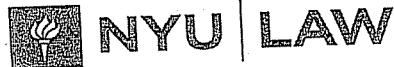


EL IMPERIO DE RONALD DWORIN: ENSAYOS DE FILOSOFÍA MORAL, POLÍTICA Y JURÍDICA

serie estudios

Marcelo Alegre
(compilador)
Juan Nascimbene
(coordinador)



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



Jugando en la catedral: cadáver exquisito, novela encadenada y más allá*

Roberto P. Saba**

Los artistas del movimiento Dadá se rebelaron contra la cultura de la razón. Creían que los acólitos de la razón eran los responsables de muchos de los males que habían asolado al mundo y que culminaron en las guerras mundiales de la primera mitad del S. XX. Uno de sus blancos favoritos era el propio lenguaje, en tanto que principal forma de expresión de la cultura de la razón que había llevado a la humanidad al borde del abismo, si no la había hundido ya en sus profundidades.¹ Su rebelión se puso de manifiesto tanto en su arte visual como en su poesía.

Algunos de los artistas del movimiento Dadá iniciaban el proceso creativo con un juego al que llamaron *el cadáver exquisito*.² Esta experiencia lúdica, en la que participaban tanto artistas visuales como poetas, comenzaba con uno de los jugadores escribiendo el primer verso de un poema que sería una empresa conjunta. El verso se escribía en la parte superior de una hoja en blanco y luego era ocultado, doblándose el papel de modo que el segundo jugador no pudiera leerlo. Este recibía lo que, en apariencia, era una hoja en blanco, sabiendo

* Traducido por Ezequiel Monti.

** Universidad de Buenos Aires - Universidad de Palermo.

1. Leah Dickerman y Matthew S. Witkovsky, *The Dada Seminars*, National Gallery of Art, Washington, D.A.P. 2005. Véase también: Henri Béhar y Michel Carassou, *Dada. Historia de una subversión*, Barcelona, Península, 1990.

2. El juego fue creado a partir de un viejo juego de mesa y popularizado por los miembros de la corriente surrealista a principios del S. XX. Robert Desnos, Paul Eluard, André Bretón y Tristán Tzara, quienes solían jugarlo, creían que la creación, en particular la creación poética, debía ser anónima, realizada en grupos y lo más intuitiva, espontánea, lúdica y automática como fuera posible. En el *cadáver exquisito*, aspectos completamente accidentales desempeñan un papel crucial. En las creaciones artísticas desarrolladas de este modo los nombres de los autores son suprimidos, concibiéndose a la obra como una creación grupal en la que domina la combinación contingente de sus partes componentes. Una variante del *cadáver exquisito* es la que corresponde a la costumbre de ciertos autores de terminar los poemas comenzados por sus colegas. En la Argentina, bajo el seudónimo común de H. Bustos Domecq, Jorge Luis Borges y Adolfo Bioy Casares escribieron un famoso cadáver exquisito: *Seis problemas para Don Isidro Parodi*.

únicamente que allí estaba, oculto, el primer verso del poema que ayudaría a completar. De esta manera, el segundo jugador/poeta escribía el segundo verso del poema en total libertad, sin saber lo que había sido dicho en el primero, y así sucesivamente con los restantes poetas. Luego de varias rondas de versos escritos por diferentes autores/jugadores, la hoja contenía una cantidad de versos ocultos entre sus pliegues. Al finalizar la etapa de escritura, el papel se desplegaba dando como un resultado un poema que había sido escrito colectivamente y que carecía totalmente de sentido, casi como en una pintura del artista argentino León Ferrari en la que el dibujo se parece a un texto escrito a mano pero que, visto de cerca, no contiene palabras. El lenguaje había sido derrotado, llevándose consigo a la razón y a la cultura. De acuerdo con el *Diccionario abreviado del Surrealismo* de André Breton, el nombre del juego tiene su origen en las primeras palabras del primer poema escrito utilizando este experimento creativo: 'El Cadáver - Exquisito - beberá - el joven vino'.³

Un procedimiento similar era practicado por artistas con dibujos.⁴ Cada artista añadía su contribución, la escondía doblando la hoja de papel donde estaba dibujada, y la pasaba al siguiente artista, quien añadía su parte usando solo las terminaciones de las líneas dibujadas por el otro artista como puntos de referencia. El resultado era una serie de figuras monstruosas y carentes de sentido. André Breton describió estos experimentos con una inusual teoría de lo que llamó 'construcción común'.⁵

Ronald Dworkin, en su libro *Law's Empire*, apela a la descripción de otro juego para ilustrar su teoría del derecho y de la interpretación jurídica.⁶ Se trata de la novela encadenada y se asienta en la idea de la bondad de la razón y la integridad del lenguaje o, más precisamente, de la obra literaria y, en particular, de la novela como género. Esta experiencia lúdica, como bien se sabe, involucra a un grupo de jugadores que se proponen, de un modo similar a los poetas dadaístas, escribir o construir una novela en forma colectiva, con contribuciones de diferentes individuos. Sin embargo, contrariamente a sus contrapartes lúdicas del

movimiento artístico controversial, los narradores dworkinianos son plenamente conscientes de lo que ha sido escrito previamente. Esta conciencia, que es clave para el proceso de escritura en cadena, restringe pero no anula la libertad de los sucesivos escritores. En este sentido, con el objetivo de preservar la integridad del texto, una cualidad ausente en los textos Dadá, cada narrador no solo conoce lo que ha sido escrito previamente sino que también está limitado por ello en cuanto a las opciones para su propio texto. El resultado final, alejado de los textos carentes de sentido de los dadaístas, es una novela cuyo sentido reside en que los capítulos escritos sucesivamente por los diferentes autores componen un texto integral, muy diferente de los textos *desintegrados* del *cadáver exquisito*. Para Dworkin, la novela encadenada es, al igual que el *cadáver exquisito* para Breton, una construcción colectiva pero, contrario a esta, no se trata de la construcción colectiva de un sinsentido sino de un texto significativo.

Carlos Nino desarrolló otra metáfora, muy relacionada con la de la novela encadenada de Dworkin, para describir su propia teoría de cómo funciona el derecho. Nino nos propone pensar en la construcción colectiva de una catedral medieval, como la que fue construida en Colonia, Alemania, que involucra a muchas personas de distintas generaciones realizando contribuciones a una empresa común aunque, a fin de mantener la integridad del edificio, todas están más o menos limitadas por el trabajo realizado por los trabajadores de las generaciones previas. A pesar de las similitudes entre las metáforas de Nino y Dworkin, creo que la de Nino añade una dimensión relevante al reflejar el aspecto intergeneracional de la construcción de un sistema jurídico, algo que también está relacionado con algunas teorías de la democracia que critican a la democracia constitucional por ser un régimen en el que los vivos son gobernados por los muertos.

En resumen, Nino y Dworkin argumentan que el derecho es una construcción colectiva significativa, basada en principios elegidos por el pueblo y justificados en razones morales. Los intérpretes jurídicos, entre ellos los jueces, deben hacer su parte en esta construcción siendo conscientes del hecho de que son parte de una empresa colectiva. El *stare decisis* o regla del precedente, aunque no es suficiente, podría justificarse en el presupuesto de que cada decisión realizada por un juez interpretando el derecho es otro ladrillo en la catedral de Nino. Sin embargo, las decisiones judiciales no son el único material relevante a ser tenido en cuenta para mantener la integridad del derecho, las decisiones de legisladores y funcionarios de la administración como las de los constituyentes son también parte de la construcción común y deben ser consideradas como relevantes por cada intérprete. La tradición del derecho continental rechaza el *stare decisis* basándose en cierta idea de lo que es el derecho—un texto—y de la democracia y la separación de poderes—el pueblo es soberano y su voluntad es expresada por el Congreso o Parlamento—cuya consecuencia es que los jueces no están obligados, ni siquiera invitados, a considerarse a sí mismos como parte de una empresa colectiva en el proceso de construir el significado del derecho. Así, la pregunta que quisiera

3. Otros ejemplos son: "El dormitorio de niñas friables pone correctamente a la odiosa caja" y "La ostra Senegal comerá el pan tricolor". Se consideraba que estos fragmentos poéticos revelaban lo que Nicolas Calas caracterizó como la "realidad inconsciente en la personalidad del grupo" resultante de un proceso de, como lo llamó Ernst, 'contagio mental'. Véase: *Dada & Surrealist Art*, por William S. Rubin, Chief Curator of the Painting and Sculpture Collection, The Museum of Modern Art, New York, Nueva York: Harry N. Abrams, Inc., 1968.

4. El juego fue adaptado a las posibilidades del dibujo, e incluso del collage, mediante la asignación a cada jugador de una sección de un cuerpo. Interesantes *cadáveres exquis* fueron reproducidos en una edición especial de *Variétés* titulada "Le Suréalisme en 1929". Véase: *Dada & Surrealist Art*, por William S. Rubin, Chief Curator of the Painting and Sculpture Collection, The Museum of Modern Art, New York. Publisher: Harry N. Abrams, Inc., Nueva York 1968.

5. André Breton, "El surrealismo en sus obras vivas" (1953) en André Breton, *Manifestos del Surrealismo*, Barcelona, Editorial Labor, 1992, pp. 327-338.

6. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 228-232.

examinar es si los jueces de los sistemas jurídicos en la tradición continental —o los jueces formalistas en general— están, sin darse cuenta, jugando al cadáver exquisito en lugar de a la novela encadenada.

Ambos teóricos han desarrollado sus respectivas teorías viniendo de tradiciones muy diferentes. Dworkin escribe desde el contexto angloamericano, perteneciendo él mismo a la tradición del *common law*. Nino escribe, en cambio, para la versión argentina de la tradición continental. Sin embargo, ambos autores comparten una misma visión de lo que es el derecho y de cómo funciona, lo que muestra que su comprensión del derecho como integridad no es exclusiva de ninguna de las dos tradiciones, así como el formalismo no pertenece únicamente al derecho civil continental.

Nino y Dworkin desarrollaron sus teorías teniendo en mente dos enemigos en común: el formalismo y su concepción del derecho según la cual puede ser interpretado sin apelar a principios —como argumenta, por ejemplo, Scalia—, por un lado; y una cierta forma de relativismo según la cual el significado del derecho depende exclusivamente de los principios en los que cree el intérprete o la comunidad —entendida como la mayoría—, por el otro. Es importante señalar que, a veces, el formalismo se presenta como una reacción a la amenaza del relativismo, mientras que, a su vez, el relativismo es presentado como una reacción al *error* de la idea formalista según la cual el derecho puede ser aislado de la moral y la política. Además, el argumento a favor del formalismo ha sido, y aún es, asociado a la defensa de la democracia y en contra de la discreción de los jueces en la aplicación del derecho, tanto en la tradición del *common law* como en la del derecho continental. Las teorías radicales de la democracia, como la que acompañaba a la Revolución Francesa en la Europa continental, así como ciertas concepciones sostenidas por abogados del *common law*, como Antonin Scalia, identifican al formalismo como el antídoto contra la manipulación judicial de la voluntad del pueblo expresada en la legislación aprobada por el Parlamento o el Congreso.

En resumen, argumentaré aquí a favor del valor de las contribuciones de Nino y Dworkin en respuesta a las consecuencias negativas del formalismo en el proceso de decisión judicial, que tanto daño ha hecho, y continúa haciendo, a la comprensión del derecho en la tradición del derecho continental.

1. Formalismo, textualismo y democracia

En marzo de 1995, el juez Antonin Scalia dio su controversial *Tanner Lecture on Human Values* en la Universidad de Princeton, bajo el título *Common Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*. Dos años después, esa conferencia fue publicada

en el libro *A Matter of Interpretation*, editado por Amy Gutman, y que incluía comentarios de Gordon S. Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon y Ronald Dworkin.⁷

Scalia argumenta allí que a lo largo de los últimos cien años el sistema jurídico estadounidense se ha convertido gradualmente en una suerte de sistema de derecho continental en el que el derecho de origen legislativo es predominante en comparación al derecho de origen judicial. Su preocupación es que, no obstante, la educación jurídica sigue formando a los abogados como si el derecho consistiera únicamente de precedentes, por lo que prepara pésimamente a los futuros jueces cuya tarea será la de interpretar reglas sancionadas por la legislatura. Mucho antes que Scalia, en 1982, Guido Calabresi había dirigido su atención al mismo problema en su *A Common Law for the Age of Statutes*⁸ y, más recientemente, en 1994, William Eskridge Jr. también escribió sobre el asunto en su *Dynamic Statutory Interpretation*.⁹ Scalia, basándose en una determinada teoría de la democracia, argumenta a favor de una teoría de la interpretación de textos legislativos a la que denomina *textualismo* y que busca limitar el poder del juez en el proceso de establecer el significado del derecho, a diferencia de las teorías de Calabresi y Eskridge que confían a los jueces la responsabilidad de llenar las lagunas y eliminar las contradicciones legales.

Scalia argumenta que los abogados —y, en particular, los jueces— de los sistemas de derecho continental están mejor preparados que sus colegas de los sistemas del *common law* en la tarea que estos deben llevar a cabo, ya que las habilidades requeridas para la nueva época de dominio del derecho legislativo son, precisamente, aquellas para las que los estudiantes de derecho son entrenados en los países de tradición continental. En otras palabras, los abogados del *common law* están fundamentalmente capacitados para el trabajo con precedentes en un contexto en el que el derecho de origen legislativo es dominante, mientras que los abogados continentales, entrenados en la aplicación del Código Civil, están mejor preparados que aquellos para dicha tarea. Mary Ann Glendon, en un comentario al artículo de Scalia, comparte su diagnóstico. Argumenta que “a primera vista, podría parecer obvio que [los abogados de los sistemas de la tradición del derecho civil] tienen una ventaja metodológica. Históricamente, los sistemas de derecho civil y de *common law* han promovido el desarrollo de conjuntos significativamente diferentes de capacidades. Así como los abogados del *common law* se enorgullecen de sus técnicas para lidiar con precedentes, los abogados del derecho civil glorifican sus métodos para redactar e interpretar

7. Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1997.

8. Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, 198

9. William Eskridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994.

códigos”.¹⁰ No obstante, Glendon también señala que, de modo similar a lo que ocurrió en Estados Unidos con el *common law*, el Código mismo ha sido combinado en el derecho continental europeo con un mar de leyes que han complicado el trabajo de los abogados. Esto es lo que Natalino Irti llama *decodificación*,¹¹ término que alude a la pérdida de centralidad de los Códigos a causa de la sanción de leyes o regulaciones administrativas referidas a problemas particulares. Glendon argumenta que en este nuevo contexto los abogados de los sistemas de derecho continental tienen una ventaja modesta en virtud de su experiencia en métodos de interpretación basados en el Código. Glendon también advierte acerca del talón de Aquiles de lo que llama ‘*civil law methods*’, a saber, una relativa ausencia de habilidades en el análisis de casos, lo que se vuelve necesario cuando los jueces comienzan a generar una importante cantidad de decisiones interpretando un cuerpo de leyes en expansión, pero afirma que los abogados de tradición continental han comenzado a remediar esta deficiencia, contrario a los abogados del *common law* que no prestan atención a su propia falta de entrenamiento en la interpretación de textos legislativos.¹² En cuanto a la interpretación constitucional en Europa continental, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial y luego de la adopción de constituciones escritas y la creación de Tribunales Constitucionales con el poder para controlar la constitucionalidad de las leyes, Glendon elogia a los jueces de países como Alemania que han hecho uso de las habilidades desarrolladas en la interpretación del Código para interpretar la Constitución. Parece coincidir con Scalia en que el formalismo y el textualismo que previamente fueron usados para aplicar el Código Civil son ahora útiles para limitar la creatividad de los jueces en la aplicación de un texto legislativo mucho más vago y ambiguo, como lo es el texto constitucional. Al elogiar a los tribunales alemanes por el modo en que interpretan la Constitución, afirma que “el texto, sin embargo, sigue siendo el Alfa y Omega de la interpretación. Sirve tanto como punto de partida para el razonamiento judicial y como límite externo al rango de resultados posibles”.¹³ Scalia y Glendon ven en el formalismo y el textualismo el antídoto del derecho continental para los jueces ‘creativos’ –en sentido peyorativo– del *common law*, quienes interpretan la Constitución apelando a intenciones, propósitos o principios para reemplazar a la voluntad del pueblo por la suya.

Scalia mira a los métodos de interpretación basados en el Código de los países de Europa continental con una evidente envidia. Glendon añade a su

análisis el hecho de que los jueces de los sistemas de tradición continental han tenido que aprender habilidades propias del *common law* cuando en la segunda mitad del S. XX se establecieron los Tribunales Constitucionales y el control de constitucionalidad. En este artículo, expongo mi propia preocupación acerca del sistema argentino, que parece reflejar, pero a la inversa, a la de Scalia y Glendon. El sistema jurídico argentino es un híbrido inusual que combina todos los rasgos de la tradición continental con un modelo de control de constitucionalidad inspirado en los Estados Unidos. A diferencia de sus primos europeos, el matrimonio entre estas dos tradiciones –codificación y control de constitucionalidad– estuvo presente desde el comienzo de la historia nacional, a mediados del S. XIX. La Constitución argentina, cuyo texto original es muy similar al de la Constitución de los Estados Unidos, fue sancionada por la Asamblea Constituyente en 1853 y en 1864 el Congreso Nacional sancionó el Código Civil, inspirado en los modelos de Francia y Brasil. En 1863, la Corte Suprema decidió el caso *Sojo*,¹⁴ en el que, citando largos párrafos de *Marbury v. Madison*, estableció el control judicial de constitucionalidad. Por otro lado, debido a que la tradición continental rechaza el *stare decisis*, la regla del precedente no pertenece al panorama jurídico argentino. Por último, siguiendo a la tradición constitucional estadounidense, y contrariamente a lo que solía suceder en la tradición continental, las decisiones de la Corte Suprema se publican íntegramente –con los argumentos de la mayoría y de los votos disidentes– desde el comienzo de la historia de la institución. A pesar de la longevidad de este matrimonio, los rasgos de la tradición continental –como el formalismo y el textualismo– han dominado tanto la educación jurídica como la práctica judicial. Recientemente, con la reforma constitucional de 1994, también ha influido en el proceso de designación de jueces con la creación del Consejo de la Magistratura, una institución heredada de la tradición continental que tiene como objetivo el establecimiento de un proceso para la identificación de candidatos a los Tribunales más científico-técnico y menos político, que se complementa, sin reemplazar, con el proceso de designación de 1853, inspirado en el modelo de los Estados Unidos. En síntesis, el modelo híbrido de Argentina, aunque combina rasgos de la tradición continental con la institución del control judicial de constitucionalidad, está claramente dominado por las prácticas e ideales de la primera, lo que afecta al funcionamiento de la práctica constitucional.

Mi punto es que, simétricamente a las preocupaciones de Scalia y Glendon, la tradición predominantemente continental de Argentina no prepara adecuadamente a los jueces para el desarrollo de la práctica de juzgar bajo el modelo de control judicial de constitucionalidad de tradición estadounidense, lo que, según creo, requiere algunas de las habilidades que los abogados adquieren en las facultades de derecho norteamericanas y que están vinculadas a una comprensión

10. Véase el comentario de Mary Ann Glendon al artículo de Scalia en Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1997, pp. 101-102.

11. Natalino Irti desarrolló este concepto en una conferencia que brindó en 1978 en la Universidad de Salamanca y que luego fue publicada bajo el título *Letà della decodificazione*, 4ta Edición, Milán, Giuffrè, 1999.

12. Mary Ann Glendon, *supra* nota 11 pp. 101-102.

13. *Ibidem*, pp. 106-107.

14. CJSN, *Fallos*, 32:120.

del derecho como integridad y de la adjudicación como una parte fundamental de la empresa de construir y preservar esa integridad.

El artículo de Scalia y su teoría textualista han sido agudamente criticados por Dworkin. Creo que los argumentos de Dworkin en su comentario a Scalia, así como su teoría más amplia de la interpretación jurídica —y, en particular, constitucional— pueden ser utilizados para exponer los déficits de la tradición continental en la práctica de juzgar y proveer ideas inspiradoras para resolver el problema. De algún modo, los errores teóricos que Dworkin señala en la teoría textualista de Scalia no son tan distintos de los errores que, según creo, cometen los abogados, profesores y jueces de los sistemas de la tradición continental. La defensa del formalismo de Scalia, así como su rechazo de la lectura moral del derecho, es paralela a la centralidad del formalismo en la tradición del derecho continental y a su defensa de la separación entre el derecho y la moral. Por lo dicho hasta aquí, el lector podría pensar que mientras Scalia y Glendon creen que el jardín del vecino —el sistema de derecho continental— es más verde, yo creo que el jardín del *common law* es, de hecho, más bello. Sin embargo, no creo que el derecho continental sea malo y el *common law* sea bueno, aunque sí creo que la práctica de juzgar del *common law* aprehende mejor que la práctica del derecho continental cómo el derecho efectivamente funciona o lo que realmente es: una práctica social. También creo que la práctica de juzgar que se ha desarrollado en los sistemas de tradición continental, y que Scalia y Glendon ambicionan para Estados Unidos, está fundada en una serie de premisas equivocadas acerca de lo que el derecho es y cómo se produce. En este sentido, Dworkin y Nino nos ofrecen una visión de lo que el derecho es y de cómo se crea, que puede ayudarnos a criticar tanto la práctica de juzgar de los sistemas de derecho continental como la visión de autores que comparten la opinión de Scalia y Glendon acerca de cómo debería ser la práctica de juzgar en el *common law* en la era del derecho legislado.

Scalia y Glendon argumentan que la era del derecho legislado en el sistema del *common law* estadounidense ha puesto de relieve un problema que está fundamentalmente ligado a una cuestión de habilidades y entrenamiento: los abogados del *common law* carecen de las habilidades que poseen sus contrapartes continentales. Para Glendon, los abogados continentales tienen un talón de Aquiles, a saber, su carencia de habilidades para el análisis de casos, aunque también elogia el hecho de que admiten este déficit y, consecuentemente, han sido exitosos en mejorar este respecto. Sin embargo, mientras Scalia y Glendon se concentran en la cuestión de las habilidades, Dworkin y Nino se concentran en la comprensión de lo que hace que el derecho sea derecho y en cómo, dada esa concepción del derecho, debería ser la práctica de juzgar. El rasgo central del derecho para Dworkin y Nino es la integridad y comparten una visión acerca de cómo se la preserve. Como argumentaré más tarde, de hecho, el abogado continental también se preocupa por la integridad, pero cree que puede ser lograda por los legisladores a través de la codificación, mientras que Nino y Dworkin

extienden esa responsabilidad a los jueces y la práctica de la adjudicación. En resumen, no creo que el problema que enfrentamos en relación con la adjudicación, tanto en la tradición continental como en la del *common law*, se reduzca a la posesión o carencia de las habilidades apropiadas. Es un problema que, por supuesto, está vinculado con la cuestión de las habilidades pero que es mucho más profundo, tal como argumenta Damaska al comparar el uso y comprensión de los precedentes en ambas tradiciones:

Vale la pena destacar que una doctrina de precedentes formalmente vinculantes sería mucho más rígida en el marco institucional continental que en el *common law*. La razón principal es, no tanto el mayor espíritu de reverencia hacia los superiores del primero en relación con el segundo, sino la diferente comprensión del precedente. [...] El juez continental no sopesa la simetría de las situaciones de hecho que, bajo la égida del *stare decisis*, permite distinciones finas y, de ese modo, asegura el crecimiento flexible del derecho. Por el contrario, busca reglas cada vez más concretas en decisiones previas, sin atender al contexto fáctico. Asumiendo la naturaleza obligatoria de esta progresiva concretización de la norma, los estándares de decisión devendrían, con el tiempo, intolerablemente rígidos, siendo cada nueva decisión una gota adicional en la formación de una cada vez más larga estalactita de normas. En pocas palabras, mientras que una organización judicial con un ordenamiento jerárquico débil puede requerir una doctrina de precedente vinculante como estabilizador ideológico interno, un poder judicial de carrera jerárquica probablemente esté mejor sin ella.¹⁵

La posición de Damaska es consistente con la afirmación de Montesquieu: 'lo que debe ser conocido' en este particular e innovativo 'método de casos' no es el análisis de los hechos y el modo en que estos pueden requerir la aplicación de decisiones judiciales pasadas o la creación de una nueva regla consistente con los precedentes aplicables.¹⁶ Lo que realmente importa en este idiosincrático método de casos es *saber* cuál es la nueva regla que surge de los precedentes —el *holding*— que habrá de ser considerada como una versión más detallada de lo que hasta ahora había sido expresado en el Código o la Constitución.

El problema de Scalia y la tradición continental comienza con el modo en que ingenuamente creen que el textualismo puede superar lo que consideran el problema más importante que afecta a los sistemas jurídicos y políticos: las

15. Damaska, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Nueva Haven, Yale University Press, 1986, p. 37. Véase también Damaska, Mirjan R., "On circumstances favoring codification", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, pp. 355-371.

16. Glendon, Gordon y Osakwe, Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon and Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions*, 2ª edición, St. Paul, West Publishing Co., 1994, pp. 130-151.

decisiones judiciales fundadas en juicios de valor personales. Esta aparente libertad de decisión por parte de los jueces no solo crea incertidumbre para los ciudadanos, quienes, dado que 'el derecho es lo que los jueces dicen que es', no pueden conocer el contenido del derecho, sino que también erosiona el sistema democrático porque las decisiones del pueblo expresadas en el Código Civil o en las leyes, son modificadas mediante la libre interpretación que los jueces realizan de los textos respectivos. La respuesta ingenua a este problema está fundada en la creencia de que podemos evitar que los jueces tomen decisiones valorativas si los disciplinamos y los obligamos a aplicar el texto en su significado original. La raíz de la preocupación es fundamentalmente política y no es nueva. Desde las revoluciones francesa y norteamericana, quienes sostienen teorías democráticas radicales se han preocupado porque los jueces no tergiversen la voluntad del pueblo en el proceso de interpretar y aplicar la ley. Los revolucionarios norteamericanos,¹⁷ así como los europeos (fundamentalmente franceses y alemanes),¹⁸ temían terminar bajo el control de quienes aplican el derecho a casos particulares.

No es fácil caracterizar una tradición jurídica sin exponerse a ser criticado por no haberla descrito fielmente. Las simplificaciones son inevitables y la descripción de lo que entendemos por la tradición seguramente no refleja todas las modalidades específicas que la tradición adopta en cada país que pertenece a ella. En cualquier caso, si creemos que podemos identificar diferentes tradiciones jurídicas, debemos ser capaces de extrapolar ciertos rasgos comunes que son compartidos por los distintos sistemas jurídicos que pertenecen a una misma tradición. Creo que la tradición del derecho continental puede ser esencialmente caracterizada en virtud de dos rasgos: una teoría democrática que subyace al diseño y funcionamiento de las instituciones jurídicas, y una concepción acerca de cómo el derecho, entendido como una expresión de un ideal de justicia, es creado y por quién es creado.¹⁹

Como señalan Scalia y Glendon, existe un *ethos* democrático subyacente a la tradición de derecho continental que cree en la soberanía del Parlamento y del pueblo, lo que se traduce institucionalmente en un principio de separación de poderes que limita la actividad de los jueces a la aplicación del derecho previamente establecido por el pueblo sin modificarlo ni añadirle valor. Este presupuesto democrático, argumenta Scalia, también emerge en los Estados Unidos a principios del siglo XX cuando el Congreso y la Administración comienzan a sancionar leyes y regulaciones generales. Es por esto que Scalia cree que el sistema jurídico estadounidense se ha convertido en un sistema de derecho continental,

17. Véase el comentario de Gordon S. Wood al artículo de Scalia en Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1997, at pp. 49-63.

18. Mary Ann Glendon *supra* nota 11.

19. Desarrollo este punto en *A Community of Interpreters*, JSD Dissertation, Yale Law School, 2010.

esto es, en un sistema en el que prima la codificación por sobre el derecho creado por los jueces a través de precedentes. La noción de soberanía democrática en combinación con el principio de separación de poderes ve con desconfianza al poder judicial, pues los jueces pueden, mediante la interpretación del derecho, traicionar la voluntad del pueblo expresada en los Códigos o en las leyes del Congreso. Por ello la tradición del derecho civil se esfuerza por limitar la discreción de los jueces en la aplicación del derecho, del mismo modo que lo intenta Scalia con respecto a los jueces norteamericanos. Los jueces deben aplicar el derecho *textualmente*, sin indagar en las intenciones del legislador. El juez, en palabras de Montesquieu, debe limitarse a ser la boca de la ley o, conforme una metáfora norteamericana más actual, debe ser el fonógrafo de la ley.

La tesis de que el juez debe decidir conforme a la voluntad del pueblo que subyace al formalismo es compartida por el relativismo y ambas posiciones fundan sus argumentos en una teoría radical de la democracia. Dworkin y Nino son teóricos democráticos. Más aún, Nino, a diferencia de Dworkin, es un demócrata radical que aboga por una democracia deliberativa y, por ende, también desconfía fuertemente de las decisiones judiciales en la medida en que son sumamente deficitarias en términos de deliberación política. Sin embargo, ambos acuerdan en lo que podría ser descrito como un hecho duro: el derecho no puede ser entendido sino como integridad.

1.1. Integridad

A pesar de las críticas que los formalistas de ambas tradiciones han dirigido a la perspectiva de Nino y Dworkin, la integridad es —explícita o implícitamente— un presupuesto del formalismo. La codificación, en tanto rasgo básico de la tradición del derecho civil, es, en efecto, no solo un intento de evitar que los jueces interpreten el derecho más allá de la voluntad del pueblo sino también, y fundamentalmente, un intento *por lograr* la integridad del derecho. La integridad es también lo que guía a Scalia cuando argumenta que los jueces estadounidenses deben actuar como sus contrapartes de los sistemas continentales en la medida en que el sistema del *common law* estadounidense se parece actualmente, en lo que Calabresi ha llamado la era de la legislación (*the age of statutes*), a los sistemas continentales. Dworkin expone la preocupación oculta, y probablemente inconsciente, de Scalia por la integridad cuando destaca las 'excepciones' a su rígido formalismo con el fin de evitar contradicciones normativas y remediar errores legislativos.²⁰

20. Véase el comentario de Ronald Dworkin al artículo de Scalia en Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1997, pp. 115-127.

Así, el error de los formalistas no consiste en rechazar o negar el hecho del derecho como integridad sino en el modo en que creen que la integridad es preservada. Mientras el formalista ve a la integridad como el resultado del trabajo del codificador o del legislador, Dworkin y Nino consideran que la preservación de la integridad es una empresa colectiva que no puede excluir ni a los jueces ni a otros intérpretes del derecho, como académicos, legisladores y funcionarios de la administración.

Retomando el juego dadaísta, no creo que los abogados y jueces del derecho civil estén jugando al cadáver exquisito. Sin embargo, tampoco están jugando a la novela encadenada. Los formalistas, sean del derecho civil o del *common law*, creen que los jueces juegan a un tercer juego que encuentro más similar a lo que ellos pueden suponer es el rol de los actores en una obra de teatro —aunque se trata, creo, de una interpretación errónea del arte de la actuación. Los formalistas parecen creer que los jugadores de este juego —esto es, los jueces— representan su papel siguiendo un guión teatral —el código o ley— de modo tal que la integridad del texto es preservada por su apego a lo establecido previamente por el guionista —el legislador— como si los actores, o incluso el director, no necesitaran interpretar el texto. Los actores, en esta interpretación estrecha del arte de actuar, son la boca del guión como los jueces son, en la visión formalista, la boca de la ley.

Los jueces del derecho civil no pueden seguir el *stare decisis* y, por lo tanto, aplican el derecho en cada caso sin comprender que es necesario tener en cuenta el modo en que sus predecesores han entendido, escrito e interpretado su parte en la construcción colectiva del texto cuya materialización final los reúne a todos. Probablemente partan del presupuesto de que no están haciendo o edificando nada sino representando algo creado previamente: el Código. Existe una diferencia clave entre los poetas dadaístas y los jueces formalistas. Mientras los primeros abierta y deliberadamente participaban de un juego que sabían resultaría en un texto sin sentido, los segundos creen que, lejos de estar contribuyendo a la redacción de un poema ininteligible, están haciendo su parte para asegurar que un poema coherente —el Código— llegue a los ciudadanos del modo más fiel posible, esto es, sin agregar significado o contenido de su propia autoría. Sin embargo, mi hipótesis es que, sin saberlo, los jueces formalistas están de hecho involucrados en un juego dadaísta cuyo resultado es un derecho ininteligible en virtud de su falta de integridad. Sea por desconocimiento o por desinterés respecto de las verdaderas consecuencias de sus propios actos, están contribuyendo a la desintegración del derecho.

El relativismo es, en este sentido, distinto al formalismo. Los relativistas juegan un juego que se asemeja más explícitamente al jugado por los dadaístas y, en consecuencia, dado que asumen que quien establece el significado —o la carencia de significado— del texto es cada escritor-intérprete, argumentarán en favor de la necesidad de apoderarse del lápiz y el papel para alcanzar la integridad mediante el triunfo en la lucha de poder del nombramiento de jueces. Los demócratas

radicales, en tanto versión específica del relativismo, argumentarán que el único actor legitimado para ello es la mayoría del pueblo y, por esa razón, demandarán que los jueces reflejen la voluntad de la mayoría, lo que es particularmente problemático cuando el texto jurídico a ser interpretado es la constitución, que, se supone, debe establecer un límite a la voluntad mayoritaria. En este sentido, un cierto tipo de formalista —aquel que aboga por el significado o la intención originales— no es tan diferente de su primo relativista.²¹

1.2. ¿Voluntad o elección constreñida?

Al reconstruir la controversia entre la teoría geométrica del derecho de Langdell y la articulada por Frank, Llewellyn y otros realistas, Anthony Kronman destaca que la tensión relevante es entre quienes creen que el trabajo de los jueces está limitado a analizar principios jurídicos —los formalistas— y quienes creen que los jueces están forzados a tomar decisiones en el proceso de aplicar el derecho, toda vez que deben elegir las reglas aplicables y los hechos relevantes, elecciones que habrán de realizar de acuerdo con su propia voluntad e influenciados por sus historias de vida personales.²² Kronman remonta la teoría científica del derecho a Aristóteles e identifica a Hobbes como su principal exponente, juntamente con Austin y Bentham, quienes veían al *stare decisis* como la causa fundamental de todos los defectos del *common law*, en la medida que permite a los jueces decidir cada caso de acuerdo con su propio sentido de justicia, reduciendo el derecho a un cúmulo caótico de decisiones contradictorias.

Como es sabido, una de las diferencias más relevantes entre las tradiciones del *common law* y del *civil law* reside en que esta última rechaza el *stare decisis*. Quienes consideran al *stare decisis* como un elemento positivo del sistema jurídico sostienen que los jueces del *common law* deben preguntarse a sí mismos dos cosas antes de decidir un caso. Primero, si el caso presente es similar a casos decididos en el pasado por ellos mismos u otros jueces. Segundo, asumiendo que el caso presente difiere de los casos decididos previamente, si esta diferencia es o no relevante.²³ Las consideraciones a ser tenidas en cuenta por el juez del *common law* respecto a las resoluciones judiciales de casos similares prestan especial atención a los hechos involucrados.²⁴ Esto presupone, entre otras cosas, que, al igual que los jugadores en el juego de la novela encadenada, los jueces dan por sentado que

21. Desarrollo este punto en *A Community of Interpreters*, JSD Dissertation, Yale Law School, 2010.

22. Kronman, Anthony, *The Lost Lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, Capítulo 4.

23. Benjamin Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, Nueva Haven y Londres, Yale University Press, 1921.

24. Damaska, *supra* nota 16, p. 33.

el derecho responde al principio de integridad. Esto es, que el derecho es uno y está fundado en principios universales de justicia que no varían de caso a caso.²⁵ Hay aquí un reconocimiento implícito del principio de igualdad que los jueces deben aplicar al seguir las directivas de la práctica judicial del *common law*.²⁶

Los jueces de la tradición del derecho continental no están obligados a apelar a las decisiones previas de sus colegas a fin de establecer el significado del derecho y esto es una consecuencia directa del hecho de que no se reconoce la posibilidad de que existan disidencias interpretativas. Para la tradición del derecho continental, todos los desacuerdos son empíricos porque el derecho es visto desde lo que Dworkin denomina la 'perspectiva de los hechos ordinarios' (*plain-fact perspective*). Para esta tradición no hay lugar para desacuerdos acerca del contenido del derecho. Esto, a su vez, es una consecuencia del hecho de que se ignora la necesidad de interpretación. El significado del derecho es claro y auto-evidente y, por lo tanto, no requiere ser interpretado por los jueces quienes deben limitarse a aplicarlo estrictamente del modo previsto por el legislador al redactar la ley. Un buen juez, técnicamente capacitado para realizar esta tarea cuasi-mecánica —análoga a la de la boca que debe abrirse y cerrarse siguiendo los mandatos del cerebro cuando le requiere hablar—, no tiene necesidad de mirar al pasado, ni mucho menos al futuro, para considerar las decisiones de sus colegas. Esta aplicación deliberadamente aislada del derecho no implica, empero, ignorar el valor de la integridad del derecho ni el principio de igualdad que debe ser la consideración principal en la aplicación de las reglas generales que componen el sistema jurídico. Por el contrario, desde el punto de vista de la tradición del derecho continental, el derecho responde a este valor tanto como el derecho del *common law*. En efecto, el Código, expresión única del derecho, es considerado como un cuerpo de reglas coherente, completo y que posee integridad. A diferencia de los poetas dadaístas, los jueces del *civil law* no buscan destruir la integridad del lenguaje —del derecho, en este caso— sino preservarla mediante la aplicación directa del Código, sin la mediación del intérprete. La diferencia entre los jueces del *common law* y del *civil law* no es que unos buscan y otros rechazan la integridad del derecho. Ambos la anhelan y la buscan. La diferencia es que el *common law* asume que la interpretación es inevitable y, en consecuencia, busca ajustarles la rienda a los jueces, mientras que el *civil law* se apoya en el mito de que es posible evitarla y, por lo tanto, no hace ningún esfuerzo para limitar a los jueces, ya que directamente les niega el rol de intérpretes, asumiendo que lo único que les concierne es la mera aplicación del Código o la Constitución, un conjunto de reglas coherente que ya responde al valor de la integridad.

La tradición del derecho continental adscribe a este mito a punto tal que ha creado una ciencia para resolver los problemas que puedan surgir en el proceso de aplicación del derecho a casos particulares por parte de los jueces. El propósito de esta ciencia, conocida como dogmática jurídica, es, precisamente, evitar cualquier actividad interpretativa por parte de los jueces en caso de una controversia acerca del significado del derecho. Vale la pena detenerse a explicar, aunque sea brevemente, esta ciencia así como las críticas dirigidas a ella a efectos de comprender mejor el lugar marginal de los precedentes en la tradición continental.

Conforme la dogmática jurídica, el derecho es un sistema de reglas completo y coherente. En este sentido, presupone que su autor, el legislador, que siempre es identificado con una única persona —en lugar de con un órgano colectivo conformado por individuos con voluntades diferentes y opuestas—, es omnipresente, omnisciente, perfectamente informado y libre.²⁷ Estos presupuestos guían al juez y lo ayudan a llevar a cabo su tarea de aplicar el derecho sin apelar a la interpretación, lo que inevitable añadiría al significado del derecho la indeseable decisión valorativa del intérprete. Como ya sabemos, la única valoración admitida por la teoría radical de la democracia que subyace a la tradición del derecho continental, al menos desde la Revolución Francesa, es la del *pueblo como legislador*. Consideremos algunos ejemplos. Es posible que el juez, al decidir un caso, se encuentre con dos reglas aplicables que responden a dos principios contradictorios. En este caso, el juez es auxiliado por la dogmática jurídica que, al asumir la libertad y omnisciencia del legislador, entiende que la expresión de su voluntad más próxima al presente, la ley más reciente, desplaza a la anterior, la ley más vieja. Así, la regla *lógica* según la cual 'la ley posterior deroga a la ley anterior' resuelve el dilema del juez, quien solo debe aplicar las reglas más recientes. De un modo similar, si una regla dictada por el legislador perfecto se refiere a una situación genérica y está en conflicto con una regla posterior referida a una situación más específica, la dogmática jurídica sostendrá que el legislador omnisciente dictó la regla específica sabiendo que la regla general que la contradice ya existía. En virtud de ello, debemos asumir que la regla específica constituye una excepción a la regla general, ya que el legislador nunca se contradice a sí mismo. Así, la dogmática rescata al juez aquejado por este dilema mediante la regla según la cual 'la regla específica prevalece sobre la general'.

La dogmática jurídica y su pretensión de conferir al derecho el título de ciencia han sido duramente cuestionadas por los críticos del positivismo ideológico, sean cognitivistas en meta-ética, como Nino,²⁸ o simpatizantes de la teoría crítica, como Christian Courtis y Alberto Bovino en la Argentina.²⁹ Para el primer grupo de

27. Nino, *supra* nota 7, pp. 85-101.

28. Ídem.

29. Courtis, Christian y Bovino, Alberto, "Por una dogmática conscientemente política" en Christian Courtis (ed.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

25. Dworkin, *supra* nota 6, pp. 167, 176, 218-219.

26. Dworkin, *supra* nota 6, p. 222. Alberto Garay, "El precedente judicial en la Corte Suprema", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2, Números 1-2, 1997, 51-108.

críticos, la pretensión de la dogmática jurídica de aislar al juez de la necesidad de realizar juicios de valor es insostenible, aunque consideran que es posible imponerles límites a través de la teoría moral o política. Para el segundo grupo de críticos, los juicios de valor son también inevitables pero, además, rechazan la posibilidad de controlar o limitar la discrecionalidad del intérprete al realizar juicios de valor. Desde esta perspectiva crítica, hay poco que pueda hacerse para evitar la desintegración o manipulación espuria del derecho. Todo se reduce a un mero ejercicio de poder por parte del juez.

La posición de Nino abre la puerta al juego de la novela encadenada. En un texto clásico,³⁰ Nino critica el presupuesto de la dogmática jurídica según el cual es posible evitar la actividad interpretativa en la aplicación del derecho. El deseo de librar a la decisión judicial de la amenaza de la interpretación o, lo que para él era lo mismo, de los juicios de valor, no es susceptible de ser satisfecho. Nino argumenta que el razonamiento práctico subyacente a los juicios jurídicos consiste en una serie de pasos, muchos de los cuales inevitablemente requieren juicios de valor. No obstante, estos inevitables juicios de valor que deben realizar los diversos intérpretes del derecho están limitados por el hecho de que todos son participantes de una práctica o ejercicio común: la construcción colectiva del significado del derecho y, en particular, del derecho constitucional, entendido como una práctica colectiva. Como ya mencioné, Nino usa una metáfora distinta a la de novela encadenada de Dworkin pero que es, no obstante, interesantemente similar. El autor argentino sostiene que la tarea constructiva de los intérpretes —que no son exclusivamente jueces— es como la construcción colectiva de una catedral medieval, que involucraba a sucesivas generaciones de arquitectos y trabajadores.³¹ Aunque el trabajo de estos en la construcción de la catedral ocurría muchos años después del inicio del proyecto, su contribución no era un acto de total libertad o, al menos, no necesariamente. Su tarea era necesaria para preservar la integridad de lo que había sido construido hasta entonces, esto es, de lo construido hasta que llegara su turno de participar en la construcción. Esto no significaba que el arquitecto de cuarta generación no tuviera opciones, o que no pudiera tomar decisiones con cierto grado de libertad pero, ciertamente, no disfrutaba de una libertad total en el desarrollo de esta tarea. Por supuesto, siempre existía la posibilidad de que el arquitecto decidiera demoler lo que había sido construido durante los últimos doscientos años y comenzar de nuevo pero aquí es cuando surgen ciertas preguntas. Por ejemplo, ¿cuán legítima es la pretensión del arquitecto de destruir el edificio colectivo construido hasta ese punto y comenzar de nuevo? ¿Qué previene que el arquitecto de cada generación haga lo mismo, de modo que el complejo edificio, que requiere el trabajo de varias generaciones, nunca pueda terminarse?

30. Nino, *supra* nota 7, pp. 85-101.

31. Ídem.

Del mismo modo, los jueces nineanos deben tomar decisiones que involucran consideraciones valorativas pero estas no pueden realizarse como si nadie hubiera realizado ninguna contribución interpretativa. Elegir una opción interpretativa, que es esencialmente realizar un juicio de valor, sin mirar al pasado es lo mismo que hacer una contribución arquitectónica a la construcción de una catedral sin mirar lo que ha sido edificado hasta ahora. La construcción colectiva de una catedral, del significado del derecho, debe ser inteligible y cada decisión valorativa/interpretativa en este proceso intergeneracional involucra un elemento de discrecionalidad así como un límite en el ejercicio de esta discreción. No es un acto automático ni libre de valoraciones del tipo que Napoleón esperaba de los jueces en relación con el Código. Pero tampoco es un acto de poder totalmente arbitrario e infalible como argumenta la teoría crítica del derecho.

En resumen, la tradición del derecho continental exige a los jueces que apliquen el derecho sin interpretarlo, valiéndose únicamente de las herramientas que le provee la ciencia de la dogmática jurídica. El juez es estimulado a creer —y esto también genera expectativas similares por parte de otros actores de la comunidad política y jurídica— que su tarea es de naturaleza técnica y que es posible desempeñarla sin realizar juicios de valor y sin considerar las decisiones, presentes o futuras, de sus colegas. Si no hay juicios de valor que deban realizarse —dado que no es necesario interpretar algo— entonces tampoco es necesario que los jueces participen de un *diálogo moral o valorativo* con otros jueces. Los precedentes son, pues, completamente irrelevantes en este tipo de procedimiento de decisión jurídica. En la tradición de derecho continental, la invocación de precedentes, que a veces ocurre, no tiene el mismo significado que las que hacen los jueces de los sistemas del *common law*. Los jueces continentales invocan precedentes selectivamente, como una fuente de legitimidad, incurriendo así en una falacia de autoridad. La tradición del derecho civil reconoce que la jurisprudencia es una fuente de derecho pero solo marginal y secundaria, lo que sugiere solo una tímida aceptación de la inevitabilidad de la interpretación que no llega a tener el peso suficiente para la institucionalización del carácter vinculante de los precedentes en la práctica de la adjudicación, como mencioné que señalaba Damaska.

El rechazo de la necesidad de que los jueces interpreten los textos jurídicos, inherente a la tradición del derecho continental —y que explica la función de la dogmática jurídica—, nos deja en una situación desafortunada a quienes aspiramos a construir una práctica interpretativa que contribuya a los fundamentos de la integridad del derecho y se preocupe por ella. Los jueces, en la creencia de que están involucrados en la inocente tarea burocrática de aplicar automáticamente el derecho, no se ven a sí mismos como constreñidos por una teoría de la interpretación que creen justificada, ni por la necesidad de ser consistentes con la decisiones de otros intérpretes en casos similares. Cada juez-intérprete decide cada caso como si él fuera el primer y único intérprete de la regla en

cuestión, sin sentirse limitado por las decisiones de otros intérpretes debido, precisamente, a que no son reconocidos como tales. Los jueces argentinos viven en una situación de libertad prácticamente irrestricta, con una mínima o nula necesidad de rendir cuentas por sus juicios interpretativos, y ello gracias al presupuesto mítico de que no interpretan en absoluto. Una vez que corremos el velo que oculta el hecho de que son ellos quienes determinan el significado y contenido del derecho (del Código o la Constitución) en cada caso, advertimos que lo hacen sin ningún tipo de control o límite a su actividad. Esto es una consecuencia de nuestra creencia de que ningún tipo de control o límite es necesario para el desarrollo de una tarea tan neutral e inocente como la de meramente aplicar el derecho. En esta versión modificada del modelo dadaísta de decisión jurídica,³² los jueces emiten sentencias en casos particulares sin prestar atención a las decisiones interpretativas de sus pares bajo la suposición de que todos, en tanto expertos en la aplicación del derecho, automáticamente tomarán decisiones consistentes entre sí. Así, debemos preguntarnos si este modelo sería capaz de sobrevivir a la revelación de que la supuesta aplicación mecánica y automática del derecho no es posible y que cada juez, al aplicar el derecho, está inevitablemente *creando el derecho*.

La tradición del derecho continental nos deja, pues, con un sistema jurídico, un marco institucional y un modelo de juez ideal, ninguno de los cuales es adecuado para aceptar la *inevitabilidad de la interpretación*. La revelación de que reconciliar el desacuerdo acerca del contenido del derecho es una parte constitutiva de la actividad de los jueces pone de manifiesto los defectos de un sistema jurídico que carece de los instrumentos necesarios para protegerse a sí mismo de la total discreción del intérprete y la subsiguiente desintegración del derecho. La dogmática jurídica y su aspiración de disciplinar a los jueces mediante la aplicación de silogismos son insuficientes para enfrentar a la actividad destructiva de cientos de intérpretes que operan aisladamente en la creencia de que no son parte de una comunidad de intérpretes, dado que no son intérpretes, no existe tal comunidad. El presupuesto de que el significado del Código es autoevidente, combinado con la creencia de que el juez es un experto neutral que usa un método silogístico para aplicar el derecho, conducen a la conclusión de que cada juez puede tomar decisiones sin considerar el modo en que otros jueces han decidido casos similares en el pasado.

Si todos los jueces fueran igualmente buenos en el cumplimiento de la tarea que se espera de ellos, entonces todos tomarían decisiones similares en casos similares, dado que se limitarían a aplicar correctamente, y de la misma

manera, el contenido autoevidente del Código. En las palabras del reconocido académico argentino Augusto Morello, los jueces no se verían tentados a 'crear el derecho'.³³ En este juego, que difiere tanto del juego del cadáver exquisito del movimiento Dadá como de la novela encadenada de Dworkin, cada jugador —cada juez continental del sistema jurídico híbrido de la Argentina— reescribe, en el contexto de un caso particular, parte de una novela que ya ha sido escrita por el legislador. Como todos los jueces *conocen* el contenido de la novela —porque es un hecho ordinario que puede ser empíricamente verificado en los libros que registran las decisiones del Parlamento—, cada uno de ellos puede reescribir una parte específica de ella sin necesidad de consultar lo escrito por sus predecesores y, sin embargo, este escrito colectivo debería tener sentido porque todos conocen la novela de antemano —porque *conocen* el Código— y se limitan a re-escribir una parte, aquella apropiada para el caso que deben resolver. Retomando los conceptos de Dworkin, es como si la integridad legislativa nos permitiese no preocuparnos por la integridad adjudicativa.³⁴ Como ya dije, en los hechos, los jueces no juegan ninguno de los juegos antes mencionados sino que se comportan más como actores que han aprendido un guión teatral de memoria, de modo que cuando se enfrentan a un caso particular simplemente repiten las líneas que le corresponden a su personaje, en una especie de danza perfectamente sincronizada. Son más como músicos que, aunque cada uno toca una sola línea del pentagrama, al reunirse tocan, como por arte de magia, o automáticamente, una obra consistente e integrada previamente escrita por el legislador en el Código. Como sugerí antes, este rasgo del proceso jurídico de toma de decisiones, tal como es entendido por la tradición continental, al menos en su versión argentina, da a los precedentes solo un valor marginal, dado que no es necesario saber cómo los otros han interpretado el derecho porque, en efecto, la interpretación no es necesaria cuando el derecho es visto como un hecho ordinario y las controversias jurídicas como controversias empíricas. Tampoco considera que la expresión de una disidencia sea válida — el derecho es autosuficiente y se corresponde con lo expresado por el pueblo en el texto del Código o la Constitución. Si las opiniones disidentes fuesen permitidas, ello implicaría admitir implícitamente que el derecho tiene más de un significado. Como se cuenta que dijo Napoleón cuando aparecieron las primeras obras que *interpretaban* su Código: un Código interpretado es un Código muerto.

32. La llamo "modificada" porque, como dije, a diferencia de los poetas dadaístas, el propósito de los jueces continentales no es producir un derecho incoherente y carente de integridad. El problema es que la tradición continental espera ingenuamente que todos los jueces decidan coherentemente y, de ese modo, producir un derecho apolíneo como resultado de la aplicación 'correcta' de las leyes.

33. Augusto Morello, "Recientes tendencias en la posición del juez", en Roberto Berizonce (coord.), *El juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI)*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1999, pp. 61-63.

34. Dworkin, *supra* nota 6, pp. 167, 176, 218-219.

1.3. Integridad, adjudicación y la concepción del derecho como un hecho ordinario en la tradición del derecho civil

Dworkin describe y ataca lo que llama 'la concepción del derecho como un hecho ordinario' (*plain-fact view*). Esta concepción sostiene que 'el [contenido del] derecho depende solo de hechos históricos ordinarios, que el único desacuerdo sensible es acerca de lo que las instituciones jurídicas han efectivamente decidido en el pasado, que los desacuerdos teóricos son ilusorios y mejor comprendidos, no como una discusión acerca de lo que el derecho es, sino acerca de lo que debería ser'³⁵ argumenta que esta concepción distorsiona la práctica jurídica³⁶ de forma tal que bloquea la posibilidad de desarrollar el derecho como una práctica social argumentativa.³⁷ Dworkin está claramente refiriéndose a lo que observa en Gran Bretaña y los Estados Unidos.³⁸ No se propone describir el estado del derecho o de la práctica jurídica en países que no son parte de la tradición del *common law*. Sin embargo, creo que esta descripción de la concepción del derecho como un hecho ordinario es sumamente útil para explicar cómo la tradición continental entiende el derecho y por qué concede un espacio limitado o nulo a la argumentación y los desacuerdos teóricos. Si estoy en lo correcto, siguiendo otra vez las lecciones de Dworkin, esta visión del derecho asumida por la tradición del derecho civil distorsiona la práctica jurídica de forma tal que hace imposible que el derecho constitucional (o el derecho en general) se desarrolle, pues el derecho constitucional es evidentemente una práctica social argumentativa. Permítaseme asumir como hipótesis que los sistemas jurídicos de la tradición continental están fundados en la concepción del derecho como un hecho ordinario y en la consiguiente negación de la práctica jurídica como una práctica argumentativa. Si esto fuera cierto, sería comprensible que todas las instituciones del sistema jurídico, desde los tribunales hasta las facultades de derecho, y todos sus actores, desde jueces a profesores de derecho, se comportaran como si la argumentación no fuera necesaria para la práctica jurídica. Supongamos ahora que el desarrollo del derecho constitucional es imposible sin la existencia de una práctica argumentativa y combinemos las instituciones de la tradición de derecho civil con una Constitución y un modelo de control de constitucionalidad basado en el estadounidense. El resultado de este híbrido es un conjunto de instituciones y actores que carecen absolutamente de las herramientas adecuadas para el desarrollo del derecho constitucional y, por lo tanto, para el gradual establecimiento y consolidación de una Constitución. Esto es exactamente lo que creo que ha sucedido en el caso de Argentina. Aun cuando hoy casi nadie admitiría que la

35. Dworkin, *supra* nota 6, p. 31.

36. *Ibidem*, p. 15.

37. *Ibidem*, p. 13.

38. *Ibidem*, p. 2.

visión del derecho como un hecho ordinario es correcta —aunque la mayoría de los académicos y de las personas de a pie optan por reemplazarla por una visión del derecho como una cuestión de poder y manipulación— las instituciones clave fueron originalmente diseñadas bajo el presupuesto de que lo era y, por ende, ellas y los actores del sistema jurídico carecen de las herramientas exigidas por la práctica jurídica argumentativa que de hecho tiene lugar. Adicionalmente, dado que la mayoría de las personas de a pie adhiere a la concepción del derecho como un hecho ordinario y creen que existe una respuesta simple y única a las controversias jurídicas que depende únicamente del estudio detallado de los hechos, es extremadamente difícil mostrar que las conclusiones a las que lleva dicha concepción son falsas.

Una de las exigencias de la moralidad política es que casos similares sean tratados similarmente.³⁹ Esto es lo que Dworkin denomina la virtud de la integridad política.⁴⁰ La exigencia de integridad justifica 'un compromiso con la consistencia de principio como un valor en sí mismo' y sugiere que 'la integridad, más que alguna superstición de elegancia, es la vida del derecho como lo conocemos'⁴¹ Dworkin divide a la exigencia de integridad en dos principios más prácticos: el principio de integridad en la legislación y el principio de la integridad en la adjudicación. El primero 'requiere que quienes crean el derecho mediante el dictado de leyes se preocupen porque el derecho sea coherente en principio'. El segundo 'requiere que quienes tienen la responsabilidad de decidir qué es el derecho lo vean y lo apliquen como coherente en ese sentido'.⁴² Y añade:

El segundo principio explica cómo y por qué el pasado debe tener una fuerza propia especial en los tribunales, contra lo que sostienen los pragmáticos. Explica por qué los jueces deben concebir el cuerpo de derecho que administran como un todo más que como un conjunto de decisiones discretas que son libres de tomar o modificar una por una, sin más que un interés estratégico por el resto.⁴³

La fuerza especial que Dworkin reclama para el pasado es lo que subyace a su metáfora de la novela encadenada. Dworkin imagina a los jueces tomando decisiones en casos particulares de un modo similar a los escritores en el juego de la novela encadenada, quienes a fines de crear una novela que responda al principio de integridad deben realizar su propia contribución tomando seriamente en cuenta lo escrito previamente por los otros jugadores.⁴⁴ De modo similar, Carlos

39. *Ibidem*, p. 166.

40. *Ibidem*, pp. 166-167.

41. *Ibidem*, p. 167.

42. *Ídem*.

43. *Ídem*.

44. *Ibidem*, pp. 228-232.

Nino imagina la construcción colectiva de una catedral medieval y explica que los constructores que se suceden de generación en generación deben tomarse en serio lo que han hecho sus colegas previamente.⁴⁵

Aunque Dworkin seguramente esté pensando en los sistemas jurídicos que mejor conoce, los de Gran Bretaña y los Estados Unidos, no argumenta que el compromiso con la consistencia y los dos principios que derivan de él sean exclusivos de los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *common law*. Al sostener que la 'integridad [...] es la vida del derecho como lo conocemos' es claro que considera que la integridad no es solo un rasgo del derecho del *common law* sino del derecho en general. ¿Cómo podríamos afirmar que la exigencia de consistencia de principio que Dworkin considera central en los países sobre los que escribe no es una exigencia que hagamos y debemos hacer a los regímenes jurídicos y políticos de todo tipo, incluidos aquellos que pertenecen a la tradición del derecho civil? De hecho, la tradición del derecho civil explícitamente afirma su compromiso con la consistencia y el principio de la integridad legislativa cuando despliega su estrategia codificadora. ¿Qué es el Código si no un esfuerzo monumental por alcanzar la integridad legislativa?

Tanto la tradición del *common law*, a la que seguramente Dworkin tenía en mente al escribir *Law's Empire*, como la del derecho civil, comparten la ambición de tratar casos similares del mismo modo. Ambas tradiciones están comprometidas con la meta de alcanzar la consistencia, ambas creen que 'la integridad [...] es la vida del derecho como lo conocemos', ambas construyen su concepción de sistema jurídico sobre la base del principio de integridad en la legislación. El Código y su aspiración a ser completo y coherente es una estrategia para realizar este principio. No obstante, el punto en el que la tradición del derecho civil parece alejarse de la exigencia dworkiniana de integridad es con respecto al segundo principio de integridad en la adjudicación. Es como si la tradición del derecho civil, probablemente como resultado de la concepción del derecho como un hecho ordinario, creyera que la integridad puede alcanzarse respetando solo el principio de integridad en la legislación porque el derecho puede y debe ser aplicado por los jueces automática y mecánicamente. La integridad del Código sería, entonces, lo único necesario para dar integridad al derecho como un todo. Casi como en un juego de espejos, para volver a la cita de Dworkin, este abandono del segundo principio por la tradición del derecho civil puede explicar cómo y por qué no se le asigna ninguna fuerza especial al pasado en los tribunales de los sistemas pertenecientes a esa tradición. Puede explicar por qué los jueces de la tradición del derecho civil no conciben al cuerpo de derecho que administran como un todo sino como un conjunto de decisiones discretas que se sienten libres de tomar o cambiar una por una, sin demostrar más que un interés estratégico por las decisiones previas.

Por lo tanto, el ideal del juez hercúleo que debe hacer el esfuerzo de contribuir, junto a sus colegas pasados y contemporáneos, a desarrollar una narrativa encadenada, para usar la metáfora de Dworkin, o del juez-arquitecto, para usar la de Nino, requiere que el juez sea consciente de las tradiciones interpretativas pasadas (y probablemente también futuras) que han de informar sus decisiones en cada caso particular y, a su vez, han de ser enriquecidas por ellas. De lo contrario, la obra colectiva carecería de integridad y, por lo tanto, de significado. Si esto es así, es fácil explicar por qué la regla del precedente es tan ajena y tan categóricamente rechazada por la tradición del derecho continental.

El *common law* opera sobre una plataforma totalmente diferente. Aunque confiere al Parlamento la autoridad para dictar leyes, estas deben ser consistentes con el derecho común que el pueblo, por medio de sus legisladores, pero también mediante sus propias prácticas, ha ido construyendo y a cuya conformación los jueces han contribuido mediante su interpretación en casos concretos, ayudados por la regla del precedente, aunque no solo por ella.

En la tradición del *common law*, el buen juez es aquél que es capaz de involucrarse en un diálogo constructivo con otros jueces, pasados, contemporáneos e incluso futuros. En cambio, en la tradición de derecho continental, el buen juez es aquél que mejor *conoce* el derecho -concebido como un hecho ordinario- y que lo aplica fielmente de acuerdo con la voluntad del legislador, sin *agregar* contenido a la norma mediante una interpretación que encubra su modificación. La interpretación es una actividad a ser evitada, en lo posible, en su totalidad. Estas dos visiones de lo que el derecho es y las subsiguientes expectativas acerca de lo que los jueces deben hacer definen el contenido de la educación de los abogados y las expectativas de lo que debe suceder en las aulas. También determina las diferencias apreciables en ambos sistemas en cuanto a los mecanismos y procedimientos para la selección de jueces.

Dado que la tradición del derecho continental no espera —o incluso prohíbe— que el juez interprete el derecho, no tiene sentido intentar limitar la discreción interpretativa del juez mediante la exigencia de que sus interpretaciones sean consistentes con una única teoría de la interpretación que fundamente sus opciones interpretativas.

El derecho y, particularmente, el derecho constitucional, es expresado en el lenguaje ordinario de modo sumamente impreciso. Su naturaleza indeterminada implica que los textos jurídicos son extremadamente inespecíficos en cuanto a su significado, mucho más que el Código. El juez, en el proceso de aplicar el derecho, y particularmente el derecho constitucional, necesita dar al texto un significado y, así, tiene tres opciones al decidir cómo proceder y desarrollar su propia práctica.

La primera, que podríamos llamar la del juez *legalista*,⁴⁶ consiste en aplicar el derecho sin interpretarlo. Esta opción debe descartarse por impracticable: es

45. Nino, *supra* nota 7, pp. 33-42.

46. Damaska, *supra* nota 16.

imposible aplicar la Constitución, cuyo texto es tan abierto e indeterminado, sin interpretarla. El derecho siempre requiere interpretación y la separación de la aplicación de la interpretación es una ambición ingenua y, como ya se ha visto, imposible.

La segunda opción consiste en aplicar el derecho de acuerdo con la interpretación preferida por el juez de acuerdo con sus propios juicios de valor o criterios de justicia. Esta opción está asociada a cierto tipo de escepticismo -del cual la escuela de los *critical legal studies* es un ejemplo- acerca de la posibilidad de evitar la manipulación retórica del derecho por parte del juez, quien puede fácilmente enmascarar su voluntad y convicciones personales con lo que aparenta ser un argumento jurídico.⁴⁷ Este enfoque interpretativo es rechazado por quienes creemos que existe un ideal de justicia subyacente al derecho liberal que debe ser aplicado incluso contra la voluntad del juez, si este no es capaz de reconciliarse con él. La sumisión al derecho implica precisamente evitar la sumisión a la voluntad discrecional de aquellos con poder de decisión, como los jueces.⁴⁸ El enfoque escéptico podría descartarse sobre la base de que el derecho no es una cuestión que dependa de las preferencias de cada juez sino, más bien, la expresión de un ideal de justicia. Este hecho derrota a la voluntad del intérprete y sus juicios de valor personales.

La tercera opción es que el juez/intérprete aplique el derecho dejando sus propias convicciones morales a un lado. Sin embargo, no debería esperarse que evite todo juicio de valor, dado que este es un elemento inevitable en la interpretación de textos y, en particular, de aquellos que adolecen de imprecisión y vaguedad.⁴⁹ Dejar las propias convicciones morales a un lado significa, en este contexto, que el juez debe realizar los inevitables juicios de valor requeridos por el proceso de interpretación de conformidad con una teoría interpretativa. Esta teoría establece los criterios y principios en función de los cuales el juez realiza un juicio de valor. Examinemos un ejemplo. La Constitución argentina dice en su artículo 14: 'Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa'. El gobierno decide prohibir y bloquear el acceso a un sitio de internet de noticias y opinión política porque es abiertamente crítico de su política económica. La decisión respecto a si esta acción gubernamental es constitucional está determinada por las palabras escritas en 1853 en el artículo 14 de la Constitución. Una lectura textual, literal u originalista de la Constitución podría sostener que no fue la voluntad del constituyente prohibir la interferencia estatal con expresiones

que no fueran realizadas a través de la prensa y, dado que la publicación de ideas en internet es diferente de la publicación de ideas en la prensa impresa, la expresión de opiniones políticas en internet no estaría protegida por el artículo 14. Sin embargo, si elevamos el nivel de abstracción de la descripción de la voluntad del constituyente,⁵⁰ podríamos sostener que la idea inicial no era proteger solo la expresión de opiniones publicadas en la prensa sino que estas son solo un ejemplo del tipo de expresiones protegidas por el artículo 14. Podríamos añadir también, usando un test contra-fáctico, que como la intención del constituyente era la protección de la auto-expresión, si internet hubiera existido en el S. XIX, esta forma de expresión hubiera sido incluida entre las especialmente protegidas. La opción del originalismo o del textualismo o del literalismo, o la opción de un cierto nivel de abstracción en la descripción de la voluntad constituyente original deben justificarse con razones que, a su vez, respondan a una teoría acerca de cómo interpretar el derecho - y en particular, la Constitución.

La mayoría de los jueces no elige una teoría interpretativa ni la explícita en cada caso en el que dicta sentencia. Sin embargo, cada vez que un juez decide de un modo u otro está descartando otras formas posibles de interpretar el derecho. Como dijo Dworkin, la línea que divide a la adjudicación de la filosofía del derecho se desvanece.⁵¹ Esta elección solo puede realizarse sobre la base de una teoría interpretativa explícita o implícita, consciente o inconsciente. Inevitablemente, cada juez decide cada caso basándose en una teoría de la interpretación jurídica. Esta teoría interpretativa, unida a la exigencia de que sea consistentemente aplicada en todos los casos en los que el juez -o la comunidad de jueces- debe decidir, funciona como un *corset* que restringe las capacidades interpretativas discrecionales de los jueces. Los jueces ya no deciden las cuestiones valorativas que inevitablemente surgen durante el proceso interpretativo de acuerdo con lo que requieren sus propios valores. Más bien, deciden conforme a los estándares y directivas de la teoría interpretativa que adoptaron, la que, a su vez, deben ser capaces de justificar, por ejemplo, apelando a una teoría política, moral o meta-ética.⁵² Por supuesto, hay razones para sostener que ciertas teorías interpretativas son deficientes o injustificadas mientras que otras son correctas y este es el punto desde el cual es posible criticar la tarea del juez-intérprete. Sin embargo, es imposible que los jueces interpreten el derecho sin tomar partido acerca de cuál es la teoría interpretativa correcta que justifica sus decisiones al asignar significado al texto jurídico.

47. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, Parte 3.

48. Owen Fiss, "The Death of Law?" en Owen Fiss, *The Law as it could Be*, Nueva York, New York University Press, 2003, p. 191.

49. Nino, *supra* nota 7.

50. *Ibidem*, pp. 77-105.

51. Dworkin, *supra* nota 6, p. 90.

52. Nino, *supra* nota 7, pp. 77-105.

2. Comunidad de intérpretes: la práctica de juzgar cómo debería ser

La concepción constructivista del derecho, ejemplificada por la novela encadenada de Dworkin y la catedral de Nino, supone que la determinación del significado del derecho y, por supuesto, de la Constitución, requiere un diálogo entre los intérpretes a fines de dotar a los textos jurídicos con significado a través del intercambio de argumentos en un proceso deliberativo que incorpora a diferentes generaciones a través del tiempo. Este diálogo tiene lugar no solo entre los jueces entre sí sino también entre estos y el resto de la comunidad jurídica, incluyendo a los ciudadanos. El proceso interpretativo que tiene por objetivo descifrar el significado elusivo de la Constitución debe, además, concluir en resultados consistentes a efectos de salvaguardar la integridad del derecho y, en particular, del derecho constitucional. Así, este diálogo entre intérpretes no solo es el mejor procedimiento epistémico para *conocer* lo que dice el derecho (o la Constitución) sino también el único modo de evitar conspirar contra la integridad del derecho. Solo una comunidad de intérpretes puede alcanzar este objetivo. Un mero agregado de intérpretes aislados entre sí no podría lograr esto, a menos que quisiéramos crear una obra dadaísta. En este sentido, creo que la práctica de juzgar requiere el desarrollo de un diálogo amplio al interior de esta comunidad de intérpretes, que tendría lugar entre los miembros presentes de la comunidad política y jurídica, pero que también abarcaría a otras generaciones que la constituyen -no solo a los presentemente vivos sino también a los pertenecientes a generaciones pasadas. Todos trabajarían juntos para construir una práctica constitucional significativa e inteligible.

He intentado distanciarme de la presentación usual del debate de derecho comparativo que yuxtapone la tradición del derecho continental con la del *common law*. El sistema jurídico argentino, inspirado por la tradición del derecho continental y, al mismo tiempo, por la tradición constitucional de los Estados Unidos (que, a su vez, posee rasgos heredados del *common law* británico), es un caso inusual que nos permite ver que el verdadero contraste es entre una concepción formalista del derecho, inherente a la tradición del derecho civil (pero que no es extraña a la tradición del *common law*), y una concepción constructivista del derecho como una práctica social, que subyace a la tradición del derecho constitucional. Por lo tanto, las dificultades del sistema jurídico argentino en la construcción de un significado integrado de la Constitución no reside en las supuestamente irreducibles diferencias entre la tradición del derecho continental y la del *common law*, sino en la tensión existente entre las concepciones formalista y constructivista del derecho que compiten al interior del inusual sistema jurídico establecido en Argentina, así como entre dos concepciones puestas de

la democracia que subyacen a la estrategia codificadora y al constitucionalismo, respectivamente.

Los extremos de estos dos pares de motivaciones teóricas -formalismo y constructivismo, por un lado, y democracia radical y constitucional, por el otro- están atrapados en una lucha permanente al interior del sistema jurídico argentino, cada uno conquistando diferentes áreas del sistema y de sus instituciones. El Código estaba basado en, y además trajo consigo, una concepción formalista del derecho que fue arrollada por las consecuencias de la adopción del modelo constitucional de los Estados Unidos. Este, a su vez, trajo consigo elementos del constructivismo jurídico y constitucional que se llevan mal con las implicancias de la estrategia codificadora. Las fuerzas de la tradición del derecho civil se evidencian en la visión dogmática del derecho: supremacía *de facto* de los Códigos sobre la Constitución, concebida como una mera declaración filosófica de principios o como una carta de navegación orientadora pero no vinculante, y casi nunca como un conjunto de límites jurídicos al legislador ni, por ende, al contenido del Código. La tradición del derecho civil también está presente en la enseñanza de los textos jurídicos como cuerpos sin vida cuyo significado es autoevidente. En cuanto al constitucionalismo, se evidencia en la concepción del derecho como una práctica social que le es inherente y en la comprensión compartida por la comunidad jurídica de que el significado de la Constitución depende de cómo los jueces interpreten el texto, incluso si disienten o si acuerdan pero por razones distintas. El constitucionalismo también se manifiesta cuando los jueces asumen la responsabilidad por el rol que ocupan firmando sus votos personalmente, en un gesto de adhesión a una práctica argumentativa de la que participan y que, reconocen, no tiene fin. La influencia del constitucionalismo también se observa en la publicación de las decisiones judiciales de modo que todos podamos participar en este vasto diálogo en busca del significado de la Constitución y del derecho en general. Ambos puntos de vista, el formalista y el constructivista -que inspiraron y fueron introducidos por la codificación y el constitucionalismo, respectivamente- luchan por establecer su supremacía sobre el otro al interior de un mismo sistema jurídico. Sin embargo, debe reconocerse que el primero está mejor posicionado, en los hechos, que el segundo.

El constructivismo de Dworkin y Nino es un intento por revelar el error en el que incurren formalistas y relativistas, y su empresa teórica debería ayudarnos a que los abogados y, sobre todo, los jueces jueguen al único juego que el derecho o, al menos, como dijo Dworkin, 'el derecho como lo conocemos', nos permite jugar.