

6

La lectura moral y la premisa mayoritarista

Ronald Dworkin

Confusión constitucional

Hay una forma particular de leer y hacer respetar una constitución política que denomino la lectura moral. La mayoría de las constituciones contemporáneas establecen derechos individuales frente al gobierno con un lenguaje muy amplio y abstracto, como la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que prevé que el Congreso no dictará ninguna ley que reduzca la «libertad de expresión». La lectura moral propone que todos, jueces, abogados y ciudadanos, interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas con el entendimiento de que se refieren a principios morales sobre la decencia política y la justicia. La Primera Enmienda, por ejemplo, reconoce un principio moral, según el cual está mal que el gobierno censure o controle lo que los ciudadanos dicen o publican, y lo incorpora al derecho estadounidense. De tal manera que, cuando surge alguna nueva controversia constitucional respecto de, por ejemplo, si la Primera Enmienda permite la sanción de leyes contra la pornografía, quienes se forman una opinión deben decidir cuál es la mejor interpretación de un principio moral. Deben decidir si el verdadero fundamento de un principio moral que condena la censura, tal como el principio ha sido incorporado en el derecho estadounidense, se extiende al caso de la pornografía.

La lectura moral, por lo tanto, incorpora la moralidad política al corazón del derecho constitucional.¹ Pero la moral política es inherentemente incierta y controvertida y, entonces, cualquier sistema de gobierno en el que esos principios se incorporen como parte del derecho debe decidir a quién le dará la autoridad de interpretarlos y comprenderlos. En el sistema estadounidense, los jueces, y en última instancia los jueces de la Corte Suprema, tienen hoy esa autoridad y, según sus críticos, la lectura moral de la Constitución le otorga a los jueces el poder absoluto de imponer sus propias convicciones morales al público. Intentaré demostrar brevemente por qué esa acusación tan fuerte es errónea. Sin embargo, primero he de aclarar que no hay nada revolucionario en la práctica 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.

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 constitucional. 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 políticas más liberales naturalmente interpretarán esos principios de forma liberal, tal como lo hicieron en los idílicos tiempos de la Corte Warren. La lectura moral no es, en sí misma, una estrategia o un estatuto liberal ni conservador. Es verdad que, en las últimas décadas, los jueces liberales han declarado inconstitucional una cantidad mayor de leyes o decretos que los jueces conservadores. Pero ello es así porque, en su mayoría, los principios políticos conservadores o bien no favorecían o bien no condenaban fuertemente las medidas que podían ser razonablemente cuestionadas con fundamento constitucional durante esas décadas. Ha habido excepciones a esa generalización. Los conservadores están muy en desacuerdo, con fundamento moral, con los programas de acciones afirmativas que dan ciertas ventajas a postulantes de minorías para entrar en universidades o conseguir empleos, y los jueces conservadores no han dudado en seguir su interpretación de lo que exige la lectura moral en esos casos.² Esa lectura nos ayuda a identificar y explicar no sólo estas pautas de gran escala, sino aún más, diferencias más sutiles en la interpretación constitucional que atraviesan la división convencional entre liberales y conservadores. Es más pro-

bable que los jueces conservadores que valoran particularmente la libertad de expresión, o la consideran particularmente importante para la democracia, a diferencia de otros conservadores, extiendan la protección de la Primera Enmienda a actos de protesta política, incluso a favor de causas que desprecian, tal como lo demuestra la decisión de la Corte Suprema que protege a quienes queman banderas.³

Entonces, para reiterarlo, la lectura moral no es una práctica revolucionaria. Los abogados y los jueces, en su trabajo diario, consideran instintivamente que la Constitución expresa exigencias morales abstractas aplicables a casos concretos sólo a través de juicios morales particulares. Como argumentaré más adelante en este ensayo, no tienen otra opción. Pero sería verdaderamente revolucionario que un juez reconociera abiertamente la lectura moral o que admitiera que es su estrategia de interpretación constitucional; algunos juristas y jueces que se acercan a este reconocimiento retroceden e intentan encontrar otras descripciones, en general metafóricas, de su propia práctica. Hay, pues, un desajuste sorprendente entre el rol que la lectura moral juega de hecho en la vida constitucional estadounidense y su reputación. Ha inspirado todas las grandes decisiones de la Corte Suprema, y también, algunas de las peores. Pero prácticamente nunca es reconocida como influyente, ni siquiera por los expertos constitucionalistas, y casi nunca se adhieren a ella abiertamente jueces cuyos argumentos serían incomprensibles bajo otra interpretación de sus responsabilidades. Por el contrario, la lectura moral es a menudo rechazada como visión «extrema», a la que ningún jurista sensato se adscribiría. Es evidente que la propia visión de los jueces de la moralidad política influencia sus decisiones constitucionales, y si bien podrían explicar fácilmente esa influencia insistiendo en que la Constitución requiere una lectura moral, jamás lo hacen. En cambio, contra toda prueba, niegan la influencia e intentan explicar sus decisiones de otras formas, embarazosamente insatisfactorias. Dicen, por ejemplo, que ellos sólo están haciendo efectivas oscuras «intenciones» históricas o están expresando simplemente una estructura constitucional comprensiva pero inexplicable que es supuestamente explicable en términos no morales.

Este desajuste entre el rol y la reputación es fácil de explicar. La lectura moral está tan profundamente incorporada a la práctica constitucional y es tanto más atractiva, con fundamentos legales y políticos, que sus únicas alternativas coherentes, que no puede ser abandonada, en particular cuando están en juego cuestiones constitucionales importantes. Pero, sin embargo, la lectura moral parece desacreditable intelectual y políticamente. Parece erosionar la distinción crucial entre el derecho y la moral, haciendo del derecho sólo el problema de a qué principios mo-

rales recurren los jueces de una era en particular. Parece constreñir grotescamente la soberanía moral del propio pueblo y sacar de sus manos, para remitirlas a una élite política, justamente las cuestiones más importantes y definitorias de la moral política que el pueblo tiene el derecho y la responsabilidad de decidir por sí mismo.

Ésta es la fuente del contraste paradójico entre la práctica constitucional dominante en Estados Unidos, que se basa principalmente en la lectura moral de la Constitución, y la teoría constitucional dominante, 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 paz.⁴ Durante un tiempo, esta visión de la discusión constitucional fue aparentemente aceptada incluso por algunos liberales. Llamaron a la Constitución un documento «vivo» y dijeron que debía ser «actualizado» para adecuarse a las nuevas circunstancias y sensateces. Decían adoptar un enfoque «activo» de la Constitución, que parecía sugerir su reforma, y aceptaban la caracterización de John Ely de sus posiciones como «no interpretativas», lo que parecía sugerir la invención de un nuevo documento, más que la interpretación del viejo.⁵ De hecho, tal como lo veremos, esta descripción de la discusión nunca fue adecuada. El debate teórico jamás fue acerca de si los jueces deberían interpretar la Constitución o cambiarla, y casi nadie realmente pensaba esto último, sino más bien acerca de cómo debería ser interpretada. Pero los políticos conservadores explotaron esta simple descripción, y no se les respondió efectivamente.

Sin embargo, la confusión también alcanza a los políticos. Prometen designar y confirmar jueces que respetarán los límites propios de su autoridad y dejarán en paz la Constitución, pero, como esto malinterpreta las opciones que enfrentan los jueces, los políticos son a menudo defraudados. Cuando Dwight Eisenhower, que denunció lo que denominó activismo judicial, dejó su cargo en 1961, le dijo a un periodista que sólo había cometido dos grandes errores como presidente, y que los dos habían sido en la Corte Suprema. Se refería al Presidente de la Corte Suprema, el juez Earl Warren, que era un político republicano cuando lo designó Eisenhower para presidir la Corte Suprema, pero que después presidiría los períodos de mayor «activismo» en la historia de la Corte, y al juez William Brennan, otro político que era juez estatal cuando Eisenhower lo designó y que se convirtió 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 estaban ambos furiosos con la «usurpación» de la Corte Suprema de los privilegios del pueblo. Dijeron que estaban decididos a designar jueces que respetaran, en lugar de desafiar, la voluntad del pueblo. En especial, ellos (y las plataformas sobre las que hicieron 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 cuando llegó la oportunidad de hacerlo, tres de los jueces designados por Reagan y Bush votaron, sorpresivamente, no sólo a favor de mantener la validez de la decisión, sino a favor de proporcionar un nuevo fundamento legal que adoptaba y se basaba de forma más evidente en la lectura moral de la Constitución. Las expectativas de los políticos que designan jueces son a menudo defraudadas en ese sentido, porque los políticos no logran apreciar cuán cuidadosamente 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 considera que es moralmente permisible para la mayoría criminalizar el aborto. Pero la ubicuidad de la lectura moral se torna evidente cuando las convicciones principistas de algún juez, identificadas, sometidas a prueba, y tal vez modificadas por la experiencia y la discusión, apuntan en 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 para la consideración de las nominaciones de jueces para la Corte Suprema tienden a la misma confusión. Estos acontecimientos son hoy investigados cuidadosamente, ampliamente cubiertos por los medios y, a menudo, televisados. Ofrecen una oportunidad única 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 provocadas por la nominación a la Corte Suprema del juez Clarence Thomas por parte del presidente Bush son un claro ejemplo. Todos, los nominados y los legisladores, dicen creer que los casos constitucionales difíciles pueden decidirse 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 moral 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 abogado constitucionalista reconocido; él había insistido en que los conservadores deberían abrazar la estrategia interpretativa y utilizarla para favorecer una moralidad conservadora.

Cualquier apoyo 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 del razonamiento moral, sería suicida para un nominado y embarazoso para sus interrogadores. En años recientes, sólo las audiencias que culminaron en la derrota de Robert Bork exploraron seriamente cuestiones constitucionales de principio, y lo hicieron sólo porque las opiniones del juez Bork sobre derecho constitucional eran tan obviamente el producto de una moral política radical que sus convicciones no podían ser ignoradas. Sin embargo, en los procedimientos de confirmación de los jueces Anthony Kennedy, David Souter, Thomas, Ruth Bader Ginsburg y Stephen Breyer, la vieja ficción tuvo una vez más su orgulloso lugar.

El resultado más serio de esta confusión reside, sin embargo, en el error de comprensión del público estadounidense respecto del verdadero carácter e importancia de su sistema constitucional. Como he argumentado en otro lugar, el ideal estadounidense de un gobierno no sólo sometido al derecho, sino también a los principios, es la contribución más importante que nuestra historia le ha dado a la teoría política. Otras naciones y culturas lo han advertido, y el ideal estadounidense ha sido cada vez más conscientemente adoptado e imitado en otros lugares. Pero no podemos reconocer nuestra propia contribución, enorgullecernos de ella o preocuparnos, como deberíamos.

Ese razonamiento parecería como extravagante, incluso perverso, para muchos abogados y analistas políticos. Consideran el entusiasmo por la lectura moral, en una estructura política que le da la autoridad de la interpretación final a los jueces, como elitista, antipopular, antirrepublicano y antidemocrático. Esa visión se basa, como veremos, en una presunción popular no revisada sobre la conexión entre la democracia y la voluntad de la mayoría, una presunción sistemáticamente rechazada por la historia estadounidense. Cuando entendemos mejor la democracia, vemos que la lectura moral de una constitución política no es antidemocrática, sino, al contrario, casi indispensable para la democracia. No quiero decir que no hay democracia si los jueces no tienen el poder de hacer a un lado lo que la mayoría piensa que es correcto y justo. Muchos arreglos institucionales son compatibles con la lectura moral, incluyendo algunos que no dan a los jueces el poder que tienen en la estructura estadounidense. Pero ninguno de estos diversos diseños es, en principio, más democrático que otros. La democracia no insiste en la necesidad de que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco en que no deban tenerla. Sin embargo, ya he ido demasiado lejos en mi argumento. Debo decir más respecto de lo que significa la lectura moral antes de retornar a la pregunta de por qué ha sido tan seriamente incomprendida.

La lectura moral

Las cláusulas de la Constitución estadounidense que protegen a individuos y minorías del gobierno se encuentran fundamentalmente en el denominado *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 *Bill of Rights*, 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 Enmienda Decimocuarta 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 más naturalmente sugerida por 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 el *Bill of Rights*, 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 escri-

tas en el lenguaje de los principios morales. El Artículo 11 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 haber sido inspirada por 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 expresan, en términos que nos resulten claros, el contenido de lo que los «artífices» intentaron decir. (Los constitucionalistas utilizan la expresión los «artífices» para describir, de forma algo ambigua, 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 la gente habló para tener alguna buena idea de lo que quiso decir al hablar como lo hizo. No encontramos nada en la historia, sin embargo, que nos cause dudas acerca de 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 oficial 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 o la segregación escolar o la homosexualidad o la igualdad de género, en uno o en otro sentido. 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 elaboraciones diferentes de la expresión «igual protección de la ley», podemos reconocer a cada una de ellas como un principio de moralidad política que podría haber ganado el respeto de los redactores, y entonces, preguntarnos cuál de 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 deberían hacerse cumplir según sus términos, de modo tal que los beneficios legales conferidos a todos, incluyendo los negros, no deberían ser denegados, en la práctica, a nadie.

La historia aparece 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 contra 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 es aquél muy débil, sino algo mucho más fuerte. Sin embargo, una vez que ello ha sido admitido, entonces el principio debe ser algo *mucho* más fuerte, 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 un estatus igual y con igual consideración.

En otros escritos, he presentado ejemplos sustantivos que 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 da 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 basa en información específica respecto de ellos y el contexto en el que se expresan, lo mismo debe suceder con nuestra evaluación de lo que dijeron los redactores. La historia es, pues, fundamental, pero sólo en un sentido particular. Nos dirigimos a la historia para responder al interrogante respecto de lo que ellos quisieron *decir*, y no a la pregunta sobre qué *otras* intenciones tenían. Por ejemplo, no precisamos decidir acerca de lo que ellos esperaban que sucediera o deseaban que sucediese como consecuencia de haber dicho lo que dijeron; su intención no es parte de nuestro estudio. Ésta es una distinción crucial. Somos gobernados por lo que dijeron nuestros legisladores, por los principios que ellos sentaron, no por ninguna información que tengamos respecto de 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.⁶ 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, sin importar cuánto les importa 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 de otros jueces. Deben mirarse a sí mismos como socios de otros funcionarios, del pasado y el futuro que, en conjunto, 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 encadenada, en la cual cada uno escribe un capítulo que tiene sentido como parte de toda la historia en conjunto.)⁷

Incluso un juez que crea que la justicia abstracta requiere la igualdad económica, no puede interpretar la cláusula de igual protección como refiriéndose a la igualdad de recursos, o a la propiedad colectiva de los medios de producción, como requisitos constitucionales, porque esa interpretación simplemente no se ajusta a la historia o la práctica estadounidense, o 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 proveería recursos especiales para quienes tuvieran *handicaps*, o aseguraría el acceso adecuado de todos a los parques de recreación, o brindaría tratamiento médico heroico y experimental para todos aquellos cuyas vidas podrían ser salvadas, sin importar su costo o su probabilidad de éxito. Pero violaría la integridad constitucional que los jueces trataran estos mandatos como parte del derecho constitucional. Los jueces deben deferir a entendimientos generales, establecidos sobre el carácter del poder que la Constitución les asigna. La lectura moral les pide que encuentren la mejor concepción de los principios morales constitucionales, el mejor entendimiento de lo que la igualdad de estatus moral de hombres y mujeres realmente requiere; por ejemplo, que encaje con el amplio relato de los antecedentes históricos de 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, mientras la ignoran en la realidad. 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 cualquier estrategia interpretativa puede 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 ancla,⁸ 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 anclada 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 bien pensantes deberán decidir por sí solos qué concepción es mejor para su nación. En-

tonces, si bien la conocida queja de que la lectura moral da 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, han estado ansiosos por encontrar otras estrategias para la interpretación constitucional que les diera menos poder a los jueces. Exploraron dos posibilidades. La primera, y más directa, considera que la lectura moral es correcta, que el *Bill of Rights* puede ser entendido sólo como un conjunto de principios morales. Pero niega que los jueces deban ser los últimos autorizados a dirigir la lectura moral, que ellos deban tener la última palabra sobre, por ejemplo, si una mujer tiene el derecho constitucional a elegir el 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. Ésta no es, en absoluto, 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 visión de lo que significa la Constitución debe ser aceptada por el resto de nosotros.

Esta primera alternativa ofrece una forma de entender los argumentos del gran juez estadounidense Learned Hand. Hand pensaba que los tribunales debían tener la autoridad final de interpretar la Constitución sólo cuando ello era absolutamente necesario para la supervivencia del gobierno, sólo cuando los tribunales debían ser árbitros entre otros departamentos de gobierno porque la alternativa sería un caos de pretensiones de poder en conflicto. No existe una necesidad tal que exija a los tribunales que sometan a prueba los actos legislativos frente a los principios morales de la Constitución, y Hand pensaba, entonces, que no correspondía que los jueces reclamaran esa autoridad. Si bien su visión fue alguna vez una posibilidad abierta, hace tiempo que la historia la 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 Constitución.⁹ Si la visión de Hand hubiera sido aceptada, la Corte Suprema no hubiera podido decidir, tal como lo hizo en su decisión *Brown* en 1954, que la cláusula de igual protección proscribiera la segregación racial en las escuelas públicas. En 1958, Hand dijo, evidentemente lamentándolo, que él debía considerar la decisión *Brown* como incorrecta, y debería haber tomado la misma perspectiva frente a

decisiones de la Corte Suprema que expandieran la igualdad racial, la independencia religiosa y libertades personales tales como la libertad de adquirir y usar anticonceptivos. Estas decisiones son hoy casi universalmente consideradas no sólo 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 los redactores tenían la intención de decir. El originalismo insiste en que significa lo que ellos esperaron que su texto dijera, que, como he dicho, es una cuestión muy diferente. (Si bien 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 del *Bill of Rights* deberían ser interpretadas no 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 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, ha condicionado su apoyo en las audiencias en el Senado que siguieron a su nominación como candi-

dato para la Corte Suprema, en las que admitió que la decisión *Brown* fue correcta, y dijo incluso que fue correcta en su resultado la decisión de la Corte de 1965 que garantizaba 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 con 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 edad.

Entonces, si bien muchos políticos y jueces conservadores han abrazado el originalismo y algunos, como Hand, han estado 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 diferente.¹¹

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 al-

ternativa 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 esta 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 es infundada.

He dicho antes que la discusión teórica entre los constitucionalistas y los jueces nunca fue realmente respecto de si los jueces deberían cambiar la Constitución o dejarla en paz. Siempre fue sobre cómo debería ser interpretada la Constitución. Felizmente, a pesar de la retórica de los políticos, ello es hoy generalmente reconocido por los constitucionalistas, y es también generalmente reconocido que la cuestión de la interpretación se vuelve una controversia política, porque la única objeción sustancial a la lectura moral que se toma el texto seriamente es la que afirma que ofende a la democracia. Entonces, se considera ampliamente que la discusión académica es acerca de cuánto puede comprometerse la democracia para proteger 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 produce a veces la democracia. En muchos sentidos, sin embargo, esta nueva visión del debate es tan confusa como la vieja. Argumentaré en favor de mirar la discusión constitucional de una manera completamente diferente: como un debate no sobre cuánto debería renunciar 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, es una cuestión de profunda controversia qué es lo que la democracia realmente es. La gente está en desacuerdo respecto de qué técnicas de representación, qué distribución del poder entre gobiernos locales, estatales o naciona-

les, qué frecuencia y tipo de elecciones y qué otros arreglos institucionales proveen la mejor versión de la democracia. Pero, detrás de estas discusiones conocidas sobre la estructura de la democracia reside, creo, una profunda disputa filosófica respecto del *valor* o *sentido* fundamental de la democracia, y una cuestión abstracta es crucial para la disputa, aunque ésta no siempre es reconocida. ¿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 favorece a una mayoría o pluralidad de ciudadanos, o que hubiera favorecido a esa mayoría si se hubiera tenido la información adecuada y el tiempo suficiente para reflexionar. Ese objetivo suena razonable, y muchas personas, tal vez sin demasiada reflexión, han considerado que provee 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, finalmente, la mayoría de los ciudadanos aprobaría.

La premisa mayoritarista no niega que los individuos tienen importantes derechos morales que la mayoría debería respetar. Tampoco está necesariamente atada a una teoría colectivista o utilitarista según la cual esos derechos carecen de sentido. Sin embargo, en algunas comunidades políticas, en Gran Bretaña, por ejemplo, se ha considerado que la premisa mayoritarista implica que la comunidad debe remitirse a la visión de la mayoría sobre cuáles son esos derechos individuales, y cómo son mejor respetados y ejercidos. Se ha dicho a veces que Gran Bretaña no tiene constitución, pero ello es un error. Gran Bretaña tiene una constitución no escrita y 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 debe ser protegida. Sin embargo, hasta hace muy poco parecía natural a los abogados británicos que ningún grupo, excepto la mayoría política, actuando a través del Parlamento, debía decidir lo que ese requerimiento significa, o si debería ser alterado o rechazado, de modo que cuando es clara la intención del Parlamento de restringir la libertad de expresión, los tribunales ingleses no tienen ningún poder para invalidar lo que ha 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 una centuria.

En Estados Unidos, sin embargo, la mayoría de las personas que presupone que la premisa mayoritarista establece la definición y la jus-

tificación 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 ser siempre el juez final respecto de cuándo su propio poder debe ser limitado para proteger derechos individuales, y aceptan que, al menos algunas de las decisiones de la Corte Suprema que revirtieron legislación popular, como lo hizo la decisión (*Brown*), son correctas. La premisa mayoritarista *no* impide excepciones de ese tipo, pero insiste en que, en esos casos, aun si algún apartamiento del gobierno mayoritario está justificado, algo moralmente lamentable ha sucedido, un costo moral ha sido pagado. La premisa supone que, en otras palabras, siempre es injusto cuando *no* se permite a una mayoría política salirse con la suya, de manera tal que, aun cuando existen razones contrarias lo suficientemente fuertes como para justificar ese desvío, la injusticia permanece.

Si rechazamos la premisa mayoritarista, necesitamos una explicación diferente y mejor del valor y el sentido de la democracia. Más adelante defenderé una explicación 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 ninguna 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 cuales podríamos denominar condiciones «democráticas» de igualdad de estatus para todos los ciudadanos. Cuando las instituciones mayoritarias proveen y respetan las con-

diciones 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 son las condiciones de la democracia en detalle realmente, y cuándo una ley particular las ofende. 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 tiene una presencia fuerte, aunque a menudo no se percibe en la imaginación de los académicos y abogados constitucionalistas estadounidenses. Sólo ese diagnóstico explica la casi unánime visión que he descrito, según la 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 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.

Entonces, hay una compleja cuestión de moral 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 detenernos 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 democracia.¹² 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 ensayo, 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 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 la premisa puede ser sostenida, ello debe ser así porque es apoyada por la mejor concepción de, al menos, uno y, tal vez, de todos estos ideales. Debemos ir más allá de la democracia para considerar, a la luz de estas virtudes y valores más profundos, qué concepción de la democracia, la basada en la premisa mayoritarista o la constitucional que la rechaza, es la mejor. Pero primero necesitamos otra importante distinción, que haré ahora.

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 sólo. 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. Podríamos, sin modificar nuestro argumento, 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. Es una cuestión de individuos actuando juntos para fusionar sus acciones separadas en un acto distinto unificado que es, al mismo tiempo, *de ellos*. El conocido pero emocionalmente poderoso ejemplo de la culpa colectiva provee una ilustración útil. Muchos alemanes (incluyendo 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 es un caso de mera acción colectiva estadística porque es esencial para una actuación exitosa de una orquesta que no sólo cada músico toque 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 tipos de concepciones de la democracia: la mayoritarista y la constitucional. La primera acepta y la segunda re-

chaza 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 es un ejemplo de una concepción de la democracia comunal antes que estadística. La lectura estadística del gobierno del pueblo es 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 de importancia moral se pierde o se 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 se 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 el *Bill of Rights*, que limitan lo que la mayoría podría sancionar, traen aparejado como resultado un compromiso de la libertad de la comunidad.¹³

Esa sugerencia apela abiertamente a lo que Isaiah Berlin y otros denominaron libertades positivas, en oposición a las libertades negativas, y 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 insisten en 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 una contra la otra. El constitucionalismo, según esta visión, 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 a 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 una relación entre gobierno y ciudadanos uno por uno, sino la relación entre el gobierno y el conjunto de la ciudadanía entendido colectivamente. 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 se dice 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 emocionalmente. La autodeterminación es el más poderoso, y peligroso, de los ideales políticos de nuestro tiempo. 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 la gente es libre porque se gobierna a sí misma, pese al hecho de que, en un sentido estadístico, como individuos, no es libre, porque debe 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 Gal-

braith, «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 tarea.¹⁵

Pero la idea de autogobierno democrático es tan poderosa como profundamente misteriosa. ¿Por qué soy *libre*, cómo puede pensarse que me gobierne a *mí mismo*? ¿Cuándo debo obedecer lo que otras personas deciden por mí incluso si pienso que es erróneo o poco inteligente o injusto para mí y mi familia? ¿Qué diferencia puede establecer la cantidad de personas que piense que una decisión es correcta e 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 supuesto, podemos pensar inteligentemente que como miembros de una democracia floreciente nos estamos autogobernando.

Esta explicación puede parecer sólo profundizar el misterio del autogobierno colectivo, sin embargo, porque apela a dos ideas más que parecen en sí mismas oscuras. ¿Qué es lo que puede significar la pertenencia *genuina* a una comunidad política? ¿Y en qué sentido puede ser el acto colectivo de un grupo el acto de cada miembro? Éstas son 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 grupo al que pertenece. Debemos describir alguna conexión entre un individuo y un grupo que haga *justo* tratarla, y *sensato* que ella se trate a sí misma, como responsable de lo que hace. Permitámonos juntar esas ideas en el concepto de pertenencia moral, por el cual queremos signi-

ficar 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 provee autogobierno, entonces la verdadera democracia se basa 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 tengan siempre razón. La prueba, como he dicho, es una prueba moral, no psicológica. Pero no están equivocadas sólo porque tienen igual voto que otras 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. Si es correcto que el autogobierno es posible

sólo en una comunidad que satisface las condiciones de pertenencia moral, porque sólo entonces tenemos derecho a referirnos al gobierno del «pueblo» en un sentido poderosamente comunal y no en un sentido crudamente estadístico, necesitamos una concepción de la democracia que insista en que no hay democracia excepto cuando se satisfacen esas condiciones.

¿Cuáles son las condiciones de pertenencia moral y, consecuentemente, las de las libertades positivas, y entonces, las de la democracia en la concepción constitucional? He intentando describirlas en otro lugar, y aquí sólo sintetizaré mis conclusiones.¹⁶ 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 ésta tan limitada: 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 otros.¹⁷ 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 en la libertad de expresión y la libre expresión de 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 a las distribuciones de riqueza, 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 miembro por los otros, lo que significa que ellos consideran que las consecuencias de cualquier decisión colectiva para la vida de esa persona son una razón a favor o en contra de tal decisión que tiene 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 ilegítima e injusta.

La tercera condición, de independencia moral, será probablemente más controvertida que las dos primeras. Sin embargo, es esencial para mostrar un aspecto de la pertenencia moral que puede considerarse que las dos primeras condiciones omiten. 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 considere que tiene competencia para tomar la empresa colectiva. Un director de orquesta puede decidir, por ejemplo, cómo interpretará una pieza en particular la orquesta: debe haber una decisión de esa cuestión que obligue a todos, y el director es el único en la posición de tomarla. Ningún músico sacrificará nada esencial para el control de su propia vida, ni para su autorrespeto, al aceptar que alguien más tiene la responsabilidad, pero sería obviamente distinto si el director intentara indicar no sólo cómo debe tocar un violinista bajo su dirección, sino también los estándares del gusto que el violinista debería intentar cultivar. Nadie que haya

aceptado la responsabilidad de decidir cuestiones de juicio musical para sí puede considerarse socio de una empresa compartida que propone decidir las por él.

Esto es aún más claramente así en el caso político. Las personas que asumen la responsabilidad personal de decidir qué tipo de vida es valiosa para ellas pueden, sin embargo, aceptar que cuestiones de justicia sobre la forma en la que los intereses diferentes y, a veces, en competencia de todos los ciudadanos deberían acomodarse deben ser decididas de manera colectiva, de modo que una decisión adquiera 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 dejan esas decisiones colectivas. Así, uno puede verse obligado junto a otros a hacer un esfuerzo común para resolver esas cuestiones, incluso cuando su 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 vota o las elecciones que hace con los recursos que se le 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 tiene un voto igual en las deliberaciones del mismo. Una comunidad política genuina debe, consecuentemente, ser una comunidad de agentes morales independientes. No debe dictar lo que sus ciudadanos piensan en cuestiones de juicios morales, políticos o éticos, sino que debe, por el contrario, proveer las circunstancias que los impulsen 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 el más poderoso emocionalmente 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 como promoviendo 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 es ese concepto depende de cuál de las dos lecturas de la acción colectiva tenemos en mente. Si tomamos el gobierno del «pueblo» como sólo una cuestión estadística, entonces la igualdad de que se trata es la igualdad política de los ciudadanos considerados uno por uno. 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?

Tal vez, sorprendentemente, no logremos expresar lo que significa la igualdad política si la definimos como igualdad de *poder* político, porque no tenemos ninguna interpretación de «poder» que pueda hacer a la igualdad de poder un ideal atractivo, y ni siquiera realizable.¹⁸ Supongamos que tomamos el poder político como una cuestión de impacto, entendida de la siguiente manera: mi impacto político, como ciudadano de Estados Unidos, depende de en qué medida 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 quien esté a su favor sea yo. 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 desigual poder político 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 tenemos sólo 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 a las decisiones políticas, tomando en cuenta mi poder de afectar a 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 a las decisiones políticas, pero porque

la riqueza está desigual e inequitativamente distribuida. Ciertamente deseamos que la influencia en la política sea desigual por otras razones: queremos que quienes tienen mejores visiones, o quienes pueden argumentar más coherentemente, tengan mayor influencia. No podemos eliminar la influencia desigual de esas fuentes sin transformaciones salvajes de 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 suponían 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.

Entonces 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 uno a uno, sino más bien una relación entre la ciudadanía, entendi-

da 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 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 del «nosotros, el pueblo» son exactamente las mismas virtudes. (Esto resulta difícilmente sorprendente porque la libertad y la igualdad son, en general, aspectos del mismo ideal, no, como se supone a menudo, rivales.)¹⁹ Las objeciones que he descrito en la sección anterior, que son fatales para cualquier intento de basar una premisa mayoritarista en la libertad positiva, son decisivas contra el mismo argumento cuando invoca, en cambio, la igualdad.

¿Comunidad?

En años recientes, los oponentes de la lectura moral han comenzado 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 intereses,²⁰ pero los intereses de muchos de la comunidad serán mejor servidos por otras comunidades no políticas como las religiosas, profesionales, o sociales. Las cláusulas restrictivas de la Constitución de Estados Unidos no limitan ni impiden el poder de la gente para formar y compartir esas comunidades; por el contrario, algunas limitaciones, como las de la protección del derecho de asociación en la Primera Enmienda y su prohibición de la discriminación religiosa, aumentan ese poder. Sin embargo, los comunitaristas y otros que apelan a la comuni-

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

Éste 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 auténticamente 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, 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 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 se espera que se basen en principios, y no en el peso de los números o las diferencias de influencias políticas. Si bien el proceso político que conduce a una decisión legislativa puede ser de muy alta calidad, muy a menudo no lo es, según lo demuestran los recientes debates en Estados Unidos sobre la reforma del sistema de salud y el control de armas. Incluso cuando el debate es iluminador, asimismo, 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 sobre *Roe vs. Wade*, con todo su resentimiento y violencia, podría haber producido una comprensión mejor de la complejidad de las cuestiones morales que lo que la política por sí sola podía haber generado.

Quiero sugerir que el control judicial de constitucionalidad puede proveer un tipo superior de deliberación republicana sobre algunas cuestiones, como una tentativa o como una posibilidad, aunque no creo que tengamos suficiente información 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, y el del debate y la deliberación contemporáneos en las legislaturas nacionales y locales, difícilmente hace de esa presuposición una presuposición 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, el hecho de que grandes cuestiones constitucionales provo-

quen 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 una técnica arcana 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 cuestiones de grandes principios políticos. Las legislaturas también son guardianes de los principios, y ello incluye a los principios constitucionales.²¹ 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 Estados Unidos.

¿Y entonces?

En una democracia que funciona decentemente, como 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 rechazaran, 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 *ésa* cuestión a un tribunal. Supongamos que la legislatura dicta una ley convirtiendo en delito que alguien queme su propia bandera estadounidense como un acto de protesta.²² 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 in-

constitucional la ley. Si la decisión del tribunal es correcta, si las leyes contra la quema de banderas de hecho violan las condiciones democráticas establecidas en la Constitución 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 que ahora hemos propuesto. Nadie ha visto disminuido su poder de participar en una comunidad que se autogobierna, porque nadie ha aumentado su poder en ese sentido. La igualdad de nadie se ha visto comprometida, porque la igualdad, en el único sentido pertinente, ha resultado fortalecida. 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 hubiera 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 la democracia que un tribunal con autoridad tome la decisión incorrecta sobre lo que requieren las condiciones democráticas, pero no más de lo que lo hace cuando la legislatura mayoritaria toma una decisión incorrecta que se permite que continúe siendo válida. La posibilidad de error es simétrica. Entonces, la premisa mayoritarista es confusa y debe ser abandonada.

Éstas 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 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 para probar si se satisfacen las condiciones para los procedimientos que ella sí prescribe.

¿Cómo debería una comunidad política decidir si las condiciones que necesita una democracia son satisfechas? ¿Debería ella tener 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 generación a generación? En el último caso, ¿cuáles deberían ser estas instituciones? ¿Deberían ser las instituciones parlamentarias mayoritarias, ordinarias, como ha indicado la constitución inglesa durante tanto 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 han discutido en este ensayo. Se ha establecido en 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 rehusar votar a favor de 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 inválidos los actos de otras instituciones por inconstitucionales es limitado: ellos tienen poder para hacer cumplir muchos de los derechos, principios y estándares creados por la Constitución, pero no todos, según esta visión.²³

La lectura moral es consecuente con todas estas soluciones institucionales 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 qué 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

que restan, las cuestiones institucionales a las que no llega la lectura moral?

No veo más alternativa que utilizar un estándar basado en los resultados, en lugar de uno basado en los procedimientos para decidirlos. La mejor estructura institucional es la calculada de manera tal que produzca las mejores respuestas a la pregunta esencialmente moral respecto de cuáles son, de hecho, las condiciones democráticas. Un conjunto de consideraciones prácticas resulta relevante, y muchas de ellas podrían argumentar fuertemente en favor de permitir que una legislatura electa decida por sí misma sobre los límites morales al poder. Pero otras consideraciones apuntan en la dirección contraria, incluyendo el hecho de que los legisladores son vulnerables a las presiones políticas de diversos tipos, tanto financieras como políticas, de forma tal que la legislatura no es el vehículo más seguro para proteger los derechos de los grupos políticamente impopulares. Puede esperarse que la gente esté en desacuerdo sobre qué estructura es finalmente la mejor, y entonces, en determinadas circunstancias, necesite un procedimiento de decisión para resolver esa cuestión, que es exactamente lo que una teoría de la democracia no puede proveer. Es por ello por lo que la construcción inicial de una constitución política es una cuestión tan misteriosa, y parece natural insistir en mayorías agravadas o 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 lograrse de otra forma.

La situación es diferente, sin embargo, 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 cuestiones de interpretación, no de invención de la nada. En esas circunstancias, rechazar la premisa mayoritarista significa que podemos buscar la mejor interpretación con una mente más abierta: no tenemos ninguna razón de principio para intentar forzar nuestras prácticas en el 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 claramente el *Bill of Rights* como una constitución de principio; si esto explica mejor las decisiones que, de hecho, toman los jueces y que el público acepta en su mayor parte, no tenemos ninguna razón para resistir esa lectura ni para luchar por otra que aparezca congeniando mejor con una filosofía mayoritarista.

1. Algunas ramas de la filosofía del derecho, incluyendo los movimientos Realistas y de los Estudios Críticos del Derecho de décadas recientes, enfatizan el rol de la política por una razón escéptica: sugerir que si la ley depende de la moral política, entonces no puede pretender fuerza, verdad o validez «objetiva». Rechazo esta afirmación escéptica, y he tratado de responderla en otra de mis obras. Véase, por ejemplo, Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986. Versión castellana: *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.)

2. *Adarand Constructors, Inc. vs. Peña*, 115 S. Ct. 2097 (1995).

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

4. Véase Antonin Scalia, «Originalism: The Lesser Evil», *University of Cincinnati Law Review*, 57 (1980), 1175.

5. Véase John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980. Versión castellana: *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997). El libro de Ely ha sido de gran influencia, no por su distinción entre enfoques interpretativos y no interpretativos de la Constitución, que felizmente no es muy utilizada actualmente, sino porque fue un pionero en comprender que algunos límites constitucionales pueden ser entendidos mejor como facilitadores, más que como comprometedores, de la democracia. Creo que estaba equivocado en limitar esta visión a los derechos constitucionales que pueden ser entendidos como fortalecedores del proceso constitucional, más que como derechos sustantivos. Véase mi artículo: «The Forum of Principle», en *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985).

6. Para una discusión general de la integridad en el derecho, véase Dworkin, *El imperio de la ley*.

7. Véase Dworkin, *Law's Empire*, 228.

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

9. Para una discusión valiosa sobre la evolución de la idea del control de constitucionalidad en Estados Unidos, véase Gordon Wood, «The Origins of Judicial Review», *Suffolk University Law Review* (1988), 1293.

10. El juez Scalia insiste en que las leyes deben hacerse cumplir según lo que sus palabras significan, en lugar de lo que muestra la evidencia histórica que los legisladores esperaban o tenían la intención de que fueran las consecuencias legales de sus leyes. Véase Scalia, «Originalism». Pero también insiste en limitar cada una de las provisiones abstractas del *Bill of Rights* a la fuerza que hubiera tenido en el momento de su sanción, de manera tal que, por ejemplo, la prohibición contra «castigos crueles e inusuales» de la Octava Enmienda, debidamente interpretada, no prohíbe los azotes en público, a pesar de que todos estamos de acuerdo hoy en que esa práctica está prohibida porque los azotes se practicaban cuando fue sancionada la Octava Enmienda. Scalia está de acuerdo con que jueces actuales no deberían considerar a los azotes como constitucionales porque eso parecería muy indignante ahora, pero sí insiste en

que las cláusulas de debido proceso y de igual protección no deberían utilizarse para invalidar leyes que eran lugares comunes cuando estas cláusulas fueron sancionadas. Su posición respecto del derecho constitucional es consistente con su teoría general de la interpretación legal sólo si suponemos que la mejor traducción contemporánea de lo que realmente dijeron los que sancionaron la Octava Enmienda no es que los castigos crueles e inusuales están prohibidos, que es lo que el lenguaje que utilizaron por cierto sugiere, sino que los castigos que eran considerados entonces como crueles e inusuales estaban prohibidos, una lectura que no tenemos razón alguna para aceptar.

11. Algunos académicos trataron de definir una estrategia intermedia en una forma que, tienen la esperanza, no requiere respuestas a estas preguntas. Ellos dicen que deberíamos observar no las opiniones o expectativas concretas de los constituyentes, como lo hace el originalismo, ni los muy abstractos principios a los que atiende la lectura moral, sino algo a un nivel intermedio de abstracción. El juez Bork sugirió, por ejemplo, al explicar por qué *Brown*, después de todo, fue correcto, que los artífices de las cláusulas de igual protección abrazaron un principio general, un principio que era lo bastante general como para condenar la segregación racial en las escuelas pese a lo que los propios artífices pensaban, pero no tan general como para proteger a los homosexuales. Pero no hay ninguna forma no arbitraria para seleccionar un nivel particular de abstracción en el que un principio constitucional puede ser formulado más allá del nivel al que el propio texto lo formula. Por ejemplo, ¿por qué deberíamos elegir como el principio intermedio uno que prohíbe cualquier discriminación entre razas en lugar de otro que permite la acción afirmativa a favor de un grupo anteriormente desaventajado? ¿O viceversa?

12. *Buckley vs. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). Más adelante en este ensayo, afirmo que el autogobierno democrático puede ser alcanzado sólo a través de un proceso político que sea deliberativo de una manera que se ve subvertida por la autorización del gasto ilimitado en las campañas políticas, particularmente para la publicidad política en la televisión. En otro artículo, afirmo que la decisión *Buckley* debería entonces ser reconsiderada por ser inconsistente respecto de la mejor concepción de lo que es la democracia estadounidense. Véase «The Curse of American Politics», *New York Review of Books*, 17 de octubre de 1996.

13. Véase, por ejemplo, Jürgen Habermas, «Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls' Political Liberalism», *Journal of Philosophy*, 92 (Marzo de 1995). Versión castellana: «Reconocimiento mediante el uso público de la razón» en *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 1996), 109.

14. John Kenneth Galbraith, *The Age of Uncertainty* (Boston, Houghton Mifflin, 1977). Versión castellana: *La era de la incertidumbre*, Barcelona, Plaza y Janés, 1982), 330.

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

16. Véase *El imperio de la ley*, y «Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court», *Alberta Law Review*, 28 (1990), 324.

17. Véase Robert Putnam, *Making Democracy Work: Civil Traditions in Modern Italy* (Princeton, Princeton University Press, 1993. Versión castellana: *Para hacer que la democracia funcione*, Caracas, Galac, 1994).

18. El argumento de los próximos párrafos es una síntesis de un argumento más extenso de mi artículo «Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court».

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

20. Véase mi artículo «Liberal Community», *California Law Review*, 77 (1990), 479.

21. Véase Dworkin, *El imperio de la ley*, capítulo 6.

22. Véase *Texas vs. Johnson*.

23. Véase Lawrence G. Sager, «Fair Measure: The Legal Estatus of Underenforced Constitutional Norms», *Harvard Law Review*, 91 (1978), 1212, y Christopher L. Eisgruber y Lawrence G. Sager; «Why the Religious Freedom Restoration Act is Unconstitutional», *NYU Law Review*, 69 (1994), 437.