

RONALD DWORKIN

EL DERECHO DE LAS
LIBERTADES

La lectura moral de la
Constitución Norteamericana

Palestra Editores
Lima — 2019

INTRODUCCIÓN:

LA LECTURA MORAL Y LA PREMISA MAYORITARISTA*

CONFUSIÓN CONSTITUCIONAL

Los diferentes capítulos de este libro se publicaron en su momento de manera separada, a lo largo de varios años de trabajo, y abordan una amplia gama de asuntos constitucionales. Muchos de ellos fueron escritos en momentos de encendidos debates constitucionales. De hecho, el libro discute casi todos los asuntos de relevancia constitucional de las últimas dos décadas, incluyendo el problema del aborto, la acción afirmativa, la raza, la pornografía, la homosexualidad, la eutanasia y la libertad de expresión. Algunos capítulos versan sobre decisiones particulares de la Suprema Corte de los Estados Unidos, incluyendo la de *Roe vs. Wade*, en la que

* *N. del T.*: El presente capítulo introductorio ya ha sido traducido al castellano al menos en dos ocasiones: la primera traducción corresponde a la excelente labor realizada por los profesores Paola Bergallo y Marcelo Alegre (al respecto, véase el 6to capítulo del libro *Democracia deliberativa y derechos humanos*, H. Hongju Koh y Ronald C. Slye, Gedisa, Barcelona: pp. 101-139) y la segunda corresponde a la del profesor Juan Alberto Castañeda Méndez (hasta donde entiendo, la misma no ha sido publicada). Aunque aquí he optado por reproducir con cierta fidelidad la primera de estas traducciones, hay ciertas discrepancias terminológicas que hacen que una y otra no sean idénticas. Además, la sección final de esta introducción no figuraba en el ensayo original de Dworkin publicado por Gedisa, como así tampoco algunas acotaciones dispersas sobre el resto del libro que el propio autor introdujo cuando revisó ese ensayo a los efectos de incluirlo aquí.

la Corte reconoció por primera vez el derecho al aborto, el caso *Cruzan*, en el que la Corte tuvo que considerar si las personas gozan de un derecho constitucional a morir en determinadas circunstancias, y *New York Times vs. Sullivan*, en el que la Corte cambió dramáticamente lo que la libertad de expresión significa en Estados Unidos. Otros capítulos incluyen material más general. El capítulo 3, por ejemplo, evalúa la acusación familiar de que muchos de los derechos constitucionales que la Corte Suprema ha identificado en décadas recientes, como el derecho al aborto, de ninguna manera estarían “enumerados” realmente en la Constitución, sino que habrían sido inventados por los propios jueces.

El libro como un todo tiene un objetivo más pretencioso y general. Ilustra una manera particular de leer y aplicar una constitución política, a la que llamo la lectura *moral*. Muchas constituciones contemporáneas protegen los derechos individuales en contra del gobierno en un lenguaje amplio y abstracto, como el de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, instando al Congreso a no dictar ley alguna que restrinja la “libertad de expresión”. La lectura moral propone que todos nosotros —jueces, abogados y ciudadanos— interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas con la convicción de que invocan principios morales sobre la decencia política y la justicia. La Primera Enmienda, por ejemplo, reconoce un principio moral —que está mal que el gobierno censure o controle lo que dicen o publican los ciudadanos— y lo incorpora al Derecho estadounidense. De este modo, cuando surge alguna nueva controversia constitucional —acerca de si, por ejemplo, la Primera Enmienda permite la sanción de leyes contra la pornografía—, son las personas que forman sus opiniones quienes deben decidir cuál es la mejor interpretación de un principio moral abstracto. Son ellas las que deben decidir si el verdadero fundamento del principio moral que condena la censura, tal como el mismo ha sido incorporado al Derecho estadounidense, se extiende al caso de la pornografía.

La lectura moral, por lo tanto, incorpora la moralidad política al corazón del Derecho constitucional¹. Pero la moralidad política es inherentemente incierta y controvertida, por lo que cualquier sistema de gobierno que haga de tales principios una parte constitutiva de su Derecho habrá de decidir a quién le dará la autoridad de interpretarlos y comprenderlos. En el sistema estadounidense, quienes detentan esa autoridad son los jueces —en última instancia, los integrantes de la Corte Suprema—, y, por lo tanto, la lectura moral de la Constitución, al decir

¹ Algunas ramas de la teoría del Derecho, incluyendo la “Realista” y los movimientos de los *Critical Legal Studies* de las décadas recientes, enfatizan el rol de la política por una razón escéptica: para sugerir que si el Derecho depende de moralidad política, no puede reclamar verdad, validez o fuerza “objetiva”. Rechazo esa afirmación escéptica, a la que he intentado responder en otro trabajo. Véase, por ejemplo, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986).

de sus críticos, consiste en otorgar a los jueces el poder absoluto de imponerle al público sus propias convicciones morales. Intentaré explicar brevemente por qué esa acusación tan fuerte es errónea. Sin embargo, primero debo dejar en claro que, en la práctica, no hay nada de revolucionario acerca de la lectura moral. En tanto los abogados y jueces estadounidenses siguen una estrategia coherente en la interpretación de la Constitución, ya están utilizando la lectura moral, como espero que este libro deje en claro.

Eso explica por qué tanto los juristas como los periodistas encuentran razonablemente sencillo clasificar a los jueces como “liberales” o “conservadores”: la mejor explicación de las distintas pautas que informan sus decisiones puede hallarse en las diferentes visiones de los valores morales centrales incorporados en el texto de la Constitución. Naturalmente, los jueces con convicciones políticas conservadoras harán una interpretación conservadora de los principios constitucionales, tal como lo hicieron en los primeros años del siglo xx, cuando incorrectamente supusieron que ciertos derechos sobre la propiedad y los contratos eran fundamentales para la libertad. Los jueces con convicciones más liberales, naturalmente, interpretarán aquellos principios de forma liberal, como lo hicieron en los idílicos tiempos de la Corte Warren. La lectura moral no representa en sí misma ni una estrategia ni un estatuto, sea liberal o conservador. Es cierto que, en décadas recientes, los jueces liberales han declarado la inconstitucionalidad de una mayor cantidad de estatutos o decretos que los jueces conservadores. Pero esto se debe a que los principios políticos conservadores o bien favorecían, o bien no condenaban enérgicamente las medidas que razonablemente podían ser cuestionadas con fundamento constitucional durante esas décadas. Ha habido excepciones a esa generalización. Los conservadores desapruueban fuertemente, sobre bases morales, los programas de acción afirmativa descritos en el Capítulo 6, que les otorgan ciertas ventajas a los postulantes provenientes de minorías para ingresar a la universidad o conseguir un empleo, y los jueces conservadores no han dudado en ceñirse a su interpretación de lo que la lectura moral requiere en tales casos². Aquella lectura nos ayuda a identificar y explicar no sólo estas pautas de gran escala, sino también diferencias aún más sutiles en la interpretación constitucional que atraviesan la división convencional entre liberales y conservadores. Los jueces conservadores que valoran particularmente la libertad de expresión, o la consideran particularmente importante para la democracia, se muestran más proclives que otros conservadores a extender la protección de la Primera Enmienda a actos de protesta política, incluso para defender causas que ellos desprecian, tal como lo demuestra la decisión de la Corte Suprema de proteger a quienes queman banderas³.

² *Adarand Constructors, Inc. vs. Peña*, 155 S. Ct. 2097 (1995).

³ *Texas vs. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

Entonces, para reiterarlo, la lectura moral no es revolucionaria en la práctica. Los abogados y los jueces, en su trabajo cotidiano, tratan instintivamente a la Constitución como una expresión de exigencias morales abstractas que sólo pueden ser aplicadas a casos concretos a través de juicios morales frescos. Como argumentaré más adelante en esta Introducción, ellos no cuentan con otra opción. Pero sería ciertamente revolucionario que un juez reconociera abiertamente la lectura moral o la admitiera como su propia estrategia de interpretación constitucional: incluso algunos juristas y jueces que se acercan a este reconocimiento retroceden y tratan de encontrar otras descripciones, en general metafóricas, de su propia práctica. Por ende, hay un desajuste sorprendente entre el rol que la lectura moral desempeña efectivamente en la vida constitucional estadounidense y su reputación. Ella ha inspirado todas las grandes decisiones de la Corte Suprema, así como también algunas de las peores. Pero casi nunca es reconocida como influyente, ni siquiera por los expertos constitucionales, y prácticamente nunca recibe el apoyo de aquellos jueces cuyos argumentos serían incomprensibles bajo cualquier otro entendimiento de sus responsabilidades. Por el contrario, la lectura moral es con frecuencia descartada como una visión “extrema” que ningún constitucionalista sensible podría adoptar. Resulta evidente que la visión que los propios jueces tienen de la moralidad política influye en sus decisiones constitucionales, y, aunque podrían explicar fácilmente esta influencia insistiendo en que la Constitución exige una lectura moral, nunca lo hacen. En cambio, contra toda evidencia, ellos niegan esa influencia y tratan de explicar sus decisiones de otras formas, embarazosamente insatisfactorias. Dicen, por ejemplo, que sólo están haciendo efectivas oscuras “intenciones” históricas, o que sólo están expresando una “estructura” constitucional general, pero a la vez inexplicable, que supuestamente se explicaría en términos no morales.

Este desajuste entre el rol y la reputación tiene una explicación sencilla. La lectura moral se encuentra tan profundamente enraizada en la práctica constitucional y resulta tanto más atractiva desde los puntos de vista jurídico y político que las únicas opciones coherentes que se le ofrecen como alternativas, que ella no puede ser abandonada con facilidad, en particular cuando están en juego importantes cuestiones constitucionales. Pero, a pesar de todo, la lectura moral parece suscitar tanto el descrédito intelectual como político. Parece erosionar la distinción crucial entre el Derecho y la moral, reduciendo al primero tan sólo al problema de cuáles son los principios morales que concitan la atracción de los jueces en un determinado momento. Además, parece constreñir grotescamente la soberanía moral del propio pueblo, arrebatando de sus manos y remitiendo a una élite política justamente las cuestiones más importantes y definitorias de la moralidad política que el mismo pueblo debería decidir por sí mismo.

Esta es la fuente del paradójico contraste que se da entre la práctica constitucional dominante en los Estados Unidos, principalmente basada en la lectura moral de la Constitución, y la teoría constitucional prevaleciente, que rechaza totalmente esa lectura. La confusión ha acarreado serios costos políticos. Los políticos conservadores intentan convencer al público de que los grandes casos constitucionales no tratan sobre cuestiones profundas en las que están en juego principios políticos, como lo están, sino sobre la simple cuestión de si los jueces deberían reformar la Constitución por decreto o dejarla en paz⁴. Durante un tiempo, esta visión de la discusión constitucional fue aparentemente aceptada incluso por algunos liberales. Ellos llamaron a la Constitución un documento “viviente” y dijeron que debía “ponerse al día” para adecuarse a las nuevas circunstancias y sensibilidades. También dijeron adoptar una aproximación “activa” a la Constitución, que parecía sugerir su reforma, y aceptaron la caracterización de sus posiciones formulada por John Hart Ely como “no-interpretativas”, lo que parecía sugerir la invención de un nuevo documento más que la interpretación del viejo⁵. De hecho, como veremos, esta descripción de la discusión nunca fue acertada. El debate teórico nunca fue acerca de si los jueces deberían interpretar la Constitución o cambiarla —casi nadie pensó realmente en lo segundo—, sino más bien acerca de cómo deberían interpretarla. Pero los políticos conservadores explotaron esta simple descripción y nadie les ofreció una respuesta efectiva.

Sin embargo, la confusión también alcanza a los políticos. Ellos prometen designar y confirmar jueces que vayan a respetar los límites propios de su autoridad y dejen en paz la Constitución, pero, como esto tergiversa las decisiones que los jueces enfrentan realmente, los políticos con frecuencia se muestran decepcionados. Cuando Dwight Eisenhower, que denunció lo que llamó activismo judicial, dejó su cargo en 1961, le dijo a un periodista que sólo había cometido dos grandes equivocaciones como Presidente, siendo ambas relativas a la Corte Suprema. Se refería al Presidente de la Corte Suprema, el Juez Earl Warren, que era un político republicano cuando Eisenhower lo designó para presidir la Corte, pero que presidiría los períodos de mayor “activismo” en la historia de la Corte,

⁴ Véase Antonin Scalia, “Originalism: The Lesser Evil”, *The University of Cincinnati Law Review*, vol. 57 (1989), pp. 849-865.

⁵ Véase John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980). El libro de Ely ha sido muy influyente, no por su distinción entre enfoques interpretativos y no interpretativos de la Constitución, la cual felizmente no es muy utilizada ahora, sino porque él fue un pionero en entender que algunas restricciones constitucionales pueden ser mejor comprendidas como facilitadoras de la democracia, más que como obstaculizadoras de la misma. Creo que él se equivocó al limitar esta explicación a los derechos constitucionales que pueden ser entendidos como mejoras del procedimiento constitucional más que como derechos sustantivos. Véase mi artículo “The Forum of Principle” en *A matter of Principle* (Harvard University Press, 1985).

y al Juez William Brennan, otro político que era juez estatal cuando Eisenhower lo designó, que se convertiría en uno de los practicantes de la lectura moral de la Constitución más liberales y explícitos de los tiempos modernos.

Los presidentes Ronald Reagan y George Bush se mostraron profundamente indignados con la “usurpación” de los privilegios de la gente supuestamente perpetrada por la Corte Suprema. Dijeron estar decididos a designar jueces capaces de respetar, y no de desafiar, la voluntad del pueblo. En particular, ellos (y las plataformas sobre la que montaron sus campañas presidenciales) denunciaron la decisión de 1973 de la Corte en *Roe vs. Wade* protegiendo el derecho a abortar, y prometieron que los jueces que ellos designaran la revertirían. Pero (como explica el Capítulo 4) cuando la oportunidad para hacerlo se presentó, tres de los jueces designados por Reagan y Bush votaron, sorpresivamente, no sólo para mantener la validez de la decisión, sino a favor de proporcionar un nuevo fundamento jurídico que adoptase y descansase de forma más evidente en la lectura moral de la Constitución. Las expectativas de los políticos que designan son a menudo defraudadas en ese sentido, porque los políticos no logran apreciar qué tan imbricada en la práctica constitucional está la lectura moral que ellos dicen deplorar. Su rol permanece oculto cuando las propias convicciones de un juez apoyan la legislación cuya constitucionalidad está en duda —por ejemplo, cuando un juez piensa que resulta moralmente permisible para la mayoría criminalizar el aborto—. Pero la ubicuidad de la lectura moral se torna evidente cuando las convicciones principistas de un juez —identificadas, probadas y tal vez modificadas por la experiencia y la discusión— se tuercen en la dirección opuesta, porque entonces hacer cumplir la Constitución debe querer decir, para ese juez, decirle a la mayoría que no puede tener lo que quiere.

Las audiencias del Senado tendientes a evaluar las nominaciones para la Corte Suprema se encaminan hacia la misma confusión. Estos acontecimientos son hoy en día cuidadosamente investigados, reciben una amplia cobertura en los medios y son frecuentemente televisados. Ellos ofrecen una oportunidad espléndida para la participación del público en el proceso constitucional. Pero la falta de correspondencia entre la práctica real y la teoría convencional le quita a la ocasión mucho de su valor potencial. (Las audiencias convocadas a raíz de la nominación del Juez Clarence Thomas por parte del Presidente Bush, analizadas en el Capítulo 15, son un claro ejemplo.) Todos, tanto los nominados como los legisladores, pretenden que los casos constitucionales difíciles puedan resolverse de una manera neutral, con sólo mantener la fe en el “texto” del documento, de tal manera que sería inapropiado formularle al nominado cualquier pregunta sobre su propia moralidad política. (Es irónico que, en los años anteriores a su nominación, el Juez Thomas haya dado un apoyo más explícito a la lectura moral que cualquier otro reconocido abogado constitucionalista reconocido; como lo explica el Capítulo 15, él había

insistido en que los conservadores deberían abrazar esa estrategia interpretativa y enlazarla a una moralidad conservadora.) Cualquier aprobación de la lectura moral —cualquier signo de debilidad a favor de la visión según la cual las cláusulas constitucionales son principios morales que deben ser aplicados a través del ejercicio de razonamiento moral— sería suicida para el nominado y embarazoso para sus interrogadores. En años recientes, sólo las audiencias que culminaron en la derrota de Robert Bork, discutidas en la Parte III, exploraron seriamente cuestiones constitucionales de principio, y lo hicieron solamente porque las opiniones del Juez Bork sobre el Derecho constitucional eran tan obviamente el producto de una moralidad política radical que sus convicciones no podían ser ignoradas. Sin embargo, en los procedimientos de confirmación de los jueces Anthony Kennedy, David Souter, [Clarence] Thomas, Ruth Bader Ginsburg y Stephen Breyer, la vieja ficción pasaría a ocupar una vez más su vergonzoso lugar honorífico.

El resultado más serio de esta confusión, sin embargo, reside en la falta de comprensión por parte del público estadounidense del verdadero carácter e importancia que encierra su sistema constitucional. Como he argumentado en otro sitio, el ideal estadounidense de un gobierno sometido no sólo al Derecho, sino también a los principios, representa la mayor contribución de nuestra historia a la teoría política. Otras naciones y culturas lo han advertido, por lo que el ideal estadounidense ha sido adoptado e imitado en otros lugares con un grado cada vez mayor de consciencia. Pero nosotros no podemos reconocer nuestra propia contribución, enorgullecernos de ella o preocuparnos como deberíamos.

Ese razonamiento puede parecer extravagante, incluso perverso, para muchos abogados y politólogos. Ellos consideran el entusiasmo por la lectura moral, dentro de una estructura política que concede a los jueces la autoridad interpretativa final, como una actitud elitista, antipopular, antirrepublicana y antidemocrática. Esta visión descansa, como veremos, sobre una presunción popular no examinada acerca de la conexión entre la democracia y la voluntad de la mayoría, una presunción que ha sido sistemáticamente rechazada por la historia estadounidense. Cuando nosotros entendamos mejor a la democracia, veremos que la lectura moral de una constitución política no es antidemocrática, sino, por el contrario, prácticamente indispensable para la democracia. No quiero decir que no haya democracia a no ser que los jueces tengan el poder de dejar de lado lo que una mayoría considera correcto y justo. Muchos arreglos institucionales son compatibles con la lectura moral, incluidos algunos que no dan a los jueces el poder que tienen en la estructura estadounidense. Pero ninguno de estos diversos arreglos resulta en principio más democrático que otros arreglos posibles. La democracia no insiste en la necesidad de que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco insiste en que no deban tenerla. Sin embargo, ya he ido demasiado lejos en mi argumento. Antes de regresar a la cuestión de por qué la lectura moral ha sido tan seriamente incomprendida, debo decir más acerca de qué significa.

LA LECTURA MORAL

Las cláusulas de la Constitución estadounidense que protegen a individuos y minorías del gobierno se encuentran fundamentalmente en la denominada Carta de Derechos [*Bill of Rights*] —el primer grupo de enmiendas a la Constitución— y en las enmiendas subsiguientes incorporadas después de la Guerra Civil. (Utilizaré a veces la expresión *Carta de Derechos*, inadecuadamente, para referirme a todas las disposiciones de la Constitución que establecen derechos individuales, incluyendo las inmunidades y privilegios de protección de ciudadanos previstos en la Decimocuarta Enmienda y su garantía de debido proceso e igual protección ante la ley.) Muchas de estas cláusulas están redactadas en un lenguaje moral excesivamente abstracto. La Primera Enmienda se refiere al “derecho” a la libre expresión, por ejemplo, la Quinta Enmienda al “debido” proceso a los ciudadanos y la Decimocuarta Enmienda a la protección que debe ser “igual”. Según la lectura moral, estas cláusulas deben ser entendidas de la forma que más naturalmente sugiere su redacción: se refieren a principios morales abstractos y los incorporan por referencia, como límites al poder del gobierno.

Hay, por supuesto, espacio para el desacuerdo sobre la forma correcta de establecer estos principios morales abstractos, de manera tal de hacer su fuerza más clara para nosotros y ayudarnos a aplicarlos a controversias políticas más concretas. Estoy a favor de una forma particular de establecer los principios constitucionales en el nivel más general posible. Creo que los principios establecidos en la Carta de Derechos, tomados en conjunto, comprometen a Estados Unidos con los siguientes ideales políticos y jurídicos: el gobierno debe tratar a quienes están sujetos a su imperio como si tuvieran igual estatus moral y político; debe intentar, de buena fe, tratarlos a todos con igual consideración; y debe respetar todas las libertades individuales indispensables a tales fines, incluyendo pero no limitándose a las libertades más específicamente definidas en el documento, tales como la libertad de expresión o de religión. Otros juristas y académicos que también se adhieren a la lectura moral podrían muy bien formular los principios constitucionales, incluso a un nivel muy general, de forma diferente y menos expansivamente que como yo lo he hecho. Sin embargo, si bien este ensayo tiene como objetivo explicar y defender la lectura moral, y no sólo mis propias interpretaciones de acuerdo a ella, debería decir algo sobre cómo debe hacerse la elección entre diferentes formulaciones.

Por supuesto, la lectura moral no es adecuada para todo lo que una constitución contiene. La Constitución estadounidense incluye muchas cláusulas que no son particularmente abstractas ni han sido escritas en el lenguaje de los principios morales. El Artículo II especifica, por ejemplo, que el Presidente debe tener al menos treinta y cinco años, y la Tercera Enmienda insiste en que el gobierno no debe acuartelar soldados en hogares de ciudadanos en tiempos de paz. Esta última puede haberse inspirado en un principio moral: quienes la escribieron

y sancionaron deben de haber estado ansiosos, por ejemplo, por hacer efectivo algún principio de protección de la privacidad de los ciudadanos. Pero la Tercera Enmienda no es en sí misma un principio moral: su *contenido* no es un principio general de privacidad. Entonces, el primer desafío a mi propia interpretación de las cláusulas abstractas podría plantearse de esta forma: ¿Qué argumento o prueba tengo de que la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda (por ejemplo), que declara que ningún Estado puede negar a ninguna persona la igual protección de las leyes, tiene un principio moral en *su* contenido mientras que la Tercera Enmienda no lo tiene?

Ésta es una cuestión de interpretación o, si ustedes prefieren, de traducción. Debemos encontrar las palabras que mejor expresen, en términos que nos resulten claros, el contenido de lo que los “artífices” intentaron decir. (Los constitucionalistas utilizan la expresión “artífices” para describir, de forma algo ambigua, a las diferentes personas que redactaron y sancionaron una disposición constitucional.) La historia es crucial para ese proyecto, porque debemos saber algo sobre las circunstancias en las cuales una persona habló para tener alguna buena idea de lo que quiso decir al hablar como lo hizo. Sin embargo, no encontramos nada en la historia que nos genere dudas sobre qué quisieron decir quienes redactaron la Tercera Enmienda. Dadas las palabras que ellos utilizaron, no podemos interpretar sensatamente que estaban estableciendo algún principio moral, ni aun cuando creamos que fueron inspirados por uno. Dijeron lo que las palabras que utilizaron normalmente quieren decir: no que debe protegerse la privacidad, sino que los soldados no pueden acuartelarse en casas de particulares en tiempos de paz. El mismo proceso de razonamiento sobre lo que los constituyentes tenían presuntamente la intención de decir cuando utilizaron las palabras que usaron lleva, sin embargo, a una conclusión contraria respecto de lo que quisieron decir quienes redactaron las cláusulas de igual protección. La mayoría de ellos sin duda tenía expectativas bastante claras sobre las consecuencias jurídicas que tendría la Decimocuarta Enmienda. Esperaban que terminara con algunas de las prácticas del estilo Jim Crow más abyectas del período de Reconstrucción. Claramente, no esperaban proscribir la segregación racial que se practicaba oficialmente en las escuelas; por el contrario, el mismo Congreso que había adoptado la cláusula de igual protección mantenía la segregación en el sistema escolar del Distrito de Columbia. Pero no dijeron nada sobre las leyes del tipo Jim Crow, la segregación escolar, la homosexualidad o la igualdad de género, en un sentido o en otro. Dijeron que se requiere “la igual protección de la ley”, lo que describe evidentemente un principio muy general, y no una aplicación concreta de él.

Los redactores quisieron, pues, sancionar un principio general. Pero ¿qué principio general? Esa cuestión adicional debe responderse mediante la construcción de diversas elaboraciones sobre la expresión “igual protección de las leyes”, cada

una de las cuales pueda reconocerse como un principio de moralidad política que podría haber ganado el respeto de los redactores, para recién entonces preguntamos cuál de todas ellas tiene más sentido atribuirles, teniendo en cuenta todo lo que sabemos. La aclaración de que cada una de estas posibilidades podría ser reconocible como un *principio* político es absolutamente crucial. No podemos captar los esfuerzos de un estadista para establecer un principio constitucional general atribuyéndole algo que ni él ni nosotros reconocemos como candidato para ese papel. Pero la aclaración normalmente dejará muchas posibilidades abiertas. Una vez se debatió, por ejemplo, si los redactores tenían la intención de estipular, en la cláusula de igual protección, sólo un principio político relativamente débil en virtud del cual las leyes debieran hacerse cumplir según sus términos, de modo tal que los beneficios legales conferidos a todos, incluyendo a los negros, no deberían ser denegados, en la práctica, a nadie.

La historia parece decisiva: los redactores de la Decimocuarta Enmienda no quisieron establecer sólo un principio tan débil como ése, que hubiera dejado a los Estados con la libertad de discriminar a los negros como lo desearan, en tanto lo hicieran abiertamente. Es muy improbable que los congresistas de la nación victoriosa, intentando captar los logros y las lecciones de una guerra terrible, se hubieran contentado con algo tan limitado e insípido, y no deberíamos considerar que lo hicieron, salvo que el lenguaje no permita otra interpretación plausible. En cualquier caso, la interpretación constitucional debe tener en cuenta prácticas jurídicas y políticas pasadas tanto como lo que los redactores mismos quisieron decir, y ha sido demostrado ahora mediante precedentes incuestionables que el principio político incorporado en la Decimocuarta Enmienda no se trata de aquel principio tan débil, sino de algo más robusto. Sin embargo, una vez que ello ha sido admitido, el principio debe ser algo *mucho* más robusto, porque la única alternativa, como traducción de lo que los redactores de hecho dijeron en la cláusula de igual protección, es que declararon un principio de muy amplia aspiración y poder: el principio según el cual el gobierno debe tratar a cada uno con igual estatus y consideración.

Los ejemplos sustantivos que analizo en capítulos posteriores detallan aún más esta explicación esquemática del rol que desempeñan la historia y el texto en la decisión sobre lo que significa la Constitución. Pero incluso esta breve discusión ha mencionado dos restricciones importantes que limitan fuertemente la laxitud que la lectura moral confiere a los jueces individuales. Primero, según esta lectura, la interpretación constitucional debe comenzar con lo que dijeron los redactores, y, al igual que nuestra evaluación de lo que dicen nuestros amigos o extraños se apoya en información específica acerca de ellos y del contexto en el que expresan, lo mismo debe suceder con nuestra evaluación de lo que dijeron los redactores. La historia, pues, resulta fundamental, pero sólo en un sentido particular. Nos diri-

gimos a la historia para responder el interrogante referido a lo que ellos quisieron *decir*, y no al referido a qué *otras* intenciones tenían. Por ejemplo, no precisamos determinar lo que ellos esperaban o deseaban que sucediera como consecuencia de haber dicho lo que dijeron; su intención no forma parte de nuestro estudio. La distinción es crucial, como veremos en el Capítulo 3 y en otros lugares. Somos gobernados por lo que dijeron nuestros legisladores —por los principios que ellos establecieron—, no por cualquier información que tengamos sobre cómo ellos mismos hubieran interpretado o aplicado esos principios a casos concretos.

Segundo, e igualmente importante: la interpretación constitucional es disciplinada, según la lectura moral, por el requisito de *integridad* constitucional que se discute en varios puntos del libro y que se ilustra en el Capítulo 4, por ejemplo⁶. Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular, por más que les importe ese juicio, a menos que lo consideren consistente, en principio, con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y también con los lineamientos dominantes de antiguas interpretaciones formuladas por otros jueces. Deben mirarse a sí mismos como socios de otros funcionarios, tanto del pasado como el futuro, los cuales, actuando conjuntamente, elaboran una moral constitucional coherente, y deben tener cuidado de ver que lo que ellos aportan se ajuste al resto. (En otro lugar, he dicho que los jueces son como autores que están creando conjuntamente una novela en cadena, en la cual cada uno escribe un capítulo que tiene sentido como parte de toda la historia en conjunto)⁷. Ni siquiera un juez para quien la justicia abstracta requiera la igualdad económica está en condiciones de interpretar la cláusula de igual protección como haciendo de la igualdad de recursos, o de la propiedad colectiva de los medios de producción, un auténtico requisito constitucional, ya que esa interpretación simplemente no se ajusta ni a la historia ni a la práctica estadounidense, como así tampoco al resto de la Constitución.

Tampoco podrían los jueces pensar plausiblemente que la estructura constitucional les encomienda otra cosa que no sea el cuidado de derechos políticos básicos y estructurales. Ellos podrían pensar que una sociedad verdaderamente comprometida con la igual consideración conferiría recursos especiales para quienes tuvieran algún tipo de discapacidad, o aseguraría un acceso adecuado para todo el mundo a los parques de recreación, o brindaría un tratamiento médico heroico y experimental para todos aquellos cuyas vidas pudieran salvarse, sin importar su costo o probabilidad de éxito. Pero violaría la integridad constitucional que los jueces trataran estos mandatos como parte del Derecho constitucional. Los jueces

⁶ Para una discusión general sobre la integridad en el derecho, véase *Law's Empire*.

⁷ Véase *Law's Empire*, p. 228.

deben ser deferentes en relación a los entendimientos generales ya establecidos acerca del carácter del poder que la Constitución les asigna. La lectura moral les pide que encuentren la mejor concepción de los principios morales constitucionales —por ejemplo, la mejor comprensión de lo que la igualdad de estatus moral entre hombres y mujeres realmente requiere— que encaje con el amplio relato de los antecedentes históricos de los Estados Unidos. No les pide que sigan los susurros de sus propias conciencias o las tradiciones de su propia clase o secta, si éstas no pueden considerarse comprendidas en esa historia. Por supuesto, los jueces pueden abusar de su poder, pueden pretender cumplir con las importantes limitaciones que les impone la integridad, aunque realmente la ignoran. Pero generales, presidentes y clérigos también pueden abusar de sus facultades. La lectura moral es una estrategia para abogados y jueces que actúan de buena fe, que es todo lo que una estrategia interpretativa puede llegar ser.

Enfatizo estas limitaciones impuestas por la historia y la integridad porque muestran cuán exagerada es la queja común de que la lectura moral les otorga a los jueces un poder absoluto para imponer sus propias convicciones morales sobre el resto de nosotros. Macaulay se equivocó al decir que la Constitución estadounidense es todo navegación y nada de ancla⁸, y también se equivocan los otros críticos cuando dicen que la lectura moral convierte a los jueces en filósofos reyes. Nuestra constitución es Derecho y, como todo Derecho, está anclado en la historia, la práctica y la integridad. La mayoría de los casos jurídicos (incluso la mayoría de los casos constitucionales) no son casos difíciles. La capacidad ordinaria del juez le dicta una respuesta y no deja espacio para el juego de las convicciones morales personales. Sin embargo, no debemos exagerar el peso del ancla. Concepciones muy diferentes, incluso contrarias, de un principio constitucional (por ejemplo, de lo que verdaderamente significa tratar a todos los hombres y mujeres como iguales) a menudo encajarán con el texto, los precedentes y la práctica lo suficientemente bien como para pasar estas puestas a prueba, y jueces biempensantes deberán resolver por sí solos qué concepción resulta mejor para su nación. Entonces, si bien la conocida queja de que la lectura moral otorga un poder ilimitado a los jueces es hiperbólica, contiene suficiente verdad como para alarmar a quienes creen que ese poder judicial es inconsistente con la forma republicana de gobierno. El velamen constitucional es grande, y muchas personas temen que sea demasiado grande para un barco democrático.

¿CUÁL ES LA ALTERNATIVA?

Los abogados y académicos constitucionalistas, pues, se han mostrado ansiosos por encontrar otras estrategias para la interpretación constitucional que les diera

⁸ Thomas Babington, Lord Macaulay, carta a H.S. Randall, 23 de mayo de 1857.

menos poder a los jueces. Exploraron dos posibilidades. La primera, y más directa, considera que la lectura moral es correcta, que la Carta de Derechos puede ser entendida sólo como un conjunto de principios morales. Pero niega que los jueces deban ser las últimas personas autorizadas en dirigir la lectura moral, que ellos deban tener la última palabra sobre, por ejemplo, si una mujer goza de un derecho constitucional a optar por un aborto o si las acciones afirmativas tratan con igual consideración a todas las razas. En esta estrategia, la autoridad interpretativa se reserva para el pueblo. En absoluto se trata ésta de una combinación contradictoria de ideas. La lectura moral, como he dicho, es una teoría sobre el significado de la Constitución, y no una teoría acerca de qué punto de vista sobre lo que significa la Constitución debe ser aceptado por el resto de nosotros.

Esta primera alternativa ofrece una forma de entender los argumentos del gran juez estadounidense Learned Hand, a quien discuto en el Capítulo 17. Hand pensaba que los tribunales debían tener la autoridad final para interpretar la Constitución sólo cuando ello fuera absolutamente necesario para la supervivencia del gobierno —es decir, sólo cuando los tribunales debieran arbitrar entre otros departamentos de gobierno a los efectos de evitar la alternativa: un caos producido por pretensiones de poder en conflicto—. No existe una necesidad tal que exija a los tribunales someter a prueba los actos legislativos frente a los principios morales de la Constitución, y por eso Hand pensaba que no correspondía que los jueces reclamaran esa autoridad. Si bien su punto de vista alguna vez llegó a ser una posibilidad abierta, hace tiempo que la historia lo ha excluido; la práctica ha establecido ahora que los tribunales tienen la responsabilidad de declarar y actuar según su propia comprensión de lo que prohíbe la Constitución⁹. Si el punto de vista de Hand hubiera sido aceptado, la Corte Suprema no hubiera podido establecer, tal como lo hizo en su decisión *Brown* de 1954, que la cláusula de igual protección proscribía la segregación racial en las escuelas públicas. En 1958, Hand dijo, con evidente lamentación, que él debía considerar la decisión *Brown* como incorrecta, y que debería haber asumido la misma perspectiva frente a decisiones de la Corte Suprema que ampliaron la igualdad racial, la independencia religiosa y libertades personales tales como la libertad de adquirir y usar anticonceptivos. Estas decisiones son hoy tenidas por casi todo el mundo no sólo como correctas, sino también como brillantes ejemplos de nuestra estructura constitucional en su mejor funcionamiento.

La primera estrategia alternativa, como he dicho, acepta la lectura moral. La segunda alternativa, denominada estrategia “originalista” o de la “intención original”, no la acepta. La lectura moral insiste en que la Constitución significa lo que

⁹ Para una valiosa discusión en torno a la idea de revisión judicial en los Estados Unidos, véase Gordon Wood, “The Origins of Judicial Review”, *Suffolk University Law Review*, vol. 22 (1988), p. 1293.

los redactores tenían la intención de decir. El originalismo insiste en que significa lo que ellos esperaron que su texto dijera, lo cual se trata, como he dicho, de una cuestión muy diferente. (Aunque algunos originalistas, incluyendo a uno de los jueces más conservadores de la actual Corte Suprema, Antonin Scalia, no tienen clara esta distinción)¹⁰. Según el originalismo, las grandes cláusulas de la Carta de Derechos deberían ser interpretadas, no ya como si establecieran los principios morales abstractos que de hecho describen, sino como refiriéndose, con algún tipo de código o disfraz, a las propias presunciones y expectativas de los redactores sobre la correcta aplicación de aquellos principios. Entonces, la cláusula de igual protección debe ser entendida no como ordenando el igual estatus, sino lo que los propios redactores pensaron que éste era, a pesar del hecho de que, como he dicho, los redactores claramente quisieron establecer el primer estándar y no el segundo. La decisión *Brown* ilustra claramente esta distinción. La decisión de la Corte era obviamente necesaria según la lectura moral, porque hoy es evidente que la segregación en las escuelas públicas no es consecuente con la igualdad de estatus y de consideración para todas las razas. Pero la estrategia originalista, aplicada consecuentemente, hubiera exigido la conclusión opuesta, ya que, como he dicho, los autores de la cláusula de igual protección no creían que la segregación escolar, que ellos mismos practicaban, constituyera una negación de la igualdad de estatus, y no esperaban que un día fuera considerada así. La lectura moral insiste en que ellos comprendieron mal el principio moral que ellos mismos convirtieron en ley. La estrategia originalista traduciría ese error en Derecho constitucional perdurable.

Esa estrategia, al igual que la primera alternativa, condenaría no sólo la decisión *Brown*, sino muchas otras decisiones de la Corte Suprema que hoy son

¹⁰ El Juez Scalia insiste en que los estatutos se apliquen de acuerdo al significado de sus palabras más que teniendo en cuenta la evidencia histórica que podría mostrar lo que los legisladores mismos esperaban o pretendían que serían las consecuencias jurídicas concretas de su propia obra. Véase Scalia, "*Originalism*". Pero él también insiste en limitar cada una de las prohibiciones abstractas de la Carta de Derechos a la fuerza que se habría asociado a ella en el momento de su promulgación, de modo tal que, por ejemplo, la prohibición en contra de "castigos crueles e inusuales" contenida en la Décimotava Enmienda, interpretada apropiadamente, no prohibiría la flagelación pública, aunque todo el mundo hoy piense que sí lo hace, porque tales flagelaciones se practicaban cuando la Décimotava Enmienda fue adoptada. Scalia concuerda en que los jueces contemporáneos no deberían considerar la flagelación pública como algo constitucional, porque eso parecería ahora una barbaridad, pero insiste en que las cláusulas del debido proceso y de la igual protección no deberían ser utilizadas para derogar leyes que eran un lugar común cuando estas cláusulas fueron promulgadas. Su posición sobre el Derecho constitucional es consistente con su consideración general de la interpretación estatutaria solamente si suponemos que la mejor traducción contemporánea de lo que las personas que promulgaron la Décimotava Enmienda realmente dijeron no es que los castigos crueles e inusuales estaban prohibidos, lo cual ciertamente viene sugerido por el lenguaje que utilizaron, sino que los castigos que generalmente eran considerados crueles e inusuales estaban prohibidos, una lectura que no tenemos absolutamente ninguna razón para aceptar.

ampliamente consideradas paradigmas de la buena interpretación constitucional. Por esa razón, casi nadie se adscribe a la estrategia originalista en su forma pura. Aun Robert Bork, quien sigue siendo uno de sus más fuertes defensores, le brindó un apoyo condicional en las audiencias del Senado en las que se evaluó su nominación como candidato para la Corte Suprema —allí él admitió que la decisión *Brown* fue correcta, y dijo incluso que fue correcta en su resultado la decisión de la Corte de 1965 que vino a garantizar el derecho al uso de anticonceptivos, derecho que no tenemos razones para pensar que los autores de ninguna cláusula relevante de la Constitución imaginaron o hubieran aprobado—. Aún más, la estrategia originalista es tan indefendible en principio como desagradable en sus resultados. Es tan ilegítimo cambiar el lenguaje abstracto de la cláusula de igual protección por una disposición concreta y detallada como lo sería reemplazar los términos concretos de la Tercera Enmienda por un principio abstracto de privacidad, o tratar la cláusula que impone una edad mínima para el Presidente como estableciendo algún principio general de inhabilidad para personas de menos años.

Entonces, si bien muchos políticos y jueces conservadores han abrazado el originalismo y algunos, como Hand, se han visto tentados a reconsiderar si los jueces deberían tener la última palabra sobre lo que la Constitución exige, hay de hecho muy poco apoyo en la práctica para cualquiera de estas dos estrategias. Sin embargo, la lectura moral no es casi nunca expresamente abrazada y, a menudo, es explícitamente condenada. Si ninguna de las dos alternativas que he descrito es de hecho adoptada por quienes desaprueban la lectura moral, ¿qué alternativa tienen ellos en mente? La sorprendente respuesta es: ninguna. Los constitucionalistas a menudo dicen que debemos evitar tanto los errores de la lectura moral, que da demasiado poder a los jueces, como los del originalismo, que hace de la Constitución contemporánea la mano muerta del pasado. El método correcto, dicen, es alguno en el medio, que establece un balance correcto entre la protección de los derechos individuales esenciales y la deferencia a la voluntad popular. Pero no indican cuál es el balance correcto, ni siquiera qué tipo de balanza deberíamos utilizar para encontrarlo. Dicen que la interpretación constitucional debe tener en cuenta la historia y la estructura general de la Constitución, así como también la filosofía moral o política. Pero no dicen por qué la historia o la estructura, que, como he dicho, figuran en la lectura moral, deben figurar de alguna manera más relevante o diferente, o cuál sería esa manera diferente, o qué objetivo general o estándar de interpretación constitucional debería guiarnos en la búsqueda de una estrategia interpretativa diferente¹¹.

¹¹ Algunos estudiosos han tratado de definir una estrategia intermedia de un modo que, según esperan, no requiera respuestas a estas preguntas. Dicen que no deberíamos mirar las opiniones o expectativas concretas de los artífices, como hace el originalismo, ni los mismos principios abstractos a los que atiende la lectura moral, sino algo situado en un nivel intermedio de abstracción. Al explicar por

Por lo tanto, si bien se ha reclamado a menudo una estrategia constitucional intermedia, no hubo respuestas, excepto en forma de metáforas de poca ayuda sobre el balance y la estructura. Ello es extraordinario, en especial, dada la enorme y creciente cantidad de literatura sobre teoría constitucional estadounidense. Si es tan difícil producir una alternativa a la lectura moral, ¿por qué luchar para lograrlo? Un distinguido constitucionalista que insiste en que debe haber una estrategia interpretativa en algún lugar entre el originalismo y la lectura moral anunció recientemente en una conferencia que, si bien él no la ha descubierto, pasaría el resto de su vida buscándola. ¿Por qué?

Ya he respondido esa pregunta. Los abogados presuponen que las restricciones que impone una constitución en los procesos políticos mayoritarios son antidemocráticas, al menos si estas restricciones son aplicadas por los jueces, y la lectura moral parece exacerbar este insulto. Si, no obstante, no hay ninguna alternativa genuina a la lectura moral en la práctica, y si los esfuerzos por hallar aunque sea la presentación teórica de una alternativa aceptable han fracasado, bien haríamos en revisar esa presunción. He de argumentar, como lo había prometido, que ésta resulta infundada.

He dicho antes que la discusión teórica entre los constitucionalistas y los jueces nunca fue realmente con respecto a si los jueces deberían cambiar la Constitución o dejarla en paz. Siempre fue sobre cómo ella debería ser interpretada. Felizmente, a pesar de la retórica de los políticos, ello es hoy generalmente reconocido por los constitucionalistas, como también lo es el hecho de que la cuestión de la interpretación se transforme en una controversia política, ya que la única objeción sustancial que se le plantea a la lectura moral, la cual se toma el texto con seriedad, es la que afirma que ofende a la democracia. Entonces, la discusión académica suele considerarse ampliamente como una discusión acerca de cuánto puede comprometerse la democracia en la protección de otros valores, incluyendo los derechos individuales. Un bando se declara fanático de la democracia y ansioso por protegerla, mientras que el otro clama ser más sensible a las injusticias que ella produce a veces. En muchos sentidos, sin embargo, esta nueva visión del debate es tan confusa como la vieja. Argumentaré en favor de mirar la discusión

qué *Brown* era correcto después de todo, el juez Bork sugirió, por ejemplo, que los redactores de la cláusula de igual protección abrazaron un principio general lo suficientemente general para condenar la segregación racial en las escuelas a pesar de lo que ellos mismos habrían pensado, aunque no lo suficientemente general como para proteger a los homosexuales. Pero, como argumento en el Capítulo 14, no existe una manera no arbitraria de seleccionar un nivel particular de abstracción en el que un principio constitucional pueda ser enmarcado, excepto el nivel establecido por el texto. ¿Por qué deberíamos elegir como principio intermedio, por ejemplo, uno que prohíbe cualquier discriminación racial por sobre uno que permite la acción afirmativa a favor de un grupo formalmente desaventajado? ¿Y por qué no al revés?

constitucional de una manera completamente diferente: no como un debate sobre cuánto debería ceder la democracia frente a otros valores, sino sobre lo que es la democracia, correctamente entendida.

LA PREMISA MAYORITARISTA

Democracia significa gobierno del pueblo. Pero ¿qué quiere decir esto? Ninguna definición explícita de democracia ha sido acordada entre los teóricos políticos o en el diccionario. Por el contrario, qué sea realmente la democracia representa una cuestión sumamente controvertida. La gente discrepa con respecto a qué técnicas de representación, qué distribución del poder entre gobiernos locales, estatales o nacionales, qué frecuencia y tipo de elecciones y qué otros arreglos institucionales proporcionan la mejor versión de la democracia. Pero, detrás de estos argumentos sobre la estructura de la democracia, yace, según creo, una profunda disputa filosófica respecto del *valor* o *sentido* fundamental que ella encierra, siendo crucial para esa disputa una cuestión abstracta que no siempre obtiene el reconocimiento necesario: ¿Deberíamos aceptar o rechazar lo que denominaré la premisa mayoritarista?

Ésta es una tesis sobre los resultados justos del proceso político: insiste en que los procedimientos políticos deberían ser diseñados para que, por lo menos en las cuestiones importantes, la decisión alcanzada sea la que una mayoría o pluralidad de ciudadanos favorece, o que favorecería si esa mayoría hubiera contado con la información adecuada y el tiempo suficiente para reflexionar. Ese objetivo suena razonable, y muchas personas, tal vez sin demasiada reflexión, han considerado que encierra la esencia de la democracia. Ellas creen que los complejos arreglos políticos que constituyen el proceso democrático deberían dirigirse a, y ser puestos a prueba por, este ideal: que las leyes que dicta el complejo proceso democrático y las políticas que persigue deberían ser aquellas que aprobaría en última instancia la mayor parte de los ciudadanos.

La premisa mayoritarista no niega que los individuos tengan importantes derechos morales que la mayoría debería respetar. Tampoco está necesariamente atada a una teoría colectivista o utilitarista según la cual esos derechos carezcan de sentido. Sin embargo, en algunas comunidades políticas —en Gran Bretaña, por ejemplo—, se ha considerado que la premisa mayoritarista implica que la comunidad deba remitirse al punto de vista mayoritario sobre cuáles son esos derechos individuales y sobre cómo son mejor respetados y ejercidos. Se ha dicho a veces que Gran Bretaña carece de una constitución, pero ello es un error. Gran Bretaña dispone tanto de una constitución no escrita como de una escrita, y parte de la primera consiste en los razonamientos sobre qué leyes no debe dictar el Parlamento. Forma parte de la constitución inglesa, por ejemplo, que la libertad de expresión

deba ser protegida. Sin embargo, hasta hace muy poco les parecía natural a los abogados británicos que ningún grupo, excepto la mayoría política, actuando a través del Parlamento, debiera determinar el significado de ese requerimiento, o debiera pronunciarse sobre su alteración o rechazo, de modo tal que cuando fuera clara la intención del Parlamento de restringir la libertad de expresión, los tribunales ingleses no tuvieran ningún poder para invalidar lo ya resuelto. Esto es así porque la premisa mayoritarista y la concepción mayoritarista de la democracia que ella produce han sido rasgos más o menos no examinados de la moralidad política británica durante más de un siglo.

En Estados Unidos, sin embargo, la mayoría de las personas que presupone que la premisa mayoritarista establece la definición y la justificación suprema de la democracia acepta que en algunas ocasiones la voluntad de la mayoría *no* debería gobernar. Están de acuerdo en que la mayoría no debería actuar siempre como el juez final que decide las limitaciones de su propio poder a la hora de proteger los derechos individuales, y aceptan que al menos algunas de las decisiones de la Corte Suprema que revirtieron legislación popular, como sucedió con la decisión en *Brown*, son correctas. La premisa mayoritarista no impide excepciones de ese tipo, pero supone que, en esos casos, aun si algún apartamiento del gobierno mayoritario resultara justificado, algo moralmente lamentable habrá sucedido, un costo moral habrá sido pagado. En otras palabras, la premisa supone que siempre que a una mayoría política no se le permita salirse con la suya se habrá producido una injusticia, por lo que, aun cuando existan razones contrarias suficientemente poderosas como para justificar ese desvío, la injusticia permanecerá de todas formas.

Si rechazamos la premisa mayoritarista, necesitaremos una explicación diferente y mejor del valor y el sentido de la democracia. Más adelante defenderé una explicación —a la que denomino “concepción constitucional de la democracia”— que no rechaza la premisa mayoritarista. Niega que sea un objetivo definitorio de la democracia que las decisiones colectivas siempre o normalmente sean aquellas que una mayoría o pluralidad de ciudadanos favorecería si estuviera totalmente informada y fuera racional. Mi explicación considera que el objetivo definitorio de la democracia es otro: que las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto. Esta concepción alternativa de la finalidad de la democracia en verdad requiere la misma estructura de gobierno que la premisa mayoritarista. Requiere que las decisiones políticas del día a día sean tomadas por funcionarios elegidos en elecciones populares. Pero la concepción constitucional requiere estos procedimientos mayoritarios como resultado de su consideración por el estatus igual de los ciudadanos, y no por estar comprometida con el ideal de la regla de la mayoría. Por lo tanto, no ofrece nin-

guna razón de por qué algún procedimiento no mayoritario no podría emplearse en ocasiones especiales en las que éste ampliaría o protegería mejor el estatus igual que considera la esencia de la democracia, y no acepta que esas excepciones sean una causa de molestia moral.

En síntesis, la concepción constitucional de la democracia adopta la siguiente actitud frente al gobierno mayoritario. Democracia significa gobierno sujeto a condiciones —las condiciones “democráticas”, según podríamos denominarlas— de igualdad de estatus para todos los ciudadanos. Cuando las instituciones mayoritarias proveen y respetan las condiciones democráticas, entonces el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos por esa razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando no las proveen o respetan suficientemente, entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que protejan y respeten mejor esas condiciones. Las condiciones democráticas incluyen claramente, por ejemplo, el requisito de que los cargos públicos estén, en principio, abiertos a miembros de todas las razas y grupos en igualdad de condiciones. Si alguna ley estableciera que sólo los miembros de una raza serían elegibles para los cargos públicos, entonces no habría ningún costo moral, ni razón para el dolor moral, si un tribunal que tuviera el poder de declarar inconstitucional esa ley según una constitución válida, lo hiciera. Esa sería presumiblemente una ocasión en la que la premisa mayoritarista se vería vulnerada, pero si bien esto es lamentable para la concepción mayoritarista de la democracia, no lo es de acuerdo a la concepción constitucional. Por supuesto, puede ser objeto de controversia cuáles sean realmente en detalle las condiciones de la democracia, y cuándo una ley particular las ofenda. Pero, según la concepción constitucional, sería una petición de principios objetar la práctica que asigna a los tribunales la facultad de dictar la decisión final en esas cuestiones controvertidas basándose en que dicha práctica es antidemocrática, porque la objeción presupone que las leyes en cuestión respetan las condiciones democráticas, y ésa es la cuestión que está en discusión.

Espero que ahora resulte más claro que la premisa mayoritarista ha ejercido una gran influencia, aunque a menudo pasara desapercibida, en la imaginación de los académicos y abogados constitucionalistas de los Estados Unidos. Sólo ese diagnóstico explica el punto de vista casi unánime que he descrito, según el cual el control de constitucionalidad afecta a la democracia, de manera tal que la cuestión central de la teoría constitucional debe ser cómo y cuándo ese compromiso se justifica. Esa opinión es hija de la concepción mayoritarista de la democracia y, por lo tanto, nieta de la premisa mayoritarista. Ha provocado la búsqueda sin sentido que ya he descrito de una estrategia interpretativa “intermedia” entre la lectura moral y el originalismo, y ha tentado a teóricos distinguidos a construir epiciclos ptolemaicos para reconciliar la práctica constitucional con los principios mayoritaristas.

En consecuencia, hay una compleja cuestión de moralidad política; la validez de la premisa mayoritarista está, de hecho, en el corazón del largo debate constitucional. La discusión seguirá siendo confusa mientras esa cuestión no sea identificada y abordada. Podríamos detenemos a notar cuán influyente ha sido la premisa mayoritarista en otros debates políticos importantes, incluyendo la urgente discusión sobre la reforma de las campañas electorales. Esta discusión ha sido hasta el momento dominada por la presuposición de que la democracia mejora cuando honra mejor la premisa mayoritarista, cuando se la diseña en forma más segura para producir decisiones colectivas que encajen con las preferencias de la mayoría. La desafortunada decisión de la Corte Suprema en *Buckley vs. Valeo*, por ejemplo, en la que se declararon inconstitucionales leyes que limitaban lo que los ricos podían gastar en las campañas políticas, se fundamentó en una interpretación de la libertad de expresión originada en esa visión de la democracia¹². De hecho, la degeneración de la democracia que ha sido tan ostensible en elecciones recientes no podrá ser detenida hasta que desarrollemos una visión más refinada de lo que significa la democracia.

En la mayor parte del resto de este capítulo, evaluaré argumentos a favor y en contra de la premisa mayoritarista. No consideraré, sin embargo, y sólo mencionaré por ahora, un argumento absolutamente inadecuado a su favor que, según temo, ha tenido una aceptación considerable. Éste comienza con un tipo de escepticismo moral que está de moda que insiste en que los valores y los principios morales no pueden ser objetivamente verdaderos, sino que sólo representan poderosas concatenaciones de intereses propios, gustos o intereses de clase, raza o género. Si esto es así, continúa el argumento, entonces los jueces que dicen haber descubierto la verdad moral están bajo un engaño, y el único procedimiento político justo es el que le deja el poder al pueblo. Este argumento es doblemente falaz. Primero, en tanto su conclusión a favor de la premisa mayoritarista es en sí misma una apelación moral, se contradice. Segundo, por las razones que he tratado de explicar en otro lugar, esta forma de escepticismo de moda es incoherente.

De hecho, los argumentos más poderosos a favor de la premisa mayoritarista son en sí argumentos de moralidad política. Pueden distinguirse y agruparse bajo tres virtudes revolucionarias del siglo XVIII: la igualdad, la libertad y la comunidad, y son estos ideales políticos más básicos los que debemos explorar ahora. Si

¹² *Buckley vs. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976) Más adelante en esta introducción argumento que el autogobierno democrático sólo puede ser alcanzado a través de un proceso político que es deliberativo de un modo que resulta incompatible con la financiación ilimitada de las campañas políticas, particularmente en lo que respecta a propagandas políticas en televisión. En un artículo próximo a salir titulado "Television and Democracy", discuto que la decisión en *Buckley* debería ser, por lo tanto, reconsiderada, justamente por ser inconsistente con la mejor comprensión de lo que es la democracia estadounidense.

la premisa puede ser sostenida, ello debe ser así porque es apoyada por la mejor concepción de al menos uno de estos ideales y, tal vez, de todos ellos. Debemos ir más allá de la democracia para considerar, a la luz de estas virtudes y valores más profundos, qué concepción de la democracia es la mejor, si la basada en la premisa mayoritarista o la basada en la concepción constitucional que la rechaza. Pero primero necesitamos introducir otra importante distinción, lo que pasaré a hacer a continuación.

NOSOTROS, EL PUEBLO

Cuando decimos que la democracia es el gobierno del pueblo, queremos decir que el pueblo hace cosas colectivamente —como, por ejemplo, elegir a sus líderes— que ningún individuo hace o puede hacer por sí solo. Hay dos tipos de acción colectiva —la estadística y la comunal—, y nuestra visión de la premisa mayoritarista bien puede depender del tipo de acción colectiva que consideramos que requiere un gobierno democrático.

La acción colectiva es estadística cuando lo que el grupo hace es sólo una cuestión de alguna función, aproximada o específica, de lo que los miembros individuales del grupo hacen por sí solos, es decir, sin la sensación de hacer algo *como* grupo. Podríamos decir que ayer el mercado de cambios hizo caer el dólar. Ésta es, ciertamente, un tipo de acción colectiva: sólo la acción combinada de un gran grupo de banqueros y comerciantes afecta al mercado del tipo de cambio de forma sustantiva. Pero nuestra referencia a una entidad colectiva, el mercado de cambios, no apunta a ninguna entidad real. Sin modificar nuestro argumento, podríamos hacer una afirmación abiertamente estadística: los efectos de transacciones individuales con la moneda son responsables de la caída del precio del dólar en los últimos intercambios.

En cambio, la acción colectiva es comunal cuando no puede ser reducida a una función estadística de la acción individual, cuando presupone una *agencia* especial, distintiva y colectiva. Podría verse como algo propio de individuos que actúan juntos y fusionan sus acciones separadas en un acto distinto y unificado que es, al mismo tiempo, *de ellos*. El conocido pero emocionalmente poderoso ejemplo de la culpa colectiva ofrece una ilustración útil. Muchos alemanes (incluyendo a los que nacieron después de 1945) se sienten responsables por lo que hizo Alemania durante la Segunda Guerra Mundial, no sólo por lo que hicieron otros alemanes. Su sentido de la responsabilidad asume que ellos mismos están vinculados al terror nazi de alguna manera, porque pertenecen a una nación que cometió esos crímenes. El que sigue es un ejemplo más agradable: una orquesta puede tocar una sinfonía, pero ningún músico solo puede hacerlo; sin embargo, éste no representa el caso de una mera acción colectiva estadística, debido a que,

para la actuación exitosa de una orquesta, no sólo es esencial que cada músico toque en el tono apropiado, uniendo temporalmente su ejecución a las instrucciones del director, sino que los músicos toquen como una orquesta, cada uno intentando contribuir a la interpretación del grupo y tomando parte de la responsabilidad colectiva por ello. La actuación de un equipo de fútbol puede ser una acción colectiva comunal en este mismo sentido.

Ya he distinguido dos concepciones de la democracia: la mayoritarista y la constitucional. La primera acepta y la segunda rechaza la premisa mayoritarista. La diferencia entre la acción colectiva comunal y la estadística nos permite marcar una segunda distinción, esta vez entre dos lecturas de la idea de que la democracia es el gobierno del "pueblo". (En breve consideraré la conexión entre estas dos distinciones). La primera lectura es estadística: en una democracia, las decisiones políticas deben ser tomadas de acuerdo con los votos o los deseos de alguna función, una mayoría o pluralidad, de ciudadanos. La segunda es una lectura comunal: en una democracia, las decisiones políticas son tomadas por una entidad distinta, el pueblo como tal, y no por un conjunto de individuos uno por uno. La idea de Rousseau del gobierno de la voluntad general constituye un ejemplo de una concepción de la democracia comunal antes que estadística. La lectura estadística del gobierno del pueblo resulta mucho más familiar para la teoría política estadounidense. La lectura comunal suena misteriosa, y podría también sonar peligrosamente totalitaria. Si fuera así, mi referencia a Rousseau no habría disipado la sospecha. He de argumentar en las próximas dos secciones, sin embargo, que los argumentos supuestamente más poderosos a favor de la premisa mayoritarista presuponen la lectura comunal. La presuponen, pero también la traicionan.

¿EL CONSTITUCIONALISMO SOCAVA LA LIBERTAD?

La premisa mayoritarista insiste en que algo moralmente importante se pierde o compromete cada vez que una decisión política contradice lo que la mayoría de los ciudadanos preferiría o juzgaría correcto si reflexionara sobre la base de información adecuada. Debemos intentar identificar ese costo moral. ¿Qué es lo que se pierde o compromete? Muchos piensan que la respuesta es "la igualdad". Consideraré brevemente esa respuesta aparentemente natural, pero comenzaré con una sugerencia diferente, según la cual las cláusulas constitucionales incapacitadoras, como las que se encuentran en la Carta de Derechos, que limitan lo que la mayoría podría sancionar, traen aparejado como resultado un compromiso de la libertad de la comunidad¹³.

¹³ Véase, e.g., Jürgen Habermas, "Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism," *Journal of Philosophy*, vol. 92 (marzo de 1995), p. 109.

Esa sugerencia apela abiertamente a lo que Isaiah Berlin y otros denominaron libertades positivas, en oposición a las libertades negativas, y a lo que Benjamin Constant describió como la libertad de los antiguos, en contraste con la de los modernos. Es el tipo de libertad que estadistas, revolucionarios, terroristas y humanistas tienen en mente cuando sostienen que la libertad debe incluir el derecho a la “autodeterminación” o el derecho del “pueblo” a autogobernarse. Como la sugerencia de que los derechos constitucionales comprometen la libertad apela a las libertades positivas y no a las negativas, podría decirse que enfrenta los dos tipos de libertades uno contra el otro. El constitucionalismo, según este punto de vista, protege las libertades “negativas”, como la libertad de expresión y la “privacidad”, al costo de las libertades “positivas” de autodeterminación.

Esto significa, sin embargo, que este argumento desde la libertad que estamos considerando debe basarse en una lectura comunal y no estadística del gobierno del “pueblo”. Según la lectura estadística, el control de un individuo sobre las decisiones colectivas que afectan su vida se mide por el poder que tiene, por sí solo, para influir en el resultado, y, en una democracia extendida, el poder de cualquier individuo en las decisiones nacionales es tan pequeño que no puede considerarse que los límites constitucionales lo disminuyan lo suficiente como para considerarlos objetables por esa razón. Por el contrario, las restricciones a la voluntad de la mayoría bien podrían expandir el control que cualquier particular tiene sobre su destino. Para la lectura comunal, sin embargo, la libertad implica no ya una relación entre gobierno y los ciudadanos tomados uno por uno, sino la relación entre el gobierno y el conjunto de la ciudadanía tomada en sentido colectivo. La libertad positiva, entendida de este modo, es el estado de cosas en el que “el pueblo” gobierna a sus gobernantes, al menos en el análisis final, y no viceversa, y ésta es la libertad que parecería comprometida cuando se impide que la mayoría haga su voluntad.

Discuto esta defensa de la premisa mayoritarista, en primer lugar, porque es la más poderosa desde el punto de vista emotivo. De los ideales políticos de nuestro tiempo, la autodeterminación es el más poderoso y el más peligroso. La gente desea fervientemente ser gobernada por un grupo no sólo al que pertenezca, sino también con el que se identifique de alguna forma particular. Quiere ser gobernada por miembros de la misma religión, raza, nacionalidad o comunidad lingüística, o del mismo Estado nación, y no por cualquier otro grupo, y mira a una comunidad política que no satisface esta demanda como sometida a una tiranía, sin importar cuán justa o satisfactoria ella sea.

Ésta es, en parte, una cuestión de limitado interés propio. La gente piensa que las decisiones adoptadas por un grupo cuyos miembros comparten sus valores será una decisión mejor para ellos. El gran poder del ideal reside, sin embargo, en algo más profundo. Reside en convicciones articuladas a medias acerca de que las

personas son libres porque se gobiernan a sí mismas, pese al hecho de que, en un sentido estadístico, como individuos, no sean libres, porque deben someterse a menudo a la voluntad de otros. Para nosotros, modernos, la llave para esta libertad de los antiguos reside en la democracia. Como dijo John Kenneth Galbraith, “cuando la gente pone sus votos en las urnas, está, mediante ese acto, inoculada contra la sensación de que el gobierno no le pertenece. Allí acepta, en alguna medida, que los errores del gobierno son sus errores, las aberraciones del gobierno, sus aberraciones, que cualquier revuelta será contra ella misma”¹⁴. Pensamos que somos libres cuando aceptamos la voluntad de la mayoría en lugar de la nuestra, pero no cuando nos arrodillamos frente al capricho de un monarca o los dictados de cualquier aristocracia de sangre, fe o talento. No es difícil ver a la magistratura como una aristocracia reclamando el poder. Learned Hand describió a los jueces que recurrían a la lectura moral de la Constitución como “una banda de guardianes platónicos” y dijo que no podría soportar ser gobernado por un cuerpo de élite de ese tipo ni siquiera si él supiera cómo seleccionar a los aptos para esa tarea¹⁵.

Pero la idea de un autogobierno democrático es tan poderosa como profundamente misteriosa. ¿Por qué soy *libre* —cómo puede pensarse que me gobierne a *mí mismo*— cuando debo obedecer lo que otras personas deciden por mí incluso si pienso que es erróneo, poco inteligente o injusto para mí y mi familia? ¿Qué diferencia puede suponer la cantidad de personas que piensen que una decisión es correcta, inteligente y justa si no es necesario que yo lo piense? ¿Qué tipo de libertad es ésta? La respuesta a estas preguntas enormemente difíciles comienza en la concepción comunal de la acción colectiva. Si soy un miembro genuino de la comunidad política, los actos de esa comunidad son, en un sentido, relevantes para mis propios actos, aun cuando hubiera argumentado y votado en contra de ellos, al igual que la victoria o la derrota de un equipo del que soy miembro es mi victoria o mi derrota aun si mi contribución personal no estableció ninguna diferencia para alcanzar cualquiera de los dos resultados. Bajo ningún otro presupuesto podemos pensar de manera inteligible que, como miembros de una democracia floreciente, nos estamos autogobernando.

De todas formas, esa explicación sólo puede profundizar el misterio del autogobierno colectivo por apelar a dos ideas adicionales que, de por sí, parecen oscuras. ¿Qué significa la pertenencia *genuina* a una comunidad política? ¿Y en qué sentido el acto colectivo de un grupo *puede* equivaler el acto de cada uno de sus miembros? Éstas representan cuestiones morales más que metafísicas o psicológicas: no deben responderse contando las últimas partículas primordiales de la realidad o descubriendo cuándo la gente se siente responsable por lo que hace algún

¹⁴ John Kenneth Galbraith, *The Age of Uncertainty* (Houghton Mifflin, 1977), cap. 12.

¹⁵ Learned Hand, *The Bill of Rights* (Harvard University Press, 1958), p. 73.

grupo al que pertenece. Debemos describir alguna conexión entre un individuo y un grupo que haga *justo* tratarlo —y *sensato* que él se trate a sí mismo— como responsable de lo que hace. Permitámonos juntar esas ideas en el concepto de pertenencia moral, por el cual entendemos el tipo de membresía a una comunidad política que adopta el autogobierno. Si la verdadera democracia es la del gobierno del pueblo, en el sentido comunal que trae el autogobierno, entonces la verdadera democracia está basada en la pertenencia moral.

En esta sección, estamos considerando el argumento según el cual el costo moral en el que se incurre cuando la premisa mayoritarista es abandonada es un costo en términos de libertad. Hemos clarificado ya ese argumento: debemos entenderlo como significando que el pueblo se gobierna a sí mismo cuando se satisface la premisa mayoritarista, y que cualquier compromiso de esa premisa compromete el autogobierno. Pero ese mayoritarismo no garantiza el autogobierno salvo cuando todos los miembros de la comunidad en cuestión son miembros morales, y la premisa mayoritarista no reconoce condicionamientos de ese tipo. Los judíos alemanes no integraban la comunidad política que intentó exterminarlos, aunque habían votado en las elecciones que llevaron a Hitler al poder, y el Holocausto no constituyó un ejercicio de autogobierno de los judíos, aunque haya sido aprobado por una mayoría de alemanes. Los católicos de Irlanda del Norte, los nacionalistas del Cáucaso y los separatistas de Quebec creen que no son libres porque no son miembros morales de la comunidad política correcta. No quiero decir que todas las personas que niegan su estatus de miembros morales de una comunidad política siempre se alcen con la razón. La prueba, como he dicho, es una prueba moral, no psicológica. Pero no están equivocadas sólo porque su voto valga lo mismo que el de otras personas dentro de una estructura mayoritarista vigente.

Anteriormente, al describir la concepción constitucional de la democracia como una concepción rival del mayoritarismo que refleja la premisa mayoritarista, he dicho que la concepción constitucional presupone las condiciones democráticas. Éstas son las condiciones que deben alcanzarse antes de que los procesos de toma de decisiones mayoritarios puedan reclamar cualquier ventaja moral automática por sobre otros procesos colectivos de toma de decisiones. Ahora hemos identificado la misma idea por otro camino. Las condiciones democráticas son las condiciones de pertenencia moral a una comunidad política. Entonces, podemos formular una conclusión fuerte: las libertades positivas no sólo no son sacrificadas cada vez que, y justo cuando, la premisa mayoritarista es rechazada abiertamente en favor de la concepción constitucional de la democracia. No sólo la libertad positiva no se ve sacrificada cada vez que, y simplemente porque, la premisa mayoritaria es ignorada, sino que la libertad positiva se ve fortalecida cuando esa premisa es frontalmente rechazada a favor de la concepción constitucional de la democracia. Suponiendo que sea cierto que la posibilidad del autogobierno sólo se concreta

en una comunidad que satisfice las condiciones de pertenencia moral, pues sólo entonces tendríamos derecho a referirnos al gobierno del “pueblo” en un sentido poderosamente comunal y no crudamente estadístico, entonces necesitaremos una concepción de la democracia que insista en que no hay democracia excepto cuando se satisfacen esas condiciones.

Según la concepción constitucional, ¿cuáles son las condiciones de pertenencia moral y, en consecuencia, de la libertad positiva y la democracia? He intentando describirlas en otro lugar, y aquí sólo sintetizaré mis conclusiones¹⁶. Hay dos tipos de condiciones. El primer conjunto es *estructural*: estas condiciones describen el carácter que la comunidad como un todo debe tener para ser considerada una comunidad política genuina. Algunas de estas condiciones estructurales son esencialmente históricas. La comunidad política debe ser algo más que una comunidad nominal: debe haber sido establecida mediante un procedimiento histórico que haya producido límites territoriales generalmente reconocidos y estables. Muchos sociólogos y analistas políticos agregarían otras condiciones estructurales a este conjunto tan limitado: ellos insistirían en que, por ejemplo, los integrantes de una comunidad política genuina deben compartir tanto una cultura como una historia política: deben hablar un mismo lenguaje, compartir valores, etcétera. Otros podrían agregar condiciones psicológicas adicionales: por ejemplo, que los miembros de la comunidad estén en su mayoría dispuestos a confiar unos en otros¹⁷. No consideraré aquí las cuestiones interesantes que surgen de estos temas, porque nuestro interés reside en un segundo conjunto de condiciones.

Éstas son condiciones *relacionales*: describen la forma en la que un individuo debe ser tratado por una comunidad política genuina para ser un miembro moral de esa comunidad. Una comunidad política no puede contar a nadie como un miembro moral a menos que le dé a esa persona una *parte* en cualquier decisión colectiva, una *participación* en ella e *independencia* frente a ella. Primero, cada persona debe tener la oportunidad de marcar una diferencia en las decisiones colectivas, y la fuerza de su rol, es decir, la magnitud de la diferencia que él o ella puedan marcar, no debe estar estructuralmente fijada o limitada de formas que reflejen presupuestos sobre su valor, talento o habilidad, o la corrección de sus convicciones o gustos. Es ésta la condición que insiste en el sufragio universal, las elecciones y la representación efectivas, aun si no demanda que éstos sean los únicos caminos para la toma de decisiones colectivas. También insiste, como lo

¹⁶ Véase *Law's Empire*, además de “Equality, Democracy, and Consitution: We the People in Court,” *Alberta Law Review*, vol. 28 (1990), p. 324.

¹⁷ Véase Robert Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy* (Princeton University Press, 1993).

reflejan varios de los capítulos de la Parte III, en la libertad de expresión y en la libre expresión de todas las opiniones, no sólo en ocasiones políticas formales, sino también en la vida informal de la comunidad.

Más aún, insiste en interpretar la fuerza de la libertad de expresión enfatizando el rol de esa libertad en los procesos de autogobierno, un rol que determina respuestas diferentes a diversas preguntas, incluyendo la pregunta de si los límites a los gastos en las campañas electorales violan la libertad, que daría una concepción mayoritarista de la democracia.

Segundo, el proceso político de una comunidad genuina debe expresar alguna concepción de buena fe de la igual preocupación por los intereses de todos los miembros, que implique que las decisiones políticas que afecten la distribución de riquezas, beneficios y cargas deben ser consistentes con la igual consideración de todos. La pertenencia moral requiere reciprocidad: una persona no es un miembro si no es tratada como tal por los otros miembros, lo que significa que, a juicio de estos, las consecuencias que cualquier decisión colectiva tenga para la vida de esa persona ofrecerán una razón a favor o en contra de esa decisión dotada de la misma importancia que la que tienen las consecuencias comparables para la vida de cualquier otra persona. Entonces, la concepción comunal de la democracia explica una intuición que muchos de nosotros compartimos: que una sociedad en la que la mayoría muestra despreocupación por las necesidades y perspectivas de alguna minoría es tan ilegítima como injusta.

La tercera condición —de independencia moral— probablemente encierre un carácter más controvertido que las dos primeras. Sin embargo, pienso que es esencial para mostrar un aspecto de la pertenencia moral que las dos primeras condiciones omitirían. La idea básica que estamos explorando ahora, según la cual la libertad individual se ve expandida con el autogobierno colectivo, asume que los miembros de una comunidad política pueden mirarse a sí mismos adecuadamente como socios en una empresa común, como miembros de un equipo de fútbol o de una orquesta cuyo trabajo y destino todos comparten, aun cuando la empresa sea conducida de formas con las que no están de acuerdo. Esta idea no tiene sentido si no puede ser aceptada por gente con autorrespeto, y el hecho de que pueda serlo depende de qué tipo de decisiones se considera que tiene competencia para tomar la empresa colectiva. Un director de orquesta puede decidir, por ejemplo, cómo la orquesta interpretará una pieza musical determinada: debe haber una decisión sobre esa cuestión que obligue a todos, y el director es el único con la potestad para tomarla. Ningún músico sacrificará nada esencial para el control de su propia vida, ni para su autorrespeto, al aceptar que alguien más asuma esa responsabilidad, pero sería obviamente distinto si el director intentara indicarle al violinista no sólo cómo debe tocar bajo su dirección, sino también cuáles son los estándares estéticos que debería cultivar. Nadie que haya aceptado la responsabilidad de decidir cues-

tiones de juicio musical para sí mismo puede considerarse socio de una empresa compartida que se ha propuesto decidir las en su lugar.

Esto se refleja de manera aún más nítida en el caso político, y la Parte I, que discute cuestiones fundamentales relativas a la vida, la muerte y la responsabilidad personal, intenta mostrar por qué. Las personas que asumen la responsabilidad personal de decidir qué tipo de vida es valiosa para ellas pueden, no obstante, aceptar que algunas cuestiones de justicia —sobre la forma en la que deberían acomodarse los intereses diversos y, a veces, en competencia de todos los ciudadanos— sean decididas de manera colectiva, de modo tal que una decisión pueda adquirir autoridad frente a todos. No hay nada en esa proposición que ponga en cuestión la responsabilidad individual de decidir qué vida vivir dados los recursos y oportunidades que esas decisiones colectivas le dejan al individuo. Así, uno puede verse obligado junto a otros a hacer un esfuerzo común para resolver esas cuestiones, incluso cuando nuestra propia postura pierda. Pero sería diferente si la mayoría intentara decidir lo que uno debería pensar o decir sobre las decisiones de la mayoría, o qué valores o ideales deberían guiar la forma en la que votamos o las elecciones que hacemos con los recursos que se nos asignan. Alguien que cree en su propia responsabilidad por los valores centrales de su vida no puede abandonar esa responsabilidad a favor de un grupo, ni siquiera si su voto posee el mismo peso en las deliberaciones del mismo. En consecuencia, una comunidad política genuina debe ser una comunidad de agentes morales independientes. No debe dictar lo que sus ciudadanos han de pensar en cuestiones que suscitan el juicio moral, político o ético, sino que, por el contrario, debe garantizar las circunstancias capaces de impulsarlos a llegar a creencias sobre esas cuestiones a través de sus propias convicciones reflexivas, finalmente individuales.

¿IGUALDAD?

Si bien el argumento desde la libertad es, a nivel emotivo, el más poderoso de los que podrían esgrimirse a favor de la premisa mayoritarista, un argumento de igualdad también resulta conocido. La dimensión de la igualdad en cuestión es presuntamente la dimensión de la igualdad política, porque no hay nada en el mayoritarismo que pueda considerarse que promueva automáticamente cualquier forma de igualdad, particularmente ninguna forma de igualdad económica. Es verdad que, si la estructura económica de una sociedad es piramidal, con más gente en niveles económicos más bajos, entonces el voto universal y las decisiones mayoritarias bien podrían conducir a una igualdad económica más justa. Pero en Estados Unidos, y en otros países capitalistas avanzados en los que el perfil de la distribución es hoy muy diferente, la mayoría de la gente vota a menudo a favor de proteger su propio bienestar contra las demandas de quienes están peor que ellos.

Por tanto, el argumento según el cual la igualdad se ve comprometida cuando se ignora la premisa mayoritarista debe apelar a algún concepto de igualdad política. Pero cuál sea ese concepto dependerá de cuál de las dos lecturas de la acción colectiva tengamos en mente. Si tomamos el gobierno del “pueblo” como sólo una cuestión estadística, entonces la igualdad en cuestión será la igualdad política de los ciudadanos considerados cada uno por separado. Esa igualdad fue ciertamente denegada antes de que las mujeres fueran autorizadas a votar y fue comprometida por el sistema electoral de la Inglaterra victoriana, en la que efectivamente se les reconocía un voto extra a los graduados universitarios. ¿Pero qué medida utilizamos al formular esos juicios? ¿Qué es la igualdad política según el concepto estadístico de la acción política colectiva?

Para nuestra sorpresa, tal vez no logremos expresar lo que significa la igualdad política si la definimos como igualdad de *poder* político, porque no tenemos ninguna interpretación de “poder” en condiciones de hacer de la igualdad de poder un ideal atractivo, y ni siquiera realizable¹⁸. Supongamos que tomamos el poder político como una cuestión de impacto, entendida de la siguiente manera: mi impacto político, como ciudadano de los Estados Unidos, depende de la medida en que el hecho de que yo esté a favor de una decisión en particular, por sí solo, incrementa la probabilidad de que ésa sea la decisión colectiva, sin otros presupuestos acerca de qué opiniones tiene cualquier otro ciudadano. El impacto no puede ser igual en una democracia representativa: el hecho de que un senador en particular esté a favor de una medida comercial tiene que provocar una diferencia inevitablemente mayor respecto de su aprobación que el hecho de que la persona que esté a su favor sea yo mismo. En cualquier caso, el impacto no capta ningún concepto intuitivamente atractivo del poder político, porque el impacto es insensible a la fuente más importante del poder político desigual que reina en las democracias modernas: la desigualdad de recursos, que otorga a algunas personas grandes oportunidades para influir en la opinión pública. Ross Perot y yo tan sólo tenemos un voto cada uno, pero él puede comprar grandes cantidades de tiempo televisivo para convencer a los demás de sus opiniones, y yo no puedo comprar nada.

Esto podría sugerir una descripción mejorada: que el poder político no es una cuestión de impacto sino de influencia, entendida como mi poder final de afectar las decisiones políticas, tomando en cuenta mi poder de afectar la opinión de los otros. Pero la igualdad de influencias es, claramente, un objetivo sin atractivos, y a la vez irrealizable. No queremos que la riqueza afecte las decisiones políticas, pero debido a que la riqueza está distribuida de manera desigual e inequitativa.

¹⁸ El argumento de los próximos párrafos es un resumen de un argumento más extenso aparecido en un artículo que no se reimprimió en esta colección: “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”.

Ciertamente, deseamos que la influencia en la política sea desigual por otras razones: queremos que quienes tienen mejores puntos de vista, o quienes pueden argumentar más coherentemente, tengan mayor influencia. No podemos eliminar la influencia desigual que poseen esas fuentes sin producir transformaciones salvajes en toda nuestra sociedad, y ello significaría el fin, y no el triunfo, de la deliberación en nuestra política.

Debemos comenzar nuevamente. La igualdad política, en el modelo estadístico de la acción colectiva, debe ser definida no como una cuestión de poder, sino del tipo de *estatus* que he discutido en conexión con las condiciones del autogobierno democrático. El voto exclusivamente masculino y los votos de los universitarios eran desiguales porque presuponían que algunas personas valían más o estaban mejor preparadas que otras para participar en las decisiones colectivas. Pero la sola autoridad política, el poder adosado a la función política para la cual todos son, en principio, elegibles, no conlleva una presunción de ese tipo. Por ello, el poder especial de los funcionarios políticos no destruye la verdadera igualdad política, y no importa, a ese respecto, si los funcionarios son o no electos. Muchos funcionarios que son designados en lugar de ser electos detentan un gran poder. Un embajador en Iraq puede dar lugar a la Guerra del Golfo y el presidente del Directorio de la Reserva Federal puede poner la economía de rodillas. No hay ninguna presunción desigual del estatus, ni suposición respecto de la existencia de ciudadanos de primera y de segunda, en los arreglos que producen este poder. Tampoco hay ninguna premisa desigualitaria en los arreglos paralelos que dan a ciertos jueces estadounidenses, designados y aprobados por funcionarios electos, la autoridad para emitir decisiones judiciales constitucionales.

De modo que la lectura estadística de la acción política colectiva le da poco sentido a la idea de que la igualdad política se ve comprometida cada vez que la voluntad de la mayoría se frustra. Y la idea es ridícula de todos modos si tenemos la lectura estadística en mente. En una democracia extensa y continental, el poder político de cualquier ciudadano común es minúsculo en cualquier explicación de lo que significa el poder político, y la disminución de ese poder individual como consecuencia de los límites constitucionales de la voluntad mayoritaria es mucho más minúscula aún. El argumento igualitario a favor de la premisa mayoritarista parece inicialmente mucho más prometedor, sin embargo, si lo separamos de la lectura estadística de la acción política y lo redefinimos desde la perspectiva de la lectura comunal. Desde esa perspectiva, la igualdad no es una cuestión de relaciones entre ciudadanos tomados de a uno, sino más bien una relación entre la ciudadanía, entendida colectivamente como “el pueblo” y sus gobernantes. La igualdad política se da cuando el pueblo regula la actividad de sus funcionarios en última instancia, y no viceversa. Esto provee un argumento menos ridículo a favor de la proposición según la cual el control de constitucionalidad y otras restricciones a

la premisa mayoritarista dañan la igualdad política. Podría decirse que cuando los jueces aplican las cláusulas constitucionales para derogar legislación sancionada por el pueblo a través de sus representantes, el pueblo ya no está al mando.

Pero este argumento es exactamente el mismo que el ya considerado en la última sección: apela, una vez más, a los ideales de la autodeterminación política. La libertad positiva y el sentido de igualdad que hemos extraído de la comprensión comunal de la fórmula “nosotros, el pueblo” equivalen exactamente a las mismas virtudes. (Esto resulta poco sorprendente, en virtud de que la libertad y la igualdad son, en general, aspectos del mismo ideal y no rivales, como a menudo se supone a menudo)¹⁹. Las objeciones que he descrito en la sección anterior, fatales para cualquier intento de basar una premisa mayoritarista en la libertad positiva, son decisivas contra el mismo argumento cuando en su lugar invoca la igualdad.

¿COMUNIDAD?

En años recientes, quienes se opusieron a la lectura moral comenzaron a apelar a una tercera virtud revolucionaria —la de la comunidad (o fraternidad)—, más que a la libertad o la igualdad. Alegan que la lectura moral atribuye las decisiones políticas más fundamentales a una élite de la profesión jurídica, que debilita el sentido público de comunidad y que le arrebatara su sentido de aventura común. Pero la palabra “comunidad” es utilizada con diferentes sentidos, para referirse a emociones, prácticas o ideales muy diferentes, y es importante notar cuál está en juego en este tipo de argumento. Es evidentemente cierto, como han acordado los filósofos desde la época de Aristóteles, que la gente tiene un interés en compartir proyectos, un lenguaje, esparcimiento, presupuestos y ambiciones. Una buena comunidad política servirá, por supuesto, a estos intereses²⁰, pero los intereses de muchos de la comunidad serán mejor servidos por otras comunidades no políticas, como las religiosas, la profesionales o las sociales. Las cláusulas restrictivas de la Constitución de los Estados Unidos no limitan ni impiden el poder de la gente para formar y compartir esas comunidades; por el contrario, algunas limitaciones, como las que se derivan de la protección del derecho de asociación contemplado en la Primera Enmienda y su prohibición de la discriminación religiosa, aumentan ese poder. Sin embargo, los comunitaristas y otros que apelan a la comunidad para apoyar la premisa mayoritarista tienen algo distinto en mente. No tienen en mente los beneficios generales de las relaciones humanas cercanas, los que pueden

¹⁹ Véase mi artículo “What is Equality? Part 3: The Place of Liberty.” *Iowa Law Review*, vol. 73 (1987), pp. 1-54.

²⁰ Véase mi artículo “Liberal Community”, *California Law Review*, vol. 77 (1990), p. 479.

verse asegurados por muchas formas diferentes de comunidad, sino los beneficios especiales que creen que se siguen para las personas como individuos y para la sociedad en su conjunto, cuando los ciudadanos se comprometen de manera activa en la actividad política con un cierto espíritu.

Ese no es el espíritu recomendado por una tradición diferente de analistas políticos que miran a la política como un comercio por otros medios, un ámbito en el cual los individuos buscan sus propias ventajas a través de grupos de acción política y la política de los intereses especiales. Los comunitaristas piensan que este “republicanismo de los grupos de interés” es una perversión del ideal republicano. Quieren que las personas participen en la política como agentes morales promoviendo no sus intereses parciales, sino concepciones rivales del bien público. Suponen que si puede lograrse una democracia deliberativa genuina de ese tipo, no sólo serán mejores las decisiones colectivas, sino que los ciudadanos llevarán vidas mejores, más virtuosas, completas y satisfactorias.

Los comunitaristas insisten en que este objetivo se pone en peligro por el control judicial de constitucionalidad, particularmente cuando este control es tan expansivo como propone la lectura moral. Pero ellos se basan en un presupuesto dudoso, aunque pocas veces cuestionado, según el cual la discusión pública de la justicia constitucional es de mejor calidad e involucra a más personas en la forma deliberativa que favorecen los comunitaristas cuando estas cuestiones son decididas, en última instancia, por las legislaturas y no por los tribunales. Este presupuesto puede ser inadecuado por una gran cantidad de razones. Evidentemente, no hay una conexión necesaria entre el impacto que le da el procedimiento mayoritario a cada votante y la influencia que ese votante tiene sobre una decisión. Algunos ciudadanos pueden tener más influencia sobre una decisión judicial por su contribución a una discusión pública de la cuestión de la que tendrían sobre la decisión de una legislatura sólo a través de su voto aislado. Incluso, más importante aún, no hay una conexión necesaria entre el impacto o la influencia política de un ciudadano y el beneficio ético que se asegura mediante la participación en la discusión o la deliberación pública. La calidad de la discusión podría ser mejor, y sus contribuciones podrían ser más auténticamente deliberativas y estar guiadas por un espíritu público más genuino, en un debate público general que preceda o siga a una decisión judicial que en la batalla política que culmina en el voto en la legislatura o incluso en un referéndum.

La interacción entre estos fenómenos diferentes —el impacto, la influencia y la participación pública éticamente valiosa— es una cuestión empírica compleja. En algunas circunstancias, como he sugerido recién, los ciudadanos pueden tener la posibilidad de ejercer mejor las responsabilidades morales de la ciudadanía cuando las decisiones se remueven de la política ordinaria y se asignan a los tribunales, cuyas decisiones, según se espera, han de estar basadas en principios y no en el peso de

los números o en los diferentes grados de influencia política. Discuto las razones de por qué sucede esto en el Capítulo 17, por lo que aquí tan sólo las sintetizaré. Si bien el proceso político que conduce a una decisión legislativa puede ser de muy alta calidad, muy a menudo no lo es, como lo demuestran los recientes debates que se produjeron en los Estados Unidos en torno a la reforma del sistema de salud y al control de armas. Más aún, incluso cuando el debate es iluminador, el proceso mayoritario favorece compromisos que podrían subordinar importantes cuestiones de principio. Los casos jurídicos constitucionales, en contraste, pueden provocar y, de hecho, provocan una discusión pública extendida que se concentra en la moralidad política. El gran debate estadounidense sobre las libertades civiles y las acciones afirmativas, que comenzó en los años cincuenta y continúa hoy, bien pudo haber sido más deliberativo porque los temas fueron moldeados por la práctica judicial, y la discusión en torno a *Roe vs. Wade*, analizada en la Parte I, con todo el resentimiento y la violencia que la caracterizó, podría haber producido una mejor comprensión de la complejidad de las cuestiones morales que la que podría haber generado la propia política.

Quiero sugerir de manera tentativa, como una posibilidad, que el control judicial de constitucionalidad es capaz de ofrecer un tipo superior de deliberación republicana sobre algunas cuestiones, aunque no creo que tengamos suficiente información como para depositar demasiada confianza en ninguno de los dos sentidos. Enfatizo la posibilidad, sin embargo, porque el argumento comunitarista simplemente la ignora y asume, sin evidencia pertinente, que el único o el más beneficioso tipo de “participación” en la política es el que mira hacia la elección de los representantes que luego harán la legislación. El carácter de las recientes elecciones estadounidenses, así como el del debate y la deliberación contemporáneos que se han dado en las legislaturas nacionales y locales, difícilmente hacen de esa presuposición una autoevidente. Por supuesto, deberíamos tener el objetivo de mejorar la política general, porque la actividad política de amplia base es esencial tanto para la justicia como para la dignidad. (Repensar qué significa la democracia es, como he dicho, una parte esencial de ese proceso.) Pero no debemos pretender, cuando evaluamos el impacto del control de constitucionalidad sobre la democracia deliberativa, que lo que debería ocurrir ha ocurrido. En cualquier caso, sin embargo, como he de enfatizar en el Capítulo 17, el hecho de que grandes cuestiones constitucionales provoquen o guíen el debate público depende, entre otras muchas cosas, de la forma en la que abogados y jueces conciben y abordan estas cuestiones. Hay pocas posibilidades de un debate nacional útil sobre principios constitucionales cuando las decisiones constitucionales son consideradas ejercicios técnicos de un quehacer arcano y conceptual. Las posibilidades mejorarían si la lectura moral de la constitución fuera más abiertamente reconocida por y en las decisiones judiciales.

No quiero decir, por supuesto, que sólo los jueces deberían discutir las cuestiones que involucran los grandes principios políticos. Las legislaturas también se comportan como guardianes de los principios, y ello incluye a los principios constitucionales²¹. El argumento de esta sección sólo tiene como objetivo mostrar por qué el ideal de la comunidad no apoya la premisa mayoritarista, o socava la lectura moral, de una manera más efectiva que la libertad y la igualdad, los dos miembros principales de la brigada revolucionaria. Debemos dejar a un lado la premisa mayoritarista, con su concepción mayoritarista de la democracia. No es una concepción defendible de lo que es la verdadera democracia, y no es la concepción de los Estados Unidos.

¿Y ENTONCES?

En una democracia que funciona decentemente, como la de los Estados Unidos, las condiciones democráticas establecidas en la Constitución son suficientemente satisfechas en la práctica de manera tal que no hay ninguna inequidad en el otorgamiento a las legislaturas nacionales y locales de los poderes que tienen según los arreglos actuales. Por el contrario, la democracia sería extinguida por cualquier cambio constitucional general que le diera a una oligarquía de expertos no elegidos el poder de declarar inválida y reemplazar cualquier decisión legislativa que ellos consideraran poco inteligente e injusta. Incluso si los expertos siempre mejoraran la legislación que rechazan, estableciendo impuestos más equitativos a las ganancias, por ejemplo, que los establecidos por las legislaturas, habría una pérdida en el autogobierno que los méritos de sus decisiones no podrían extinguir. Es diferente, sin embargo, cuando se plantea plausiblemente la cuestión de si alguna regla, regulación o política en sí restringe o debilita el carácter democrático de la comunidad, y los arreglos constitucionales asignan *esa* cuestión a un tribunal. Supongamos que la legislatura dicta una ley convirtiendo en delito el acto de quemar la bandera estadounidense en señal de protesta²². Supongamos que esta ley es cuestionada con el fundamento de que debilita el autogobierno democrático, al restringir erróneamente la libertad de expresión, y un tribunal acepta esta acusación y declara inconstitucional la ley. Si la decisión del tribunal es acertada —si las leyes contra la quema de banderas de hecho violan las condiciones democráticas establecidas en la Constitución tal como ellas han sido interpretadas y formadas por la historia estadounidense—, la decisión no es antidemocrática, sino que, por el contrario, mejora la democracia. Ningún costo moral ha sido pagado, porque nadie, ni individual ni colectivamente, está peor en ninguna de las dimensiones

²¹ Véase *Law's Empire*, cap. 6.

²² Véase *Texas vs. Johnson*.

que ahora hemos propuesto. Nadie ha visto disminuido su poder de participar en una comunidad que se autogobierna, pues el poder de todos en ese sentido se ha fortalecido. La igualdad de nadie se ha visto comprometida, porque la igualdad, en el único sentido pertinente, también ha resultado favorecida. A nadie le han sido arrebatadas las ventajas éticas de un rol en la deliberación de principios si tuvo la posibilidad de participar en la discusión pública respecto de la corrección de la decisión. Si el tribunal no hubiera intervenido, si la decisión de la legislatura hubiera sido considerada válida, nadie habría estado peor, en cualquiera de las dimensiones de la democracia, y sería perverso considerar eso de cualquier forma o en cualquier sentido como una victoria democrática. Por supuesto, si asumimos que la decisión del tribunal fue equivocada, entonces nada de esto es verdadero. Ciertamente perjudica a la democracia que un tribunal con autoridad tome la decisión incorrecta sobre lo que requieren las condiciones democráticas, aunque no más de lo que lo hace cuando la legislatura mayoritaria toma una decisión incorrecta a la que se le continúa adjudicando validez. La posibilidad de error es simétrica. Entonces, la premisa mayoritarista es confusa y debe ser abandonada.

Estas son conclusiones importantes. Muestran la falacia del argumento popular según el cual, dado que el control de constitucionalidad de la legislación es antidemocrático, la lectura moral, que exacerba el daño a la democracia, también debería ser rechazada. Pero es crucial darse cuenta de los límites de nuestras conclusiones. Todavía no tenemos un argumento positivo a *favor* del control de constitucionalidad ni en la forma en que esa institución ha tomado en los Estados Unidos ni de ninguna otra forma. Simplemente, hemos establecido un terreno común en el cual debe tener lugar la contienda entre las diferentes estructuras institucionales para interpretar las condiciones democráticas, sin que existan presupuestos o estructuras por defecto. La dificultad real y profunda a la que se expone la discusión constitucional en la democracia es que resulta un esquema de gobierno procedimentalmente *incompleto*. No puede prescribir los procedimientos de examen si se satisfacen las condiciones para los procedimientos que sí prescribe.

¿Cómo debería una comunidad política que aspira a la democracia decidir si las condiciones que necesita una democracia son satisfechas? ¿Debería tener ella una constitución escrita como su ley más fundamental? ¿Esa constitución debería describir una concepción de las condiciones democráticas con el mayor detalle posible, intentando anticipar, en un código constitucional, todas las cuestiones que podrían surgir? ¿O debería establecer declaraciones muy abstractas de las condiciones democráticas, como lo han hecho la Constitución estadounidense y muchas otras constituciones contemporáneas, y dejar a las instituciones contemporáneas que las interpreten de generación en generación? En el último caso, ¿cuáles deberían ser estas instituciones? ¿Deberían ser las instituciones parlamentarias mayoritaristas, ordinarias, como ha indicado la constitución inglesa durante tan-

to tiempo? ¿O deberían ser cámaras constitucionales especiales, cuyos miembros fueran electos pero tal vez por un mandato más extenso o de formas diferentes a las de los parlamentarios comunes? ¿O ellas deberían consistir en una jerarquía de tribunales, como lo consideró natural John Marshall en *Marbury vs. Madison*?

Una comunidad debe combinar estas diferentes respuestas de distintas maneras. La Constitución de Estados Unidos, como lo hemos hecho notar, combina cláusulas muy específicas, sobre el acuartelamiento de soldados en los tiempos de paz, por ejemplo, con cláusulas majestuosamente abstractas como las que se discuten en este libro. Se ha establecido en los Estados Unidos que la Corte Suprema tiene la autoridad de declarar inválida la legislación si considera que es inconstitucional. Pero, por supuesto, eso no niega que los legisladores tengan la responsabilidad paralela de hacer sus propios juicios constitucionales y de rehusarse a favorecer leyes que ellos consideran inconstitucionales. Tampoco se sigue de ello que, cuando los tribunales tienen el poder de hacer cumplir algunos derechos constitucionales, tienen también el poder de hacer cumplir todos los derechos. Algunos creativos abogados constitucionalistas estadounidenses alegan que el poder de los tribunales federales de declarar constitucionalmente inválidos los actos de otras instituciones es limitado: de acuerdo a este punto de vista, ellos tienen poder para hacer cumplir muchos de los derechos, principios y estándares creados por la Constitución, pero no todos²³.

La lectura moral es consecuente con todas estas soluciones institucionales brindadas al problema de las condiciones democráticas. Es una teoría sobre la forma en la que deberían ser leídas ciertas cláusulas de algunas constituciones, sobre qué preguntas deben plantearse y responderse al decidir qué significan y exigen esas cláusulas. No es una teoría acerca de quién debe formular estas preguntas o acerca de qué respuesta debe considerarse autorizada. Entonces, la lectura moral es sólo una parte, si bien es una parte importante, de una teoría general sobre la práctica constitucional. ¿Qué deberíamos decir sobre las cuestiones restantes, las cuestiones institucionales que no son alcanzadas por la lectura moral?

Para decidir estas cuestiones, no veo más alternativa que usar un estándar orientado a los resultados en lugar de uno centrado en los procedimientos. La mejor estructura institucional es la que está mejor calibrada para producir las mejores respuestas a la pregunta esencialmente moral respecto de cuáles son realmente las condiciones democráticas, así como para asegurar el cumplimiento estable de esas condiciones. Una serie de consideraciones prácticas son relevantes, y muchas

²³ Véase Lawrence G. Sager, "Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms", *Harvard Law Review*, vol. 91 (1978), p. 1212, y Christopher L. Eisgruber y Lawrence G. Sager, "Why the Religious Freedom Restoration Act Is Unconstitutional", *N.Y.U. Law Review*, vol. 69 (1994).

de ellas podrían argumentar convincentemente para permitir que una legislatura electa escoja por sí misma los límites morales a su poder. Pero otras consideraciones apuntan en la dirección opuesta, incluyendo el hecho de que los legisladores son vulnerables a presiones políticas de diversos tipos, tanto financieras como políticas, lo que conlleva que una legislatura no sea el vehículo más seguro para proteger los derechos correspondientes a los grupos políticamente impopulares. Puede esperarse que la gente no esté de acuerdo sobre qué estructura sea finalmente la mejor, y, de ese modo, que en ciertas circunstancias necesiten apelar a un procedimiento que resuelva esa cuestión, que es exactamente la que una teoría de la democracia no puede proporcionar. A ello se debe que la construcción inicial de una constitución política sea una cuestión tan misteriosa, pareciendo natural insistir entonces en mayorías calificadas e incluso en algo cercano a la unanimidad, no por cualquier concepción de equidad procedimental, sino más bien por un sentido de que la estabilidad no puede obtenerse de otra forma.

Sin embargo, la situación es diferente cuando estamos interpretando una práctica constitucional establecida, y no comenzando una nueva. Entonces, la autoridad ya ha sido distribuida por la historia, y los detalles de la responsabilidad institucional son asuntos de interpretación, no de invención de la nada. En esas circunstancias, rechazar la premisa mayoritaria significa que podemos buscar la mejor interpretación con una mente más abierta: no tenemos ninguna razón de principio para intentar forzar nuestras prácticas dentro de algún molde mayoritario. Si la interpretación más directa de la práctica constitucional estadounidense demuestra que nuestros jueces tienen la última autoridad interpretativa, y que ellos entienden la Carta de Derechos fundamentalmente como una constitución de principios —si esto es lo que mejor explica las decisiones que los jueces realmente adoptan y que el público en gran parte acepta—, no tenemos ninguna razón para resistir esa lectura ni para luchar por otra que parezca llevarse mejor con una filosofía mayoritarista.

COMENTARIOS Y PRECAUCIONES

No he revisado los ensayos que componen el resto de este libro, excepto para corregir unos cuantos errores de referencia. La retrospectiva es tentadora, y en muchos casos hoy me valdría de argumentos y formularía predicciones de otro calibre. Una revisión substancial también habría evitado una parte importante de la repetición que inevitablemente genera una colección de ensayos. Los argumentos y los ejemplos aparecen muchas veces aludidos en más de un ensayo (aunque adopten diferentes formas y, según espero, hayan mejorado con el tiempo). Pero la mayoría de los ensayos originales han sido comentados por otros autores, por lo que cambiarlos ahora podría sembrar confusión.

En ningún sentido el libro constituye un libro de texto sobre el Derecho constitucional. Los casos que discuto son relativamente pocos, y no intento fundar mis hipótesis generales acudiendo a citas de fuentes secundarias. Los académicos y los abogados discrepan a propósito de la teoría constitucional no porque algunos de ellos hayan leído más casos que otros, o lo hayan hecho con mayor cuidado, sino porque discrepan en relación a los asuntos filosóficos y jurisprudenciales que aquí enfatizo. De esta manera, en lugar de intentar derivar principios de muchos casos, discuto unos pocos casos, como un modo de ilustrar los principios que allí aparecen reflejados.

Tampoco discuto aquí en demasía la doctrina jurídica más técnica, excepto cuando resulta absolutamente necesario. Cada parte del Derecho, incluido el Derecho constitucional, apela a dispositivos y categorías especiales como un intento de disciplinar los principios jurídicos abstractos mediante un vocabulario técnico. Sin embargo, los principios se resisten a la disciplina, y los dispositivos técnicos tienen fecha de expiración —con frecuencia, una muy breve—. Cada uno comienza con una estrategia útil y modesta, consistente en mostrar las implicaciones de los principios generales para un conjunto limitado de problemas. Pero entonces algunos desarrollan luego una vida y una fuerza propias, transformándose en tiranos envejecidos cuyos remiendos y preparaciones generan más problemas que soluciones, hasta que son finalmente despachados —sin dientes y sin nada— por un juez creativo con nuevos ardides. El aparato del que se valió durante décadas la Corte Suprema para respaldar sus decisiones en materia de protección igualitaria, por ejemplo, el cual diferenciaba entre niveles de “escrutinio” “estricto”, “relajado” e “intermedio”, alguna vez fue de utilidad, ofreciendo presunciones sobre formas de discriminación que podían o no ser indicativas de probables fallas relativas a la igual consideración. Ya no lo hace. Este libro se aparta de esos dispositivos doctrinales y se concentra en los principios subyacentes a los que esos dispositivos supuestamente sirven.

Me gustaría, finalmente, responder a una objeción que ya han recibido mis argumentos, pero que, según anticipo, volverá a formularse. Se dice que los resultados que pretendo para la lectura moral, en determinados casos constitucionales, mágicamente coinciden con aquellos que yo mismo favorezco desde el punto de vista político. Dicho en palabras de un comentarista, mis argumentos siempre parecen tener finales felices. O, en cualquier caso, finales liberales —mis argumentos tienden a aceptar las decisiones de la Corte Suprema que generalmente se consideran liberales, tendiendo a rechazar como erróneas aquellas decisiones generalmente tenidas por conservadoras—. Esto resulta sospechoso, según se dice, debido a que sostengo que el Derecho es diferente de la moralidad, y a que la integridad jurídica a menudo previene al abogado de encontrar en el Derecho lo que él quisiera ver allí. Entonces, ¿por qué la Constitución estadounidense representa, tal como la entiendo, un triunfo tan uniforme del pensamiento liberal contemporáneo?

Debo dejar en claro, en primer lugar, que mis argumentos de ninguna manera apoyan siempre a personas, actos o instituciones que son de mi agrado. Considerables secciones de la Parte II defienden a pornógrafos, quemadores de banderas y manifestantes nazis, y la Parte I defiende un derecho general a abortar, por más que crea, por razones que he descrito en otro libro, que incluso un aborto temprano a menudo implica un error ético²⁴. Tampoco interpreto la Constitución como si ella contuviera todos los principios importantes del liberalismo político. En otros escritos, por ejemplo, defiendo una teoría de la justicia económica que exigiría una redistribución substancial de la riqueza en sociedades políticas ricas²⁵. Algunas constituciones nacionales intentan estipular un grado de igualdad económica como un derecho constitucional, y algunos abogados estadounidenses han alegado que nuestra Constitución debe ser entendida como orientada a ese fin²⁶. Pero yo no he alegado nada semejante; por el contrario, he insistido en que la integridad impediría cualquier intento de obtener un resultado de ese tipo arguyendo a partir de las cláusulas morales abstractas contenidas en la Carta de Derechos, o de cualquier otra parte de la Constitución.

Pero a pesar de que la objeción se equivoque al asumir que encuentro que la Constitución es exactamente lo que yo desearía, principalmente estoy interesado en resistir la otra premisa de la objeción —aquella según la cual resulta embarazoso para la lectura moral cuando aquellos que la aceptan encuentran finales felices para sus viajes constitucionales—. Por supuesto que mis opiniones constitucionales están influenciadas por mis propias convicciones de moralidad política. Pero también lo están las opiniones de otros abogados que son más conservadores y radicales que yo. Como lo demuestra el Capítulo 6, los jueces conservadores están mucho más dispuestos que los políticos liberales a usar el lenguaje moral abstracto de la Decimocuarta Enmienda para censurar los programas de acción afirmativa, y la visión radical de la Primera Enmienda discutida en la Parte II se muestra al menos tan impulsada por instintos políticos como mi propia concepción liberal.

No sólo concedo, sino también enfatizo que la opinión constitucional es sensible a la convicción política. De otro modo, como dije, no seríamos ni siquiera capaces de clasificar a los juristas como conservadores, moderados, liberales o radicales con el éxito en que lo hacemos. En su lugar, la cuestión estriba en determinar si la influencia es vergonzosa. La política constitucional se ha visto confundida y corrompida por la pretensión de que los jueces (si tan sólo no estuvieran tan hambrientos de poder) podrían usar estrategias políticamente neutrales

²⁴ Véase mi libro *Life's Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia* (Knopf, 1993).

²⁵ Véase "What Is Equality?" Partes 1 y 2 en *Philosophy and Public Affairs* (1981).

²⁶ Véase Frank Michelman, "On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment," *Harvard Law Review*, vol. 83 (1969).

de interpretación constitucional. Los jueces que comparten esa pretensión tratan de esconder, incluso de ellos mismos, la influencia inevitable de sus propias convicciones, pero el resultado es una costosa mendacidad. Los fundamentos reales de una decisión se esconden tanto de la inspección pública legítima como del debate público valioso. La lectura moral ofrece un consejo diferente. Explica por qué la fidelidad a la Constitución y al Derecho *demanda* que los jueces hagan juicios contemporáneos de moralidad política, y, por lo tanto, fomenta una exposición abierta de los verdaderos fundamentos de un juicio, con la esperanza de que los jueces construirán argumentos de principio más francos que le permitan al público participar en la discusión.

Por eso, es obvio que la lectura moral impulsa a los abogados y a los jueces a interpretar una constitución abstracta a la luz de lo que ellos consideren como justo. ¿De qué otra forma podrían responder las preguntas morales que la constitución abstracta les formula? Que una teoría constitucional refleje una postura moral no es motivo de sorpresa ni brinda ocasión para el ridículo o la sospecha. Sería un motivo de sorpresa —y una ocasión para ridículo— si no lo hiciera. Sólo una forma increíblemente cruda de positivismo jurídico —una forma que no reconocería el principal positivista del siglo xx, Herbert Hart— podría producir esa clase de aislamiento²⁷. El texto y la integridad actúan como dos restricciones importantes, como lo he destacado a lo largo de esta discusión. No obstante, aunque estas restricciones dan forma y limitan el impacto de las convicciones de justicia, no pueden eliminarlo de plano. Sin embargo, la lectura moral insiste en que esta influencia no es vergonzosa, con tal de que sea reconocida abiertamente, y con tal de que las convicciones sean identificadas y defendidas con honestidad; esto es: mediante argumentos de principio que resulten adecuados, y no sólo mediante pobres eslóganes o cansadas metáforas.

Este libro efectivamente ofrece una versión liberal de la Constitución estadounidense. Proporciona argumentos basados en principios liberales y pretende convertir a los mismos en la mejor interpretación de la tradición constitucional que hemos heredado y que hoy nos toca defender. Creo, e intento demostrar, que la opinión liberal encaja mejor con nuestra estructura constitucional, la cual se construyó por primera vez, después de todo, en el brillante amanecer del pensamiento liberal. Mis argumentos pueden, ciertamente, ser resistidos. Pero espero que sean resistidos de la forma correcta: señalando sus falacias o desplegando principios diferentes —más conservadores o más radicales— que demuestren ser mejores por estar fundados en una moralidad superior, o por ser más practicables, o por ser, de alguna otra manera, más prudentes o más justos. Ya es demasiado tarde para la vieja y cobarde historia de que los jueces no tienen la responsabilidad de

²⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, "Postcript" a la Edición de 1994 (Oxford University Press, 1994).

construir argumentos como estos, o que no son competentes para ello, o que resulta antidemocrático que obren así, o que su trabajo consiste en aplicar el Derecho y no en especular acerca de la moralidad. Esa vieja historia también es filosofía, pero es mala filosofía. Apela a conceptos —los de Derecho y democracia— que ni siquiera atisba a entender.

El hecho de apuntar a finales felices está en la naturaleza de la interpretación jurídica —no sólo en la de la interpretación constitucional, aunque especialmente en la de ella—²⁸. Salvo que apuntemos a finales infelices, no queda otra alternativa, pues, una vez que la forma pura de originalismo es rechazada, ya no hay nada semejante a una certeza neutral. Decir cómo es algo significa, hasta cierto punto, decir cómo debería ser. ¿Qué implica ese punto? La novela constitucional estadounidense incluye, después de todo, la decisión *Dred Scott* de la Corte Suprema, que trató a los esclavos como un tipo de propiedad, y las decisiones sobre los “derechos de propiedad” a las que aribó la Corte en el siglo xx, que casi lograron empantanar el *New Deal* de Roosevelt. ¿En qué medida una visión global feliz de esa historia se encuentra en oferta? Muchos capítulos plantean esta pregunta, y ella no puede ser respondida sino a través de argumentos interpretativos detallados como los que allí se desarrollan. Pero la responsabilidad política e intelectual, así como el entusiasmo, aconsejan el optimismo. La Constitución es la vela moral de los Estados Unidos, y debemos mantener el coraje de la convicción que la alimenta, la convicción de que todos podemos ser ciudadanos iguales de una república moral. Se trata de una fe noble que sólo el optimismo puede redimir.

²⁸ Véase *Law's Empire*.