces tienen la autoridad legal para obligar a que, con carácter de ley, otros funcionarios con decisiones objetivamente erróneas acerca de lo que de la ley sin costura (coherente) requiere en un caso particular, esas decisiones equivalen a la creación de norma nueva. Cualquier teoría que implique que lo sostenido en *Brown v. Bd. of Education* o *Plessy v. Ferguson* no dio lugar a la creación de algún nuevo contenido jurídico debe suponer que una de esas decisiones (y su desarrollo posterior) no dio lugar a resultados que cuentan como ley –y esto implicaría que nosotros estamos sistemáticamente equivocados sobre nuestras prácticas, lo cual implicaría un error de teoría jurídica–. Eso podría ser, al final del día, cierto, pero la carga de la prueba recae a favor del proponente de esta teoría errada, ya que el análisis conceptual, en cualquier metodología, otorga un estatus privilegiado a ciertos puntos de vista comunes sobre el significado de los términos eligiendo los conceptos relevantes.

Teoría de Hayek sobre el Estado de Derecho

Como primer paso hacia la consideración de los problemas del *EdD* que pueden surgir con la supremacía judicial, es instructivo considerar la propuesta de Friedrich Hayek en torno a la articulación de los ideales del *EdD* como un punto de inicio hacia la aplicación del *EdD* procesal-funcional a las prácticas asociadas a la doctrina de la supremacía judicial. Hayek, como Raz y Fuller, concibió al *EdD* como expresión de ideales que eran en gran parte funcionales o de carácter procesal; desde el punto de vista de Hayek, los sistemas cumplen los ideales del *EdD* sólo en la medida en que “las leyes deben ser generales, iguales y ciertas” (Hayek, 1955: 34). Lo que Hayek entiende sobre las propiedades de generalidad e igualdad es parte de sus ideas principales y, por tanto, lo suficientemente conocidas como para requerir ser explicadas ampliamente en este lugar. Baste decir que las leyes son *generales* sólo en la medida en que ellas se expresen en términos abstractos que se aplican a todos los que están dentro de una clase general que no es definida por una intención de dirigirse a una clase particular de individuos identificables. Las leyes son *iguales* sólo en la medida en que se aplican a todos sin excepciones que son arbitrarias o irrazonables. La comprensión de Hayek de la correspondiente característica de certeza es algo idiosincrásico en el sentido de que la certeza no requiere el nivel de confianza

epistémica presupuesta por Descartes en sus “Meditaciones acerca de la Filosofía Primera”. Para Hayek, las leyes gozan de *certeza* sólo en tanto los sujetos puedan (como opuesto a *hacer*) predecir con certeza qué normas jurídicas están implicadas por sus actos y cómo estas normas serían aplicables a los actos pertinentes.

La teoría de Hayek es notable, no tanto por sus detalles sino por la iluminación que proporciona su articulación más precisa entre los valores generales que subyacen al *EdD*:

Despojado de todos los aspectos técnicos, esto significa que el gobierno en todas sus formas y acciones está sujeto por normas fijadas y anunciadas de antemano –normas que hacen posible prever con certeza justo cómo la autoridad usará sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y permiten planificar los asuntos individuales propios– (Hayek, 1994: 80).

Si bien es evidente que hay todavía mucho trabajo por hacer al momento de dar contenido y de articular los valores relevantes, la explicación de Hayek es, sin duda, un paso importante en la dirección correcta. De hecho, esto parece expresar de una manera informativa accesible el ideal expresado por el lema de “gobierno de las leyes y no de las personas”. En esta interpretación, la concepción procedimental-funcional del *EdD* tiene por objeto garantizar que los ciudadanos no están sujetos a los mecanismos coercitivos del derecho, excepto bajo las reglas que se enmarcan en un lenguaje suficientemente claro como para asegurar que el contenido correspondiente es fijo y puede ser entendido por los ciudadanos de a pie. Es precisamente la capacidad de la ley para fijar el contenido con claridad suficiente, la que protege, de un lado, un tema concreto de las decisiones basadas en los caprichos arbitrarios o en los prejuicios de los funcionarios correspondientes y, del otro, la que obliga firmemente a los funcionarios a tomar decisiones que resulten razonablemente predecibles por los ciudadanos.

Así concebida la teoría de Hayek sobre el *EdD*, ésta parece estar en tensión con ciertos elementos de las prácticas judiciales en diversos ámbitos de la toma de decisiones judiciales, algo que Hayek no ignora. Como él acertadamente lo señala:

Hay algún conflicto inherente entre un sistema jurisprudencial y la idea del Estado de Derecho. Dado que en la jurisprudencia el juez constantemente crea derecho, el principio de que él simplemente aplica las

normas pre-existentes puede bajo ese sistema ser abordado aún menos perfectamente que si se aborda la ley codificada (Hayek, 1955: 19).

Inicialmente, Hayek considera esta tensión como una razón para pensar que la legislación era una fuente de derecho moralmente superior. Mientras la toma de decisión judicial se realiza a nivel particular, concreto e individual y, por tanto, más susceptible a infringir los ideales del *EdD*, la legislación crea derecho a nivel general que es consistente con el lema “de gobierno de las leyes y no de las personas”.

Dada su propia conceptualización, Hayek tiene *prima facie* razón para preocuparse acerca de la relación entre los ideales del *EdD* y la jurisprudencia en la forma como se toman las decisiones judiciales que caracterizan al sistema del *Common Law*. La idea parece ser que la autonomía ciudadana puede ser respetada por la regulación coercitiva sólo en la medida en que las normas sean de carácter general, ciertas e iguales en aspectos tales como para aislar a los ciudadanos de la aplicación de mecanismos coercitivos fundados en un ejercicio de discreción judicial sin ninguna limitación legal.

El modelo de la toma de decisiones judiciales en el *Common Law*: Las fuentes de conflicto con el *EdD*.

Si el modelo de *Common Law* de la toma de decisiones judiciales comparte las mismas características sobresalientes morales que ponen en tela de juicio la relación entre la supremacía judicial y el *EdD*, entonces es útil comenzar con las características del modelo del *Common Law* y las prácticas legales asociadas que preocupaban a Hayek.

La existencia de casos difíciles

La existencia de casos difíciles puede ser, en el fondo, lo que explica las diferentes tensiones que aparecerán a horcajadas en los ideales del modelo del *Common Law* y los ideales del *EdD*. El problema con el sistema del *Common Law*, tal como Hayek entiende los ideales del *EdD*, es que los casos difíciles surgen entre dos partes porque la norma que las rige es vaga en cuanto a su aplicación a los hechos. En consecuencia, hay dos posibilidades: o bien ambas partes tienen una expectativa razonable de ganar la disputa, o no la tienen. Los casos difíciles son difíciles

precisamente porque las interpretaciones inconsistentes de la norma son plausiblemente respaldadas en algunos niveles dentro del umbral de la jurisprudencia. En ningún caso puede plausiblemente decirse que las partes tienen aviso razonable de qué comportamiento es requerido. Ambos están en la mismas condiciones epistémicas en cada caso y, por tanto, tienen una igual expectativa razonable de ganar (la cual podría lograr ser una expectativa irrazonable). De hecho, esta es una característica conceptualmente necesaria de los casos difíciles: los casos difíciles son difíciles precisamente porque hay argumentos plausibles para ambas posiciones a ambos lados de la cuestión. En consecuencia, parece claro que los casos difíciles entrarán en conflicto con los ideales del *EdD* que requieren “normas que hagan posible prever con certeza justo cómo la autoridad hará uso de su poder coercitivo en determinadas circunstancias y que permitan planificar los propios asuntos individuales”.

Es importante tener en cuenta que no hay otros posibles casos en los que, suponiendo representación competente y pleno acceso a los materiales pertinentes, la disputa implicaría los ideales del *EdD*. Si A tiene una expectativa razonable de ganar y B no la tiene, entonces el caso no parece ser difícil, siempre y cuando otras cosas (como he descrito anteriormente) sigan siendo iguales; un caso difícil se caracteriza por dos interpretaciones plausibles de la norma aplicable, incompatibles entre sí, que compiten. El resultado, por supuesto, es el mismo si se trata de B con la expectativa razonable y A sin tal expectativa. No estamos ante un asunto del *EdD* porque, en este caso, en los supuestos descritos anteriormente, las normas eran suficientemente claras, generales, ciertas y permiten de forma igualitaria que las partes contendientes planifiquen sus asuntos de una manera que les permita evitar conflictos desagradables que pueden implicar la aplicación de medidas coercitivas por parte del Estado.

Ejercicio de la discreción judicial jurídicamente ilimitada

Un asunto adicional es de fácil manejo. Los ideales del *EdD* se ocupan principalmente de asegurar a los ciudadanos que tengan noticia exacta de lo que la ley exige de ellos, y esto dicta que la ley debe ser elaborada, enmarcada, anunciada y administrada de cierta manera hacia las personas sin requerirle algo que les sea imposible. Una segunda preocupación, sin embargo, es proteger a los ciudadanos de las decisiones que los someten a un compromiso potencial con la maquinaria coercitiva del Estado a partir de

decisiones de los funcionarios que no estén debidamente *contempladas* por el derecho. Como se expone al comienzo del extracto de la cita de Hayek citada con anterioridad, este autor define parcialmente el *EdD* en términos de restricciones a los jueces: “esto significa que el *gobierno* en todas sus formas y *acciones* está *sujeto por normas fijadas y anunciadas de antemano*” (Hayek, 1994: 80) [las cursivas son propias].

Otra preocupación principal, entonces, de los ideales del *EdD*, es proteger a las personas contra decisiones oficiales tomadas por fuera de las limitaciones jurídicas propias de la competencia –por ejemplo, por medio de normas jurídicas con rango de ley que vinculan jurídicamente a los funcionarios–. La preocupación en este caso es que los ideales del *EdD* están siendo violados porque la ley se impone a los ciudadanos por parte de otras personas que se encuentran legalmente sin restricciones. Una persona con autoridad legal sin restricciones para crear contenido jurídico vinculante es, como cuestión de derecho, libre para imponer y hacer cumplir restricciones arbitrarias que son los productos de consideraciones subjetivas, tales como la codicia o el capricho.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que hay dos preocupaciones diferentes implicadas por lo que voy a llamar a esto exigencia de carácter vinculante (es decir, la norma propia del *EdD* que desalienta decisiones jurídicamente vinculantes realizadas por funcionarios que no están restringidos por ley en el desempeño de sus funciones oficiales). La exigencia vinculante está, sin duda, motivada, al menos en parte, para asegurarles a las personas que obtengan un aviso razonable de lo que en sus actuaciones están obligados a realizar o de qué deben abstenerse. Pero existen dos problemas potenciales aquí: 1) la preocupación por garantizar que los ciudadanos tengan un aviso razonable de las leyes a las que ellos están *jurídicamente* sometidos; y 2) lo concerniente a garantizar que los jueces están sujetos a las normas que *jurídicamente* los vinculan con respecto a la forma en que pueden adjudicar legalmente las controversias que surjan bajo la ley.

Lo descrito en (1) está relacionado con los casos difíciles, pero no (2). Es un lugar común entre los teóricos generales del Derecho decir que existen normas *jurídicas* que legalmente *obligan* a los jueces a intentar tomar decisiones de acuerdo con ciertos principios. Cómo uno da cuenta de las fuentes de esas normas o el carácter preciso de la normativa que imparte juridicidad a la ley, no importa. Lo que importa es que todo el mundo esté de acuerdo en que los jueces están jurídicamente obligados por las normas de segundo orden que rigen sus actos como jueces. Esto es claro, ya sea que

uno considere la norma como incorporada en una regla de reconocimiento convencional (como un positivista lo hace), ya sea como fruto de una norma moral con estatus jurídico simplemente en virtud de su contenido moral (como algunos iusnaturalistas lo hacen). Los jueces de Estados Unidos se ven limitados por algún tipo de norma jurídica que les prohíbe, entre otras cosas, decidir los casos tirando una moneda. Si se conoce, por ejemplo, que la Corte Suprema de Estados Unidos va a decidir si se debe revocar *Roe vs Wade* tirando una moneda, yo creo que es justo suponer que el resultado sería un crisis constitucional que pocas veces se ha visto. Yo supondría, siendo esto una conjetura, que el Poder Ejecutivo enviaría, por lo menos, una señal fuerte de que podría abstenerse de utilizar su poder de policía para hacer cumplir la decisión. Exactamente qué requieren estas normas jurídicas en un caso particular es algo que está lejos de ser transparente, pero la toma de decisiones judiciales está claramente limitada, en alguna medida, por las normas jurídicas. La discrecionalidad judicial está, pues, limitada por el contenido de estas normas.

El problema que importa es (1). Si el primer orden o segundo orden de la norma jurídica bajo la cual surge la disputa es un caso difícil, entonces los ciudadanos litigantes son los que no tienen conocimiento razonable de lo que están obligados a hacer. Por otro lado, los jueces tendrán noticias razonables de lo que están obligados a hacer; después de todo, habrá estándares que los ayuden a identificar las normas pertinentes y cánones de segundo orden de la interpretación que los guíen para interpretarlas, así como normas que explican los requisitos de procedimiento, etc. Por supuesto, no será fácil para *los jueces* determinar la ley de primer o segundo orden aplicable. Pero esto *no* es lo que la exigencia vinculante del *EdD* preocupa: el *EdD* se ocupa de proteger a los *ciudadanos* de, por así decirlo, una *justicia caprichosa*. La incertidumbre de los litigantes en cuanto a sus derechos y deberes legales no se presenta como algo más aceptable, ya sea desde el punto de vista de la moral o desde el punto de vista de sus propios intereses prudenciales, por la seguridad judicial acerca de los principios de segundo orden que definen el deber *judicial* que debe ser aplicado.

En cualquier caso, es difícil ver cómo la incertidumbre que surge con respecto al contenido y a la aplicación de una norma general no plantea ningún problema genuino del *EdD* para los tribunales como tampoco para el legislador. Los ideales del *EdD* *requieren* que las normas se enmarquen en un lenguaje general. Puesto que el lenguaje general siempre contendrá un área de vaguedad y de textura abierta, es inevitable que los casos difíciles

surjan de estas áreas y también, por tanto, inevitable que habrá leyes que no transmiten una información razonable de lo que es requerido. El legislador no es más propenso a tener acceso infalible a una única respuesta correcta, si tal cosa existe. Así que la preocupación de Hayek en relación con la *certeza* como un componente necesario de los ideales del *EdD* no ayuda en lo más mínimo a distinguir al legislador de los tribunales del *Common Law* con los cuales él está inicialmente preocupado.

Por supuesto, hay un claro problema que surge bajo los ideales indiscutibles procedimentales del *EdD* –y este es que las normas generalmente sólo deben aplicarse de forma prospectiva–. Los tribunales estadounidenses de *Common Law* con frecuencia deciden casos difíciles y aplican la decisión al caso en cuestión. Como Ronald Dworkin señala, parece injusto responsabilizar a una de las partes por conductas que ella no tenía información razonable de que le generarían responsabilidad.

Pero esto no es un problema específico de la práctica judicial. El mismo problema se aplicaría a un “tribunal” de tipo legislativo encargado de resolver un litigio. El ideal del *EdD* no estaría menos implicado por las aplicaciones legislativas *a posteriori* de dicha consideración que es una aplicación judicial *ex post facto*. En ninguno de los casos la estructura de la institución legal pertinente juega un papel en la constitución de la práctica como un problema para los ideales del *EdD*.

Autoridad final

Un tribunal tiene *autoridad* para decidir una cuestión jurídica sustantiva sólo si su decisión crea *obligaciones* presuntivas que son aceptadas por parte de otros funcionarios como ley. Tener autoridad es ser capaz de emitir directivas que son *autoritativas* sobre una clase relevante de individuos; y una directiva es autoritativa en virtud de que *obliga* a esa clase de individuos en un sentido relevante (es decir, legal, en este caso).

Cada Corte de Apelaciones del *Common Law* tiene autoridad para decidir cuestiones de fondo sobre la ley en el sentido descrito anteriormente. Las valoraciones de un tribunal de apelaciones del *Common Law* son jurídicamente vinculantes sobre otros funcionarios del sistema hasta que un tribunal superior anule o mantenga la decisión. Los funcionarios ejecutivos están legalmente obligados a cumplir las decisiones de la Corte, por ejemplo, hasta el momento en que un tribunal superior con jurisdicción haga algo para extinguir dicha obligación.

Pero no todos los tribunales de apelaciones tienen autoridad “final”. La autoridad de un tribunal para decidir una cuestión de fondo de derecho es *definitiva* si y sólo si no hay un organismo *oficial* con autoridad para anular la decisión de dicho tribunal. Como Dworkin opina en este punto controvertido, “[un] funcionario tiene autoridad final para tomar una decisión [cuando su decisión] no puede ser revisada y revocada por cualquier otro funcionario” (Dworkin, 1977: 32). Por consiguiente, si un tribunal tiene la autoridad final sobre una decisión, entonces su decisión crea una obligación que vincula a los funcionarios en la jurisdicción; ya que no existe posibilidad de reversión, la obligación es final.

Las obligaciones creadas por decisiones de un tribunal con autoridad (legal) final son necesariamente legales –si no morales– en su carácter; esto es simplemente una verdad conceptual que expresa la naturaleza de la autoridad legal final. Esto tiene una consecuencia muy importante: *en la medida en que un tribunal tenga autoridad final para decidir una cuestión sustantiva de derecho, puede legalmente obligar a los funcionarios en su jurisdicción, en igualdad de condiciones, con cualquiera de las dos decisiones contradictorias sobre esa cuestión*. Por ejemplo, si un tribunal tiene la autoridad final para decidir si el derecho al aborto puede ser restringido por la legislación, entonces su decisión crea obligaciones legales que vinculan a otros funcionarios independientemente de cómo la decisión salga –siempre y cuando el tribunal dicte resolución en una manera aceptable–.

Parece que es una cuestión de necesidad natural que algún tribunal sea asignado, por lo menos, a una forma calificada de autoridad final –por lo menos con respecto a los demás tribunales sujetos a su jurisdicción–. Cuando el más alto tribunal del *Common Law* (es decir, el que tiene la autoridad final) ha llegado a una decisión, todos los tribunales de apelación del *Common Law* inferiores están obligados por esa decisión. Pero si su “autoridad final” se *limita a los otros tribunales en la jurisdicción*, entonces los funcionarios de otras ramas podrían estar presuntamente obligados por la decisión del tribunal, pero no están, a fin de cuentas, obligados. De hecho, podría ser que haya una regla institucional que permite a los funcionarios de otras ramas hacer caso omiso de las decisiones del más alto tribunal en determinadas circunstancias. En estos casos, por ejemplo, las decisiones del más alto tribunal del *Common Law* podrían ser vinculantes para los demás tribunales en la jurisdicción, pero no son más que *consejos* desde la perspectiva de otros funcionarios.

En efecto, esto parece, a todos los efectos prácticos, ser verdad para los tribunales del *Common Law* en sistemas como el de Estados Unidos. En este país los tribunales tienen la autoridad primaria sobre diversas áreas del derecho en virtud (por lo general implícita) de la delegación legislativa, que puede ser, y ha sido retirada, por el legislador. Por ejemplo, el *Common Law* ha incluido en su seno, tradicionalmente, el área del derecho contractual, pero el legislador asumió la potestad para desarrollar el contenido de la ley de compraventas. Las áreas que se dejaron para desarrollo de los tribunales del *Common Law* son sólo de los tribunales a discreción del legislador. Por supuesto, esto no es lo que normalmente se entiende por “consejo”. Este término por lo general significa que los funcionarios tienen un margen de apreciación caso por caso de no aceptar lo que afirma un tribunal. La autoridad de los tribunales del *Common Law* es “advertir” de una forma no estándar (pero en conexión) en el sentido de que la potestad general de los tribunales puede ser revocada a juicio del legislador.

El punto importante para nuestro propósito es que ningún tribunal del *Common Law* tiene autoridad final, en el sentido más robusto del término, con respecto a la toma de decisiones acerca del contenido del *Common Law* y a cómo se aplica en casos particulares. La decisión de cualquier tribunal del *Common Law* sobre tales asuntos puede ser fácilmente anulada por el legislador en una de dos maneras. En primer lugar, y más directamente, el legislador simplemente puede promulgar una ley que anula la decisión del tribunal. En segundo lugar, de forma más indirecta y menos común, el legislador puede simplemente promulgar una nueva ley integral que elimina el área en cuestión del *Common Law* y así la asigna al legislador. La preocupación inicial de Hayek sobre la toma de decisiones judiciales en el *Common Law* parece ser claramente infundada, una vez que se aclaran y se distinguen debidamente las cuestiones pertinentes.

EVALUACIÓN DE LA RECONCILIACIÓN DE HAYEK ENTRE LOS IDEALES DEL *EDD* Y LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES DEL *COMMON LAW*

Como he sugerido en el planteamiento anterior, hay menos preocupaciones del *EdD* de importancia práctica con el funcionamiento de los tribunales de *Common Law* de lo que podría suponerse inicialmente. Los casos difíciles surgen inevitablemente debido a la exigencia del *EdD* de que

las leyes sean redactadas en términos generales –y no importa qué agencia decida las controversias (ya sea legislativa o judicial)–. La incertidumbre siempre surge porque los casos difíciles inevitablemente aparecen, de nuevo, sean estos decididos por un órgano legislativo o por uno judicial. Del mismo modo, los asuntos derivados de los ideales del *EdD* en conexión con los casos difíciles, que desalientan *ex post facto* las aplicaciones de las leyes que no lograron dar cuenta razonable al momento en que era necesario, no son propios de una institución-específica. Estos asuntos operan tanto en instituciones judiciales como en instituciones legislativas. Podemos concluir, por lo menos, que la fuente de cualquier violación al *EdD* que se plantea en relación con los casos difíciles tiene poco que ver con las prácticas específicas de la institución particular bajo consideración.

Es instructivo a este respecto darle un breve vistazo a un razonamiento de Hayek en cuanto su propia retractación sobre el carácter problemático de los tribunales del *Common Law*. Curiosamente, si Hayek parecía, inicialmente, ver la ley hecha por el legislador como superior –bajo los ideales del *EdD*– sobre la ley hecha por los tribunales del *Common Law*, más adelante se retractó de esta postura. Hayek llegó a considerar que el sistema de jurisprudencia del *Common Law* protege los ideales del *EdD* más de lo que él había pensado.

Hayek adopta una defensa, bastante curiosa, de su afición recién descubierta por el *Common Law*. En particular, parece argumentar, a lo largo de las líneas dworkianas, que el *Common Law* proporciona una forma de construcción de una red sin fisuras la cual es guiada por normas que ya son bien conocidas por los sujetos:

Los esfuerzos del juez son, pues, parte de ese proceso de adaptación de la sociedad a las circunstancias por medio de las cuales el orden espontáneo crece. Él colabora en el proceso de selección defendiendo aquellas normas que, como las que han funcionado bien en el pasado, hacen más probable que las expectativas se armonicen en vez de que entren en conflicto. Pero incluso cuando en el desempeño de esta función él crea nuevas reglas, él no es el creador de un nuevo orden sino un siervo del ya existente. Y el resultado de sus esfuerzos será un ejemplo característico de aquellos “productos de la acción humana pero no del diseño humano” en el cual la experiencia adquirida por la experimentación de las generaciones encarna más conocimientos de los que haya poseído cualquiera (Hayek, 1973:119).

La estrategia de Hayek aquí parece ser la de mostrar que los jueces no están inventando la ley sino más bien que ellos están *descubriendo* el contenido que se materializa en la sabiduría común de la gente, la cual es formada por la experiencia.

De hecho, Hayek parece estar asumiendo una teoría casi dworkiana en lo que respecta a la interpretación en el *Common Law*. Desde el punto de vista de Dworkin, el derecho contiene no sólo las directivas legislativas y judiciales debidamente promulgadas sino también los principios morales que subyacen a estas directivas y que las unen como un cuerpo común de derecho que representan los compromisos aceptados del liberalismo. Desde el punto de vista de Dworkin, siempre hay una única respuesta correcta que está ahí para ser descubierta por el juzgador, porque los principios morales que subyacen a los materiales jurídicos existentes tienden a unificar al derecho en forma parecida a un tejido sin costuras. Por su parte, para Hayek parece ser que la ley contiene tales principios unificadores que se derivan, si no de la moralidad en parte, sí de las costumbres que contemporáneamente se están aplicando.

Si Dworkin o Hayek están en lo correcto acerca de este supuesto, eso no ayuda al menos para abordar el problema del tema del *EdD* funcional/procedimental. Mientras el punto de tales concepciones del *EdD* sea promover la regulación eficaz de la conducta humana mediante el suministro de reglas fijas que se expresen en un lenguaje bastante claro a un punto que puedan ser entendidos por una persona razonablemente competente, el hecho de que surjan casos difíciles es, por sí mismo, suficiente para crear una preocupación con respecto a si las prácticas judiciales del *Common Law* en relación con los casos difíciles son incompatibles con los detalles del *EdD*. Podría ser que, al final del día, estas prácticas estén justificadas en última instancia por su carácter de moralidad política, por algo parecido a la necesidad práctica. Pero esto será a pesar del hecho de que los ideales del *EdD* requieren el derecho para enmarcarse en un nivel suficientemente alto de generalidad que asegure el tipo de vaguedad que da lugar a los casos difíciles –y no porque los ideales del *EdD* lo requieran–. De hecho, estos otros principios relativos a la necesidad práctica no figuran ni en los ideales del *EdD* ni en lo que conllevan esos ideales. Al fin y al cabo, en consecuencia, la justificación de la necesidad hará referencia a otras consideraciones de moralidad política propias de los ideales del *EdD*, que parecen, inicialmente, dar lugar al problema.

LA DOCTRINA DE LA SUPREMACÍA JUDICIAL Y LOS IDEALES DEL *EdD*

La doctrina de la supremacía judicial es, por supuesto, un tema de creciente preocupación teórica entre los filósofos y los teóricos político-normativos. Y esta preocupación incluye si las prácticas correspondientes satisfacen los ideales del *EdD*. En principio, vale la pena señalar que las prácticas asociadas con la supremacía judicial incluyen muchas de las prácticas asociadas con la toma de decisiones propias del *Common Law* y, por tanto, las preocupaciones en torno al *EdD* son similares a las que ya se han abordado. Pero, y esto explica la importancia del tema, la supremacía judicial implica algunas prácticas que parecen especialmente problemáticas, a primera vista, desde el punto de vista de la teoría política normativa.

En primer lugar, la autoridad *final* de la Corte Suprema de Estados Unidos para decidir cuestiones que entren en el ámbito de su competencia es mucho más robusta que la de cualquier otro tribunal del *Common Law*. Mientras que las posturas de la más alta instancia judicial del *Common Law* obligan con sus decisiones a todos los demás tribunales inferiores (y hasta cierto medida a sí misma), la finalidad de su autoridad se extiende no más allá que esto; el legislador generalmente puede promulgar una ley que anule efectivamente cualquier línea particular de decisiones del *Common Law* efectuadas por el tribunal con la más alta autoridad. Sin embargo, la autoridad de la Corte Suprema de Estados Unidos se extiende mucho más allá de esto. El Congreso no puede revocar una decisión que declaró una ley inconstitucional, promulgando otra ley. La única manera de revertir efectivamente una decisión en tal sentido de la Corte es por medio del proceso de enmienda definido por la Constitución Federal, un proceso que rara vez se ha utilizado con éxito para cambiar una línea jurisprudencial de la Corte.

En segundo lugar, y el más importante, la autoridad de la Corte Suprema de Estados Unidos que es relevante para nuestro propósito se extiende a la configuración del *contenido* de la Constitución, que establece la estructura básica para el sistema de democracia constitucional de Estados Unidos. Hay desacuerdo acerca de si la Corte Suprema debe tener la autoridad final para decidir si las leyes son válidas en virtud de la Constitución, pero esto es muy claro: la Corte Suprema tiene *actualmente* autoridad definitiva para decidir algunas cuestiones constitucionales. De hecho, no se podría negar plausiblemente, como Ronald Dworkin acertadamente lo señala,

que la Corte Suprema de Estados Unidos “tiene la última palabra sobre si y cómo los estados pueden ejecutar asesinatos o prohibir abortos o exigir orar en las escuelas públicas, o sobre si el Congreso puede enviar soldados para luchar en una guerra o forzar a un presidente a hacer públicos los secretos de su oficina” (Dworkin, 1986: 2).

Si bien es natural pensar que las decisiones de la Corte con autoridad final son jurídicamente vinculantes, ya que establecen el contenido de la ley, esto no es necesariamente cierto. Es tanto lógica como nomológicamente posible (es decir, de acuerdo con las leyes de la naturaleza que son verdad de este mundo) para los funcionarios la obligación jurídica de hacer cumplir el contenido de una norma que carece del estatus jurídico –algo que sucede con frecuencia en las disputas que implican a la ley de alguna otra nación, estado o jurisdicción–.

Pero no es así como los funcionarios de Estados Unidos entienden las decisiones constitucionales de la Corte. Aunque los funcionarios y los ciudadanos podrían estar en desacuerdo con una decisión tomada por la Corte, pensando que es equivocada por una cuestión de interpretación, dicha decisión es asumida, no obstante, como ley. Incluso cuando una decisión se piensa como claramente equivocada, el Estado la hace cumplir con los mismos mecanismos coercitivos utilizados para hacer cumplir cualquier otra norma jurídica. Las decisiones de la Corte *establecen* el contenido de la ley en el ámbito constitucional.

Esto no debe entenderse en el sentido de que la decisión de la Corte que declara una norma como inconstitucional *invalida* la ley en el sentido de que elimina una norma de los códigos o impide al legislador volver a promulgar la misma ley, lo que significaría retar a la Corte para que se retracte (lo que ocurre con bastante frecuencia con *Roe versus Wade*).⁷ Una derogación explícita por parte del legislador es requerida para eliminar una norma de los códigos, pero no hay razón para que ese cuerpo gaste energía después de que una norma es declarada inconstitucional. Por tanto, el efecto legal de la declaración de inconstitucionalidad y una derogación legislativa es la misma: la ley invalidada crea derechos y deberes no exigibles. Y lo mismo puede decirse de una repromulgación –salvo que la Corte se retracte a sí misma luego de un cambio jurídico subsiguiente–.⁸ De hecho, como

7 Véase, por ejemplo, Adler y Dorf (2003: 1105-1202).

8 Los funcionarios y los teóricos constitucionalistas están en desacuerdo sobre la forma de caracterizar los efectos de una declaración de inconstitucionalidad. Algunos teóricos y jueces argumentan que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es la de anular la ley. De hecho, en Norton

algo propio de la práctica jurídica, otros funcionarios ejecutivos siguen la decisión y declinan hacer cumplir las leyes que sean declaradas inconstitucionales o leyes con contenidos que son suficientemente cercanos a una norma que fue declarada inconstitucional, lo que les permitiría inferir con una fuerte probabilidad a favor de que serían declaradas inconstitucionales. Esta práctica incluye al Presidente.

Tampoco debe ser tomada la autoridad final de la Corte en relación con el derecho constitucional para implicar que los funcionarios están obligados a estar de acuerdo con ella. Implica, simplemente, que ellos deben dar cumplimiento de la sentencia respecto de los actos comprendidos en su ámbito de aplicación. Por ejemplo, un senador puede estar en desacuerdo con la posición de que una ley es constitucional y votar en contra de ella creyéndola inconstitucional cuando se trata de su renovación. No hay nada en la afirmación de que la Corte tiene la autoridad final para decidir cuestiones constitucionales que implique que cualquier funcionario está obligado a *creer* que esa posición es la correcta.

De hecho, no hay nada en la idea de que la Corte tiene la autoridad final que implique que uno de sus miembros que disintió con la decisión final deberá abandonar su disidencia la próxima vez que el tema surja. En el tema del aborto, el juez Scalia ha indicado que él va a “seguir disintiendo del esfuerzo [de la Corte] de elaborar un Código del Aborto y de la ilusión de que [la Corte] tiene autoridad para hacerlo”.⁹ Esto no sólo es coherente con el análisis ofrecido hasta el momento; incluso, como lo hemos visto, podría decirse que lo aquí dicho en torno a cómo la regla de reconocimiento converge con la práctica (o, para decirlo en términos jurisprudencialmente agnósticos, los deberes legales que obligan a los jueces en la interpretación de la Constitución), requeriría que Scalia continúe disintiendo, dada su perspectiva de que la regulación del aborto es inconsistente con la mejor interpretación de la Constitución.

En cualquier caso, no se puede negar, por lo menos como una cuestión de práctica jurídica actual, que la Corte Suprema de Estados Unidos tiene una autoridad final robusta sobre el contenido de la Constitución. Los

versus Condado de Shelby, 118 U.S. 425 (1886), la Corte declaró que “un acto inconstitucional no es una ley; no confiere ningún derecho; no impone ningún deber; esto es, desde la perspectiva legal, tan inoperante como si nunca hubiera pasado”. Para una defensa de este punto de vista, véase Alexander y Schauer (1997: 1359-1387). Por su parte, la Corte no siempre se ha adherido a este punto de vista. Véase *U.S. versus U.S. Coin and Currency*, 401 U.S. 715 (1971), 741.

9 *Hodgson versus Minnesota*, 497 EE.UU. 417 (1990), 480 (*dissenting*).

funcionarios pueden estar en desacuerdo sobre dichas posturas; sin embargo, la declaración de la Corte señalando a una norma como inconstitucional vuelve claramente inaplicable dicha norma y, por tanto, como carente de la fuerza que parcialmente constituye a un proyecto de ley promulgado como *ley* en sentido estricto; las normas de un sistema *S* que no pueden ser legalmente forzadas para su ejecución no se caracterizan correctamente como “leyes” ni se dice de ellas que tengan la condición de “validez jurídica” o “legalidad”. Las normas jurídicas son característicamente respaldadas por el poder de policía del Estado. Una vez que se quita esta última característica, su condición de “ley”, *para todos los propósitos prácticos*, ha sido removida sin importar si tal norma se mantiene en los libros.

¿La pregunta equivocada?

La pregunta surge de forma natural en cuanto a si las prácticas asociadas con el estilo judicial estadounidense en torno a la supremacía judicial son coherentes con los ideales del *EdD*. Como hemos visto, Hayek estuvo muy interesado en demostrar que en el *Common Law* la toma de decisiones judiciales satisface los ideales del *EdD*; también como ya se ha visto, él llegó a creer que el sistema judicial de *Common Law* era más esencial para un sistema democrático justificado que las capacidades creadoras de normas por parte de las legislaturas elegidas democráticamente.

El problema con el análisis de Hayek es que confunde el *EdD* con moral legitimante, aparentemente pensando que todo lo que se necesitaba para justificar las prácticas judiciales del *Common Law* y la democracia consistía en demostrar que 1) ellas eran compatibles y 2) las prácticas judiciales del *Common Law* satisfacen los asuntos propios del *EdD*. Pensó que había mostrado (1) por la exposición de cómo estas prácticas judiciales de *Common Law* eran compatibles con la democracia porque los jueces se limitaban a descubrir la ley definida por las prácticas habituales del pueblo. Ciertamente, a primera vista, esto parece más formal que sustancial; hay muchos supuestos problemáticos sobre cómo los jueces llegan a tomar sus decisiones y acerca de si el proceso a través del cual llegan a sus decisiones es más preciso llamarlo “descubrimiento” o “invención”. Pero incluso si Hayek tiene éxito mostrando esto aún está corto al momento de dar una justificación completa de las prácticas del *Common Law*.

El problema es que Hayek ha pasado por alto una distinción importante. Bien podría ser que las normas propias del *EdD* deberían figurar en

una determinación en cuanto a si una práctica jurídica particular está moralmente justificada o, para decirlo en el lenguaje más técnico de la filosofía política, si es “legítima”. Sin embargo, el papel que las normas del *EdD* juegan en la justificación de una práctica en particular está muy lejos de agotar las consideraciones que deben ser exploradas para determinar si esa práctica jurídica es legítima. Y esto es especialmente cierto de los estándares del *EdD* definidos por una demostración de las especies funcional/procesal preferidas por Fuller, Raz y Hayek.

Hay muchas más propiedades que las elegidas por los ideales del *EdD* que deben ser tenidas en cuenta con el fin de demostrar que las prácticas judiciales del *Common Law* son legítimas –y esto es mucho más claro aún en el caso de las prácticas asociadas con la supremacía judicial–. Aquí vale la pena señalar que algunas de las preocupaciones relacionadas con las prácticas judiciales del *Common Law* también se asocian con la supremacía judicial. Ambas prácticas implican preguntas relativas a la incertidumbre y a la existencia, en su caso, de restricciones sobre el área apropiada de la toma de decisiones judiciales.

Si bien el problema de incertidumbre puede darse en la supremacía judicial bajo los estándares del *EdD*, esto no es diferente del problema que surge en las prácticas judiciales del *Common Law*; la supremacía judicial parece plantear un problema más grave con respecto a la preocupación de que hay limitaciones legales insuficientes sobre la autoridad final de toma de decisiones por parte de la Corte. La preocupación aquí es que la falta de este tipo de restricciones, que violaría los ideales del *EdD*, absolutamente deslegitima la supremacía judicial. John Chipman Gray, por ejemplo, sostiene que la ley es, como una cuestión conceptual, lo que el más alto tribunal dice que es: “Para citar... al Obispo Hoadly: ‘No, el que tiene una autoridad absoluta para interpretar una ley escrita o hablada, es verdaderamente el Legislador para todos los efectos, y no la persona que primero escribió y les habló’” (Gray, 1924: 125). Desde esta perspectiva, la autoridad final para decidir cuál es la ley lógicamente implica “autoridad absoluta” que no puede ser limitada legalmente en modo alguno. Aunque Gray parecía ver esto como una característica conceptualmente necesaria de la ley y, por tanto, no plantea cuestiones interesantes de la legitimidad, esta preocupación en particular golpea el corazón del tema de la legitimidad que concierne con la supremacía judicial. Parece, después de todo, completamente inconsistente con la democracia que haya un “soberano” que no rinde cuentas ante el electorado.

Hart rechaza explícitamente la opinión de Gray en su aplicación a la Constitución de Estados Unidos alegando que la autoridad legal de la Corte sobre las decisiones de validez siempre está limitada por los significados determinados por la propia Constitución: “En cualquier momento dado, los jueces, incluso aquellos de una corte suprema, son partes de un sistema de reglas las cuales son lo suficientemente determinada desde el centro para suplir las normas de decisión judicial correcta” (Hart, 1924: 145) (CL 145). Entonces, en opinión de Hart, Gray pasa por alto el hecho de que la Corte está legalmente obligada a fundamentar sus decisiones válidas en el lenguaje de la Constitución y, por tanto, que la Corte está jurídicamente obligada a *interpretar* la Constitución.

Para Hart es cierto que hay límites a la gama de interpretaciones constitucionales que los funcionarios están dispuestos a aceptar como el establecimiento de lo que es y no es jurídicamente válido en todos los sistemas jurídicos existentes. Por ejemplo, un fallo de la Corte que invalide un límite de velocidad federal en razón de que viola el derecho consagrado en la Segunda Enmienda a portar armas provocaría, probablemente, una crisis constitucional sin precedentes en la historia de Estados Unidos. Por otra parte, una decisión de la Corte invalidando la legalidad del papel moneda en una teoría originalista probablemente sería ignorada y brutalmente criticada.

Más importante, hay otras limitaciones a lo que la Corte puede hacer con respecto a la toma de decisiones judiciales sobre cuestiones constitucionales. La Corte Suprema de Estados Unidos no tiene más autoridad directa sobre el ejercicio de la fuerza en apoyo a sus decisiones que la que tiene cualquier otra corte. La autoridad de la Corte sobre cuestiones constitucionales depende de que sus posturas sean aceptadas como vinculantes, observadas y aplicadas como tal por otros funcionarios. En caso de que el Presidente se niegue a autorizar el uso del poder de policía para hacer cumplir las decisiones de la Corte, las decisiones de la Corte no tienen nada que plausiblemente se pueda caracterizar como “autoridad” final. Los positivistas creen que estas restricciones son las limitaciones legales que son incorporadas en la regla social de reconocimiento que es *aceptada por los funcionarios* y que, por tanto, cuenta como norma. No está del todo claro si —y en qué medida— las teorías antipositivistas caracterizarían estas como restricciones legales.

Pero eso es sólo un problema de la taxonomía. Las restricciones sobre la Corte plantean la posibilidad de que otros funcionarios retiren el apoyo institucional que la Corte necesita para garantizar que sus decisiones sean observadas, apoyo que debe ser suficientemente riguroso y eficaz para que

así pueda derrotar las preocupaciones en torno al *EdD* de manera decisiva –al menos en cuanto surgen estas preocupaciones desde una concepción procedimental/funcional del *EdD*–.

Nótese, sin embargo, que esto no nos acerca del todo a determinar si la supremacía judicial es legítima *considerando todas las cosas*. Queda una mirada de otras preocupaciones que tienen que ver con la naturaleza de la democracia y con las normas morales asociadas que van mucho más allá del alcance de los ideales del *EdD* derivadas de una mera concepción del *EdD* procesal/funcional. Por supuesto, uno podría simplemente identificar el *EdD* con legitimidad moral o identificar legalidad con legitimidad.

Ninguno de estos movimientos, al final del día, ayuda. En primer lugar, es simplemente inverosímil pensar que los conceptos están relacionados de esa manera. En segundo lugar, confundir una distinción rara vez da resultados positivos en la solución de un problema; como regla general, entre más distinciones podamos encontrar en torno a un fenómeno más matizado y variado será nuestro conocimiento del mismo. En tercer lugar, y el más importante, la identificación del *EdD* con legitimidad, como el que entraña concepciones sustantivas del *EdD*, no ayuda en lo más mínimo para responder a la mayoría de las preguntas importantes acerca de si las características especialmente problemáticas de la supremacía judicial son, sin embargo, legítimas.

En su mayor parte, hay poco valor en la evaluación de la supremacía judicial desde el punto de vista de los ideales del *EdD*, independientemente de si se derivan de una concepción procedimental/funcional o de una concepción sustantiva del *EdD*. De hecho, no es del todo falto de caridad pensar que cualquier preocupación sobre el *EdD* en torno a la supremacía judicial involucra más distracción que iluminación. La cuestión del *EdD* parece ser simplemente una cuestión equivocada para preguntar acerca de estas prácticas judiciales. Es mejor centrarse en consideraciones más generales que tienen que ver con la legitimidad moral, al tiempo que así se reconoce el comparativamente menor papel que juegan los ideales procesales del *EdD*. No hay progreso, de nuevo, al confundir el *EdD* con legitimidad mediante la adopción de una concepción sustantiva del *EdD*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adler, M. D. y M. C. Dorf (2003). “Constitutional existence conditions and judicial review”. *Virginia Law Review*. Vol. 89. Núm. 6.

Alexander, L. y F. Schauer (1997). "On Extrajudicial Interpretation". *Harvard Law Review*. Vol. 110. Núm. 7.

Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

——— (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.

——— (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.

Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.

Gray, J. Ch. (1924). *The nature and source of law*. Nueva York: The MacMillan Company.

Hart, H. L. A. (1924). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Hayek, F. (1955). *The political idea of the rule of law*. El Cairo: Banco Nacional de Egipto.

——— (1973). *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order*. Vol. 1. Chicago: University of Chicago.

——— (1994). *The road to serfdom*. Chicago: University of Chicago Press.

Himma, K. E. (2000). "H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis". *Legal Theory*. Vol. 6. Núm. 1.

——— (2004). "Towards a Theory of Legitimate Access: Morally Legitimate Authority and the Right of Citizens to Access the Civil Justice System". *Washington Law Review* [Technology, Justice, and Values Symposium and Conference Edition]. Vol. 79. Núm. 1.

