

Conocimiento experto y legitimidad en el proceso de creación de derecho

Expert Knowledge and Legitimacy in the Law-making Process

Juan Iosa*

Recepción: 20/03/2023

Evaluación: 21/03/2023

Aceptación final: 21/03/2023

Resumen: Primero reconstruyo el modo en que Canale presenta el problema de la (i)legitimidad de las disposiciones opacas, *i. e.*, textos a los que el legislador otorga rango de ley, pese a no comprender su significado, por deferencia a una supuesta autoridad teórica. En dicha reconstrucción marco varios aspectos problemáticos. Luego evalúo su respuesta. La encuentro insuficiente en tanto no nos ofrece ninguna solución categórica al problema. Bajo el supuesto, plausible, de que dichas disposiciones son ilegítimas (y de que Canale compartiría esa tesis) propongo un dilema: dado que no podemos prescindir del conocimiento experto opaco sino pagando altos costos epistémicos entonces debemos elegir entre legitimidad y conocimiento. Ofrezco, por último, una salida al dilema que implica negar que dichas disposiciones sean necesariamente ilegítimas.

Palabras clave: conocimiento experto, opacidad, legitimidad de las normas opacas, dilema entre conocimiento y legitimidad

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Investigador Adjunto, IDEJUS (Conicet-UNC), Investigador, Universidad Siglo 21, Córdoba, Argentina. Correo electrónico: juanfiosa@gmail.com

Abstract: First, I reconstruct the way in which Canale presents the problem of the (il)legitimacy of opaque provisions, *i. e.*, texts to which the legislator grants the rank of law, despite not understanding its meaning, out of deference to a supposed theoretical authority. In this reconstruction, I underwrite several problematic aspects. Then I evaluate his response. I find it insufficient in that it does not offer us any categorical solution to the problem. Under the plausible assumption that these dispositions are illegitimate (and that Canale would share this thesis), I propose a dilemma: since we cannot do without opaque expert knowledge except by paying high epistemic costs, then we must choose between legitimacy and knowledge. Finally, I offer a way out of the dilemma by denying that such provisions are always illegitimate.

Key words: expert knowledge, opacity of legal provisions, legitimacy of opaque provisions, dilemma between knowledge and legitimacy

1. Introducción

En su texto “Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad”, Damiano Canale toca una de las yagas supurantes del derecho actual: la (i)legitimidad del conocimiento experto cuando desempeña cierto tipo de rol al interior de los procesos institucionales de toma de decisiones. Específicamente, cuando dicho conocimiento se traduce en el dictado de disposiciones o normas *opacas*, en el sentido que, siguiendo a Canale, desarrollaré más abajo. Al apuntar sobre esta cuestión Canale nos advierte, indirectamente al menos, de un segundo problema sobre el que este trabajo hará foco: todo indica que, aun de ser el caso que las normas opacas dictadas por deferencia al conocimiento experto sean ilegítimas, no podemos prescindir de tal conocimiento sino pagando altos costos epistémicos. Efectivamente, sin su auxilio las decisiones en cuestión serán menos informadas que las que podríamos tomar de contar con él. Y por supuesto, tomar decisiones en esas condiciones, *i. e.*, decisiones subóptimamente informadas, tiene a su vez nuevos costos. En el ámbito de la aplicación de derecho pagaremos dos tipos de costos íntimamente entrelazados. Primero costos en términos de verdad: si no acudimos a determinados peritajes expertos, por ejemplo, puede hacerse más improbable que la decisión se tome sobre la base de una descripción adecuada de los

hechos. En última instancia aumenta la probabilidad de una descripción falsa. En segundo lugar, pagaremos costos en términos de adecuación al derecho de la decisión en cuestión: si la norma jurídica relevante se aplica sobre una falsa descripción de los hechos entonces será una decisión no ajustada a derecho. Algo similar sucede si tenemos en mente no ya decisiones de aplicación sino de creación de derecho. Tomar decisiones generales subóptimamente informadas en cualquier ámbito, economía, salud, educación, seguridad, etc., equivale a tomar malas decisiones, decisiones en todo caso peores que las que tomaríamos de contar con la información relevante.

Canale se ocupa de los problemas relativos al conocimiento experto tanto en el ámbito judicial como en el legislativo. Por mi parte me centraré solo en este último. Así acotado el contexto, creo que bien vale presentar el problema que me interesa pensar (y que supone la tesis de la ilegitimidad del conocimiento experto que, a mi juicio, defiende Canale) en términos de un dilema: si vedamos al conocimiento experto opaco el ingreso a los procesos de toma de decisiones políticas entonces aseguraremos la legitimidad democrática de tales procesos pero, al mismo tiempo, pagaremos altos costos epistémicos junto con los que de allí se derivan. Si, en cambio, permitimos su ingreso, entonces tomaremos decisiones más informadas, eficientes, etc., pero menos legítimas. O bien vedamos su ingreso o bien lo permitimos. Pagaremos entonces, o bien costos de legitimidad o bien lo haremos en moneda de conocimiento.

Afirmar que aquí hay un dilema supone, tal como acabo de decir, que permitir la introducción del conocimiento experto en la toma de decisiones públicas tiene, de hecho, altos costos en moneda de legitimidad. ¿Es este el caso? Todo el trabajo de Canale se centra en resolver esta cuestión. Uno esperaría entonces una respuesta categórica a esta pregunta. Sin embargo al menos yo no la encuentro. Los argumentos desplegados, en su gran mayoría, apuntan en el sentido de la ilegitimidad del conocimiento experto cuando se traduce en el dictado de disposiciones opacas. Pero hay algunos indicios de que esta ilegitimidad no sería total o categórica, que habría casos en que la opacidad no se traduciría necesariamente en ilegitimidad.¹

¹ Quisiera justificar mínimamente mis dudas sobre la posición última de Canale. Así por ejemplo, al presentar las diversas concepciones de la legitimidad dice: “intentaré distinguir...

Dada esta peculiar característica del texto de Canale, primero me centraré en la reconstrucción y análisis de los argumentos que apoyarían la verdad de la proposición presupuesta en la primera disyunción del dilema arriba planteado: que efectivamente existen necesariamente los referidos costos de legitimidad. De modo que la primera parte de este trabajo se limitará a reconstruir la argumentación de Canale en tanto favorece esta respuesta. En el camino iré comentando algunos puntos que, tal y como él los presenta, me parecen problemáticos. Luego, tras mostrar algunos indicios que indicarían que su posición no es tan categórica, argumentaré en favor de una segunda respuesta: las normas opacas son ilegítimas sólo en principio. Bajo ciertas condiciones bien pueden ser legítimas. Al abrigo de esta última tesis propondré una salida al dilema arriba presentado.

2. El problema del conocimiento experto según Canale: la opacidad

¿Qué se entiende por conocimiento experto? ¿Y cuándo este es problemático desde el punto de vista político y jurídico? Por “conocimiento experto” me refiero al conocimiento de los expertos, es decir al conocimiento que detentan o dicen detentar ciertas personas u organismos técnicos o científicos que en virtud de tales (supuestos) conocimientos ocupan el rol de autoridades teóricas: autoridades sobre aquello que hay razón para creer.² El conocimiento experto se vuelve política y jurídicamente proble-

tres concepciones diferentes de legitimidad jurídica y las respuestas que cada una de ellas entrega al problema que está siendo considerado” (Canale, 2023, sección I). En general las teorías de la legitimidad que Canale reconstruye, parecen, en principio, negar legitimidad a las normas opacas. Sin embargo hay algunas –la concepción sustancial en sentido amplio, por ejemplo– en que, tal como veremos, parece haber espacio para disposiciones opacas legítimas. En cualquier caso no queda del todo claro si Canale hace suyas estas respuestas tendencialmente negativas: en ningún lugar de texto afirma esto explícitamente. Uno entendería que este es el caso. Pues si no las compartiera entonces lo diría expresamente. Bajo esta asunción es que leo a Canale como afirmando la ilegitimidad de las disposiciones opacas.

² Vale aclarar que Canale no utiliza esta expresión. Yo la utilizo por amor a la brevedad y porque no creo traicionar con ella nada importante que Canale afirme en su trabajo. Por otra parte, para una especificación del concepto de razón para creer en tanto distinto del

mático cuando no se limita a dar consejo a las autoridades legítimas sobre aquello que hay razón para creer sino que, por diversas razones, deja de ser una mera autoridad teórica y pasa a funcionar como autoridad práctica. Según Canale, en el campo de la creación de derecho esta mutación tiene lugar cuando, en virtud de su deferencia al conocimiento experto, los legisladores sancionan textos normativos cuyo sentido no comprenden. Respecto de esta cuestión introduce el concepto de opacidad del derecho. Con él se refiere a un particular problema de “comunicación entre los expertos y los legal *decision-maker*”. En un primer momento Canale no define este concepto en términos generales sino que lo hace mediante una distinción entre opacidad de las disposiciones y opacidad de las normas:

Una disposición es opaca cuando contiene términos o expresiones técnicas incorporadas en el texto por indicación de los expertos y que escapan a la comprensión de los legisladores... En cambio, una norma es opaca cuando su contenido es determinado por los expertos en sede probatoria, aunque dicho contenido no es comprendido por el juez que aplica la norma en cuestión... En las dos situaciones mencionadas los expertos crean derecho en el sentido de que determinan el contenido de los textos normativos; un contenido que escapa a la plena comprensión de los agentes institucionales autorizados para producir y aplicar el derecho³ (Canale, 2023, sección 1).

Una primera cuestión que surge aquí es que, al menos bajo una lectura no caritativa de su texto, el conocimiento experto parecería ser problemático para Canale sólo cuando se da el problema de la opacidad. Bien cabría preguntarse si no hay otras razones u otras situaciones en las que el conocimiento experto puede resultar políticamente problemático. Podría pensarse que el conocimiento experto es políticamente problemático aun si no funciona como autoridad práctica sino meramente como autoridad teórica,

concepto de razón para actuar remito a su texto. También puede verse Raz (1979, pp. 14 y ss.), y Iosa (2017, pp.122 y ss).

³ En virtud de la restricción temática indicada en el segundo párrafo de la introducción, aquí me centraré en la opacidad de las disposiciones normativas y no en la de las normas.

i. e., cuando no hay ningún problema de opacidad sino que quienes toman decisiones públicas lo hacen en virtud de su deferencia a cierta supuesta autoridad teórica. En otras palabras, la denuncia política de la tecnocracia no necesita, me parece, asumir la forma de denuncia del problema de la opacidad. Basta con afirmar que no hay autoridad epistémica imparcial, que toda autoridad epistémica tiene una agenda. La denuncia en general suele ir acompañada del señalamiento de la agenda de tal autoridad. Así por ejemplo se señala que los “consejos” supuestamente “neutrales” del Banco Mundial o de FMI no son tales.⁴ En otras palabras, creo que habría argumentos para afirmar que el problema de la legitimidad del conocimiento experto no se reduce a los casos de incompreensión (u opacidad), sino que se verifica también cuando el legislador, aun si comprende perfectamente las sugerencias expertas, no atiende adecuadamente la cuestión de la neutralidad o, en todo caso, el interés legítimo subyacente a sus dichos.

⁴ De hecho creo que sería muy útil, aunque el punto excede el texto de Canale, catalogar los diversos modos que puede adquirir la intervención “experta”. Pues son, efectivamente, diversos. ¿No es conocimiento experto acaso el de los economistas que asesoran a los políticos en las campañas electorales y luego, eventualmente, ocupan diversos cargos en el ministerio de economía? ¿Y el “conocimiento” de los lobistas y organizaciones sociales que intervienen desde tiempo inmemorial en algún área de interés público? En este sentido y refiriéndose al caso argentino, Mariana Heredia (Heredia, 2022, p. 176) nos indica que “la participación de *outsiders* en la elaboración de políticas públicas no fue una novedad del neoliberalismo. La Iglesia Católica tuvo una influencia determinante en el Ministerio de Educación a todo lo largo del siglo XX, como la tuvieron los abogados laboristas y los sindicatos en las carteras de Trabajo de las administraciones peronistas y no peronistas. Las propuestas de reforma presentadas en el parlamento siempre han recuperado, a veces hasta replicar, las elaboraciones presentadas por actores directamente interesados en la cuestión a legislar.” Como bien señala Heredia, el conocimiento experto suele venir acompañado de algún interés. Y este interés no es necesariamente económico o monetizable. La Iglesia tiene, por ejemplo, un interés “genuino”, i.e., no reducible a su interés económico en la venta del servicio en cuestión, en la educación de las jóvenes generaciones. Esto no excluye que haya aquí una relación entre conocimiento e interés. De modo que tal vez la primera cuestión a pensar aquí es si es posible, en lo que hace a la información necesaria para tomar decisiones públicas, acudir a algún conocimiento no interesado. Tal vez no lo sea. Tal vez de lo que se trata es de distinguir entre conocimientos vinculados a intereses legítimos y conocimientos que no cumplen con esta condición. Si este fuera el caso, entonces la pregunta relevante sería cuáles intereses son legítimos y por lo tanto tienen derecho a participar de la toma de decisiones públicas, que afectan a todos los ciudadanos y ciudadanas, y cuáles no.

De todos modos lo dicho en el párrafo anterior supone, como dije, una lectura no caritativa de su texto. El hecho es que Canale en ningún lugar afirma que la opacidad se la única fuente de ilegitimidad del conocimiento experto. En tanto no niega lo que aquí afirmo sino que simplemente se dedica a explorar la cuestión de la relación entre opacidad y legitimidad, y en tanto este es un comentario a su texto, me abstendré de seguir por esta línea de análisis para continuar con suya.

Retorno, entonces, al problema de la opacidad de las disposiciones. Para explicar el concepto, Canale introduce el curioso caso de la máquina de humo. Dado que el lector puede acudir al texto bajo análisis, no tiene sentido reconstruirlo aquí. Me detendré solamente en los aspectos relevantes respecto del punto que quiero señalar. Recordemos que en el año 2014 el Parlamento y la Comisión Europea emitieron la directiva 2014/40/EU relativa a la fabricación, presentación y venta de tabaco. Dicha directiva, en su artículo 3.1, establece que “[L]os cigarrillos comercializados o fabricados en los Estados miembros no podrán tener niveles de emisión superiores a: a) 10 mg. de alquitrán por cigarrillo; b) 1 mg. de nicotina por cigarrillo; c) 10 mg. de monóxido de carbono por cigarrillo.” Y en su artículo 4.1, el relevante a los fines de mostrar el problema de la opacidad de las disposiciones, establece que “[L]as emisiones de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos se medirán según las normas ISO 4387, 10315 y 8454, respectivamente. La exactitud de las indicaciones relativas al alquitrán, la nicotina y el monóxido de carbono se comprobará según la norma ISO 8243.”

La disposición en cuestión permite entender el concepto de opacidad. Según Canale “una disposición es opaca cuando los miembros de un órgano de producción normativa no conocen ni poseen la competencia necesaria para comprender el contenido de la disposición que emana del órgano” (Canale, 2023, sección 1). Efectivamente,

Los miembros del Parlamento Europeo y de la Comisión no conocían el contenido de los estándares ISO como tampoco los requisitos técnicos en los que ellos se basan. Como lo muestran los trabajos preparatorios de la directiva, estos estándares no fueron explicitados y discutidos dentro de la Comisión y del Parlamento

Europeo en la etapa deliberativa, ni es razonable suponer que los miembros de los órganos de producción normativa conocieran, en cualquier caso, su contenido y además, fueran capaces de comprender las razones técnico-científicas que justificaban su adopción. Los legisladores se limitaron a copiar la denominación de estos estándares (“ISO 4387”, “ISO 10315”, “ISO 8454”, “ISO 8243”) proporcionados por los expertos al interior del texto normativo, tratándolos como nombres propios o designadores rígidos.

Es importante llamar la atención sobre el hecho de que la definición de “disposición opaca” que nos ofrece Canale es una disyunción encubierta. A su entender una disposición es opaca cuando los legisladores no comprenden su contenido o cuando no tienen la competencia necesaria para comprenderlo. El punto es problemático porque puede ser el caso que aunque de hecho no conozcan el contenido de la disposición que dictaron, los legisladores bien pudieron haber tenido, al momento de dictarla, la competencia necesaria para comprenderla. Pueden haber simplemente decidido no tomarse el trabajo, confiar graciosamente en el conocimiento experto. Retomaremos este punto más adelante. Pero cabe apuntar que la responsabilidad del legislador por su delegación y, en consecuencia, la legitimidad relativa de la disposición dictada, puede no ser la misma en ambas situaciones. Una cosa es si el conocimiento en cuestión es inaccesible para el legislador y otra si aun pudiendo adquirir dicho conocimiento decide no hacerlo.

Antes de alejarnos del caso que Canale usa para ilustrar el concepto de disposición opaca, quisiera llamar la atención sobre una propiedad que él destaca y cuya relación con la cuestión de la opacidad no es del todo obvia y requiere, por lo tanto, análisis: el conocimiento experto contenido en las disposiciones ISO a las que remite la directiva es conocimiento detentado por una organización privada.

[L]os estándares a los que se refiere el artículo 4(1), habían sido establecidos previamente bajo la forma de reglas no vinculantes por la *International Organization for Standardization* (ISO), es decir, por una organización privada que reúne un gran número de organismos nacionales de normalización. Cada estándar es fijado por

una comisión técnica compuesta por expertos de la industria como también por los representantes de las empresas tabacaleras. Luego, el Parlamento y la Comisión Europea incorporaron los estándares elaborados por esta organización privada, en la Directiva 2014/40/EU. Cabe señalar, además, que el contenido de los estándares indicados en el artículo 4(1) no es accesible al público: los estándares ISO tienen derechos de autor y solo pueden conocerse mediante el pago de regalías. En otras palabras, el conocimiento de los estándares ISO establecidos en la Directiva 2014/40/EU requiere competencias técnicas especializadas de propiedad exclusiva de una organización privada que establece y administra estos estándares de forma independiente. Dado que los miembros del Parlamento y de la Comisión Europea no tenían conocimientos especializados respecto a la medición de las sustancias químicas emitidas por la combustión de cigarrillos, los legisladores confiaron en un organismo técnico de normalización para formular el artículo 4(1) de la Directiva e incorporaron las indicaciones de este organismo dentro de la disposición (Canale, 2023, sección 2).

Es importante destacar que el hecho de que la organización que detenta el conocimiento experto en cuestión sea privada es una cuestión distinta de la opacidad de dicho conocimiento. Sin duda que también es problemática. La privacidad del conocimiento experto afecta tanto su neutralidad como su publicidad. Pero el conocimiento detentado por un organismo público también puede ser opaco para el legislador. Imaginemos que en lugar de acudir a ISO el legislador europeo hubiera acudido a las opiniones expertas dictadas por un organismo de la Unión especialmente diseñado, como de hecho ocurre en la mayoría de los países, para producir conocimiento relativo a productos, como los medicamentos y las drogas en general, que puedan afectar a la salud de los ciudadanos. Semejante organismo podría haber dictado las normas 4387', 10315', 8454' y 8243' y el legislador podría haber remitido a ellas como remitió a sus equivalentes ISO. Aun así el problema de la opacidad subsistiría. Pero cabe preguntarse si sería igualmente problemático desde el punto de vista de la legitimidad de la norma dictada. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

3. Conocimiento experto e (i)legitimidad de las decisiones públicas

3.1. El caso problemático

En seguida ingresaremos a la cuestión de ilegitimidad del conocimiento experto. Pero no todo caso de uso de tal saber al interior de los procesos institucionales de toma de decisiones es problemático. Habrá entonces que determinar los modos en que el conocimiento experto puede ingresar al razonamiento práctico del legislador democrático y aislar el específicamente problemático desde el punto de vista de la legitimidad.

Canale nos indica que un primer modo, el habitual, en que puede operar el conocimiento experto es como pura y simple autoridad teórica. En este caso, cuando el experto es efectivamente una autoridad teórica (y no alguien que meramente pretende tal autoridad), su conocimiento otorga al legislador razones para creer que las cosas son tal y como lo dice la autoridad teórica. Que, por ejemplo, los medios (no más de 10 mg. de alquitrán, 1 mg. de nicotina y 10 mg. de monóxido de carbono por cigarrillo) que el experto indica como adecuados para alcanzar el fin que el legislador se propone (proteger la salud de la población) son efectivamente tales. Las razones para creer no son iguales a las razones para actuar. Y tener autoridad práctica es tener la capacidad de cambiar las razones para actuar. De modo que si la autoridad práctica llega a creer con base en los dichos de una autoridad teórica legítima (*i. e.*, una que efectivamente es tal) que el medio *x* es efectivamente un medio para alcanzar su fin y en base a ello dicta una norma cuyo contenido comprende perfectamente, entonces no hay ningún problema de legitimidad. La autoridad teórica se mantiene como autoridad teórica, como brindando justificadamente, sobre la base de su mayor conocimiento, razones para creer, y la autoridad práctica, institucional, con su legitimidad propia, se mantiene como tal: cambiando las razones para la acción de los destinatarios de sus directivas.

Al parecer Canale señalaría un segundo tipo de intervención experta en los siguientes términos: “(Las) razones epistémicas... a menudo adquieren, sin embargo, relevancia práctica y se transforman en razones para actuar de tipo instrumental. Más precisamente, desempeñan el rol de premisas

en el razonamiento práctico de los *decision maker*, indicando los medios necesarios para alcanzar sus fines” (Canale, 2023, sección 3). Si bien (tal como el uso de la expresión “sin embargo” indicaría) Canale parece ver aquí un modo diferenciado de funcionamiento del conocimiento experto al interior del razonamiento práctico de los legisladores, a mi juicio no hay aquí tal cosa. Ello porque lo que él está diciendo es que cuando los legisladores creen en las razones epistémicas proporcionadas por los expertos y, por esa razón, las incorporan al razonamiento en virtud del cual dictan una disposición normativa, esas razones para creer se transforman en razones para la acción.⁵ Si el legislador, en razón de los dichos de la autoridad teórica, cree que 1 mg. de nicotina por cigarrillo es un límite que ayudará a cuidar la salud de la población y, en consecuencia, dicta una norma que prohíbe cigarrillos con más de 1 mg. de nicotina, entonces está creando una razón para la acción para los productores de cigarrillos: si quieren vender su producto en la Unión Europea entonces tienen razón para fabricarlos con menos de 1 mg. de nicotina. No hay misterio en ello. Es un caso subsumible en el anterior.

El último modo de Canale es el problemático.

[C]uando el derecho se vuelve opaco, no solo las razones epistémicas de los expertos se convierten en razones para actuar, sino que también dichas razones se sustraen del conocimiento y comprensión de los operadores jurídicos institucionales que las utilizan para orientar y justificar sus decisiones. Esto se debe a que, en caso de opacidad, los *decision-maker* no tienen la competencia

⁵ Alguien bien podría decir que no es el caso que, al ingresar al razonamiento práctico del legislador, una razón para creer se transforme en una razón para actuar. Que la razón en cuestión sigue siendo una razón para creer, y que la razón para actuar es sólo la conclusión de ese silogismo. A mi juicio sin embargo la razón para creer emitida por la autoridad práctica no ingresa al silogismo como tal, i.e., como razón para creer. Ingresa, en cambio como creencia de la autoridad. La autoridad meramente afirma que x es el caso y lo introduce como premisa fáctica en su razonamiento. Si puede remitir a los dichos de la autoridad teórica. Pero tal remisión es contingente y, además, no hace parte del razonamiento práctico aun cuando externamente lo justifique. Efectivamente entonces hay una transformación. La razón para creer se transforma en creencia. Y es esta creencia la que forma parte del razonamiento práctico y permite, acompañando a la premisa normativa en cuestión, llegar a la conclusión normativa, a la razón para la acción propiamente dicha.

de tipo inferencial para comprender el contenido de las expresiones lingüísticas que fijan la referencia de las disposiciones y de las normas que producen (Canale, 2023, sección 3).

Cuando las disposiciones le resultan opacas al legislador esto significa que quien dicta las disposiciones no las comprende. En otros términos, a diferencia de los casos normales de deferencia a las autoridades epistémicas, aquí el legislador no llega a adquirir ninguna creencia, no cree nada. Específicamente, cuando una disposición es opaca, su texto es decidido por los expertos con la intención de que sea leído como expresión del contenido normativo que ellos, los expertos, tienen en mente. El legislador, por su parte, se limita a dar fuerza de ley al texto en cuestión. En efecto, desde un punto de vista lingüístico, el legislador no puede decidir sobre las palabras de un texto cuyo contenido inferencial no conoce mientras que sí puede decidir que ese texto sea parte del derecho.⁶ Tenemos, por así decirlo, una escisión entre conocimiento y voluntad. El legislador, curiosamente, quiere que sea ley un texto cuyo contenido normativo no comprende. Y aquí radica la semilla del problema de la legitimidad de las disposiciones opacas. ¿Tiene el legislador democrático-constitucional poder normativo para dar fuerza de ley a un texto cuyo contenido normativo no comprende? O, desde la perspectiva contraria y siguiendo la pregunta de Canale: “¿Puede considerarse legítima la autoridad *de facto* ejercida por los expertos?”

3.2. La cuestión de la legitimidad

Aislado entonces el caso problemático de conocimiento experto, el de las disposiciones opacas, corresponde dar cuenta de la acusación de ilegitimidad que sobre ellas pesa. Al respecto Canale se expresa en estos términos:

⁶ Lo anterior es una paráfrasis remota de la nota 18 del texto de Canale. Tan remota que no estoy seguro si él acordaría con mi forma de expresar la cuestión.

En situaciones como esta, el contenido del derecho es determinado por organismos técnico-científicos que operan fuera del circuito democrático-constitucional. La autoridad epistémica reconocida a los expertos, a la cual el derecho no puede renunciar, se convierte en un poder indirecto de producción normativa, sustraído a los mecanismos institucionales de control propios de un estado de derecho (Canale, 2023, sección 3).⁷

La cita bien podría bastar para entender que Canale afirma la ilegitimidad de las disposiciones opacas, incluso para afirmarla en nombre propio. Pero este sería un modo apresurado de cerrar el problema. La respuesta a la cuestión general de la fuente de la legitimidad democrática puede tener impacto en la cuestión más puntual de la legitimidad de las normas opacas dictadas sobre la base del conocimiento experto. De aquí que corresponda ingresar en su análisis.

Canale señala acertadamente que dada la polisemia del término así como la multitud de teorías de la legitimidad actualmente en danza, es imposible ofrecer una reconstrucción acabada de la cuestión. De todas formas toma cuatro concepciones centrales de legitimidad (formal, sustancial –en sentido amplio y en sentido estricto- y procedimental) y pareciera concluir (con todas las precauciones y condicionales ya expresados más a arriba) que bajo ninguna de estas concepciones el dictado de disposiciones opacas es legítimo.

El problema básico, que en última instancia destacan todas las concepciones de legitimidad escrutadas por Canale, es la escisión entre conocimiento y voluntad. Quien con su voluntad decide que el texto sea ley no conoce su contenido. Pero si no conoce el contenido de la disposición que dicta no se puede decir que sea el autor de esa disposición. Por lo tanto el legislador no puede garantizar que su contenido se corresponda con el contenido de la voluntad del pueblo o de los individuos (esto último dependiendo de la concepción de representación en cuestión) que representa. Y recordemos que la noción formal de legitimidad aspira a asegurar

⁷ Me importa destacar que Canale comparte la perspectiva enunciada en el primer párrafo de este trabajo en el sentido de que estamos frente a un dilema: debemos elegir entre conocimiento y legitimidad.

la transmisión de la voluntad del representado al representante. Por otro lado, si no conoce el contenido de la disposición, el legislador tampoco está en condiciones de verificar si ésta no entra en contradicción con normas de mayor jerarquía, es decir, no puede ejercer un control de legitimidad sustancial en sentido estricto. Tampoco puede saber si las disposiciones opacas reflejan las razones dependientes de los sujetos a los que las disposiciones se aplican ni si, en virtud de ello, estos tienen más chances de hacer lo correcto actuando en conformidad con ellas antes que en conformidad con su propio juicio. Pareciera entonces que el legislador que dicta disposiciones opacas no puede cumplir con las condiciones de legitimidad de la concepción sustantiva en sentido amplio. Similares consideraciones se aplican a la concepción procedimental: si el legislador no conoce el contenido de las disposiciones no puede garantizar que se tuvieron en cuenta los requisitos procedimentales en cuestión (Canale hace referencia a la igual consideración de las opiniones e intereses de todos los ciudadanos y a la tutela de los derechos humanos fundamentales).

4. El dilema de la ilegitimidad del conocimiento experto

Asumamos que esta primera lectura de Canale es correcta y que efectivamente él cree que el dictado de disposiciones opacas es ilegítimo. Es más, afirmemos en nombre propio, al menos provisionalmente, que este es el caso. Pero asumamos también con él, que el legislador no puede dejar de acudir, al menos no en sociedades complejas como las nuestras, al conocimiento experto. Asumamos entonces, tal como afirmé en la primera página, que estamos ante un dilema. ¿Cómo hemos, entonces, de proceder? ¿Deben los legisladores abstenerse de acudir al conocimiento experto cuando no hay otro modo de hacerlo entrar al razonamiento práctico autoritativo más que tolerando su opacidad? ¿Deben los jueces declarar inválidas las normas opacas? ¿No tenemos los ciudadanos ninguna razón para obedecer tales normas?

La mera formulación de estas preguntas permite presumir que tendremos un problema si cerramos completamente el acceso del conocimiento experto opaco al ámbito del derecho legítimo. Comienza aquí a abrirse

una grieta que tal vez nos permita escapar entre los cuernos del dilema. La tesis que sostendré, no estoy seguro de si en contra o junto a Canale, es que las disposiciones opacas son ilegítimas solo en principio, que hay casos en que son legítimas.

Recordemos los términos en que al comienzo planteamos el dilema: Si vedamos al conocimiento experto opaco el ingreso a los procesos de toma de decisiones políticas entonces aseguraremos la legitimidad democrática de tales procesos pero, al mismo tiempo, pagaremos altos costos epistémicos junto con los que de allí se derivan. Si, en cambio, permitimos su ingreso, entonces tomaremos decisiones más informadas, eficientes, etc., pero menos legítimas. O bien vedamos su ingreso o bien lo permitimos. Pagaremos entonces o bien costos de legitimidad o bien de conocimiento.

Un buen comienzo para intentar escapar entre los cuernos del dilema puede ser recordar un punto que señala acertadamente Canale en relación a la concepción sustantiva amplia. Lo que la misma exige es que las disposiciones dictadas reflejen de hecho las razones de los súbditos, no que el legislador conozca que este es el caso. Asimismo requiere que los súbditos, al seguir dichas disposiciones, tengan más probabilidad de actuar correctamente, de acuerdo a las razones que se les aplican, siguiendo tales disposiciones que actuando de acuerdo a su propio juicio al respecto. Naturalmente, si la autoridad legítima, el legislador, no conoce el contenido de las disposiciones en cuestión, es altamente improbable que las condiciones recién referidas se vean satisfechas. Pero no es imposible. No es imposible si el legislador tiene buenas razones para confiar ciegamente en la autoridad teórica, en el conocimiento experto. Si, en otras palabras, puede haber normas opacas y aun así legítimas. Como bien señala Canale,

Los expertos que colaboran en el proceso de producción normativa pueden no ser imparciales, su opinión puede ser poco fiable y los modelos cognoscitivos en los que se basa dicha opinión pueden ser poco fiables o controvertidos. En consecuencia, que la legitimidad sustancial de una disposición se conciba en un sentido amplio, depende, en última instancia, de la imparcialidad, la exactitud, la fiabilidad de la opinión de los expertos y por tanto, de la manera en que los agentes institucionales adquieren las razones epistémicas

necesarias para tomar decisiones legislativas y de política pública (Canale, 2023, sección 3).

Al evaluar la concepción procedimental, Canale se pronuncia en un sentido similar:

[L]a legitimidad jurídica de una disposición opaca depende de la 'legitimidad epistémica' de la contribución de los expertos. Los conocimientos especializados que guían la elaboración de las disposiciones, así como los estándares y las reglas técnicas incorporadas en el ordenamiento, deben satisfacer requisitos procedimentales de tipo subjetivo y objetivo. Los primeros se refieren a la imparcialidad y la independencia de los expertos que participan en el proceso legislativo; los segundos se refieren a las reglas epistémicas que presiden al desarrollo del conocimiento (Canale, 2023, sección 3).

El problema entonces se reduce a la racionalidad de una confianza ciega del legislador en los expertos. A la racionalidad de permitir el ingreso al derecho de normas opacas, en otras palabras. Ahora bien, ¿cuándo un legislador puede tener la garantía suficiente como para descansar ciegamente en los portadores de un conocimiento que no entiende, del que no se puede apropiarse? ¿Cuándo, en otras palabras, tiene derecho a dictar normas opacas? Solo cuando los expertos son genuinamente imparciales, independientes y siguen fielmente el método científico. El método científico, por su parte, implica contrastabilidad de las tesis sostenidas. Esto a su vez requiere publicidad del conocimiento en cuestión.

Supuesto esto, creo que estamos en condiciones de escapar del dilema. Primero, un legislador sólo debe confiar en el conocimiento experto cuándo no tiene más alternativa. Descansar en el conocimiento ajeno es siempre una opción subóptima. Sobre todo si estamos hablando de una responsabilidad del tamaño de la de los legisladores, cualesquiera sean sus esferas de competencia. Bien podemos entonces dar una directiva relevante tanto para el legislador como (aunque no hayamos trabajado la cuestión) para el juez. El legislador está autorizado a acudir al conocimiento experto solo si no tiene las competencias necesarias como para apropiarse por sí mismo de dicho conocimiento. Nadie espera que un legislador, un político,

tenga las competencias necesarias para decidir sobre las condiciones de seguridad de una planta de fusión nuclear o sobre los químicos o medicamentos que pueden circular libremente en el mercado sin peligro para la salud o la seguridad de la población. Pero cuando puede acceder por sí mismo al conocimiento en cuestión, aun si eso le demanda tiempo y estudio, tiene la obligación moral y política de hacerlo. Si, por la razón que sea, no lo hace, las normas que dicte tendrán un déficit de legitimidad que el juez, entiendo, debe estar en condiciones de evaluar. Un juez no tiene por qué considerar válida una disposición opaca sólo en razón de la irresponsabilidad del legislador.

Segundo, cuando el legislador no está en condiciones de conocer por sí mismo el contenido de la legislación que debe dictar, si no sabe ni puede saber cuáles son los medios adecuados para alcanzar los fines que sí sabe que quiere alcanzar, es decir, en casos de opacidad, bien puede descansar en los expertos siempre y cuando estos detenten un conocimiento imparcial, independiente, objetivo, dependiente del método científico, contrastable y público. Para asegurar que se den estas condiciones, en sociedades complejas como las nuestras, *i. e.*, sociedades donde hay casos en que no podemos dejar de acudir a tal conocimiento, el Estado debe proveerle de tales expertos. En otras palabras, el Estado deberá proveer de una burocracia experta capaz de informar al legislador en estos casos. Los expertos pertenecientes al aparato del Estado gozan, en tanto empleados públicos, de legitimación democrática formal: han sido (o deben ser) nombrados de acuerdo a requisitos legales (siendo el mérito uno de ellos) que aseguran su imparcialidad. Además son inmediatamente responsables ante su superior jerárquico, en última instancia elegido democráticamente (ya sea con legitimación directa, como el presidente, o indirecta, como los ministros) y a través de su superior jerárquico bien se puede pensar que los burócratas son responsables ante la ciudadanía. Consecuentemente se puede decir que es más probable que su único interés sea defender los intereses del Estado y, en consecuencia, de la comunidad organizada a través suyo. Si los expertos en cuestión gozan de legitimación democrática indirecta entonces hay buena razón para confiar en su imparcialidad e independencia.

Lo que no puede hacer el legislador, no al menos si quiere conservar la legitimidad democrática de sus decisiones vía delegación en expertos,

imparciales, desinteresados, independientes, etc., es descansar en expertos privados. Al exponer el caso de la máquina de humo, Canale nos cuenta que los legisladores remitieron a estándares de una organización privada, que cada estándar es fijado *por una comisión técnica compuesta por expertos de la industria y por representantes de las empresas tabacaleras*, que el contenido de los estándares en cuestión no es accesible al público, que tienen derechos de autor y que solo es posible conocerlos mediante el pago de regalías. Todo esto ya es demasiado. El problema de la legitimidad de las disposiciones opacas depende en buena medida de la confianza que sea racional depositar en la imparcialidad, independencia, objetividad, etc., de los expertos en cuestión. No hay por qué confiar en que los representantes de las empresas tabacaleras gozaran de estas virtudes, más bien todo lo contrario. Este es un caso donde la racionalidad de la legislación requiere de una burocracia legítima y eficiente que pueda garantizar que el conocimiento que no pueden tener los legisladores y que sin embargo necesitamos para dictar disposiciones informadas, sea tal. El problema de la ilegitimidad del conocimiento experto es un problema histórico: surge como cuestión práctica relevante cuando los expertos privados toman el lugar de los expertos públicos.⁸ Y como todo problema que surge en deter-

⁸ Refiriéndose al caso argentino, Heredia marca un punto que bien se puede generalizar: “Atender a los espacios que participan de la elaboración de decisiones públicas también evidencia grandes novedades desde mediados de los años setenta. Hasta entrado el siglo XX, el Estado tenía una potestad casi exclusiva sobre la producción de profesionales, datos y análisis que permitían fundar sus intervenciones. Las universidades públicas eran el principal espacio de formación superior, existían cuerpos profesionales fuertes y los puestos de la administración pública aparecían como el destino consagratorio de muchas carreras. La inestabilidad institucional primero y la última dictadura después debilitaron la centralidad estatal en la formulación de políticas públicas. Desde entonces, se generalizaron primero consultoras económicas y luego centros de todo tipo que comenzaron a elaborar política “llave en mano” para los funcionarios de turno. Financiados por organismos internacionales y/o empresas locales, estas organizaciones se dan la doble tarea de instalar ciertos problemas públicos y de producir sugerencias para darles solución... En suma, en la medida en que se erosiona la capacidad de las administraciones públicas de conocer y monitorear distintas áreas de la vida social y disminuye la producción de diagnósticos y evaluaciones realizadas por organismos públicos, los dirigentes políticos dependen más de las empresas, las organizaciones de la sociedad civil, los centros privados de experticia y las distintas redes de profesionales y militantes que tienen agendas propias sobre cuáles son los problemas y cómo resolverlos” (Heredia, 2022, pp. 176 – 7).

minado momento histórico, en otro momento se puede solucionar. Se trata entonces de revertir una tendencia globalmente dominante durante del neoliberalismo. La burocracia estatal viene siendo sometida, hace muchos años, a un embate sistemático. Tal embate viene justificado en razones que aun si uno no comparte, entiende. Son proverbiales su ineficacia, su lentitud, su corrupción, su corporativismo. Necesitamos entonces, desarrollar capacidades estatales, inventar una nueva burocracia con la potencia suficiente como para enfrentar los desafíos que el tiempo que nos ha tocado le presenta.

Bibliografía

- Canale, D. (2023). Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad. *Discusiones*, 30(1).
- Heredia, M. (2022). *¿el 99% contra el 1%?* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- Iosa, J. (2017). *El conflicto entre autoridad y autonomía*, México, Fontamara.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press.