

FILOSOFÍA Y DERECHO



La forma del derecho

Fernando Atria

CAPÍTULO 14

LA MORAL, LA POLÍTICA, LA CONSTITUCIÓN

Como ya hemos visto, una consecuencia de que los conceptos constitucionales sean conceptos polémicos es que no hay una diferencia suficientemente significativa entre decidir qué es lo justo (lo correcto, lo que va en el interés de todos) y decidir qué es conforme a la constitución. Por consiguiente, no puede decirse que un tribunal constitucional aplique imparcialmente normas a un caso particular. Siendo un tribunal un órgano que ejerce jurisdicción, y siendo la jurisdicción la decisión imparcial de casos particulares por aplicación de normas justificadas, un tribunal constitucional no es un tribunal. QED.

Esta conclusión se sigue del reconocimiento de la polemicidad de los conceptos constitucionales, que sirve para rechazar la idea, sobre la que se han construido tantos intentos de defensa del *judicial review*, de que hay dos órdenes de cuestiones, las jurídicas (que entonces sería competencia del tribunal respectivo) y las políticas (que estarían fuera de su competencia).

Pero la demostración del primer párrafo de este capítulo es apresurada, porque es necesario hacerse cargo de un argumento que no descansa en ningún tipo de dualismo entre lo jurídico y lo político. En efecto, a diferencia de las teorías que hemos estado discutiendo, Ronald DWORKIN sostuvo, a pesar de sus tempranos intentos dualistas, la tesis de que la jurisdicción constitucional no puede sino fundarse en el reconocimiento de que la interpretación constitucional es la búsqueda de la mejor «lectura moral» de la constitución. Al no construirse sobre la imposible distinción entre lo político y lo jurídico (cuando se trata de conceptos polémicos), la tesis dworkiniana tiene el mérito de permitirnos enfrentar derechamente el problema importante.

La tesis de la lectura moral plantea dos cuestiones preliminares. La primera es, por decirlo así, de teoría constitucional: ¿por qué tratándose de la constitución su interpretación es, en el sentido de DWORKIN, moralista? ¿Es la tesis de la lectura moral de la constitución una tesis sobre la interpretación de la constitución (por oposición, es decir, a la de la legislación), o es una aplicación a la interpretación de la constitución de una tesis general sobre la interpretación del derecho? La segunda es una cuestión propiamente institucional: ¿justifica la tesis de la lectura moral que el órgano encargado de decir cuál es la lectura correcta esté organizado como un tribunal?

Muchos críticos de DWORKIN, incómodos con la idea de hacer a un tribunal constitucional un órgano donde se tomen decisiones en términos de filosofía política, han creído que la cuestión debe ser discutida en términos de la primera pregunta, es decir, en términos de teoría constitucional. Ellos siguen buscando algo que nos permita decir que la interpretación de la constitución no es reducible a su lectura moral. Pero, en la adecuada expresión del propio DWORKIN, «*the flight from substance must end in substance*» (DWORKIN, 1985a: 33): esta estrategia es errada, porque solo la tesis de la lectura moral nos permite entender el sentido (polémico) de una constitución democrática. Paradójicamente, sin embargo, será esa tesis la que nos permitirá formular de modo más radical la objeción a la idea misma de jurisdicción constitucional, considerada desde el punto de vista institucional.

El argumento, en breve, será que precisamente porque la tesis de la lectura moral de la constitución es consecuencia de una correcta comprensión de la función que una constitución cumple en un sistema político democrático, la noción de jurisdicción constitucional es una contradicción en los términos. Para justificar esta conclusión convendrá repasar la evolución que llevó a DWORKIN a formular la tesis de la lectura moral, a partir de la distinción entre «principios» y «políticas».

1. EL FORO DE LOS PRINCIPIOS

En las páginas iniciales de *A Matter of Principle*, DWORKIN introducía los textos que serán discutidos aquí diciendo que ellos

rechazan la opinión popular pero irrealista de que las convicciones [políticas de los jueces] no deben desempeñar función alguna en sus decisiones, que el derecho y la política constituyen dos mundos completamente diferentes e independientes. Pero también rechaza la visión opuesta, que el derecho y la política son exactamente lo mismo, que los jueces que deciden casos constitucionales difíciles están simplemente votando conforme a sus convicciones personales tal como si fueran legisladores o delegados a una convención constitucional (DWORKIN, 1985b: 2).

De modo preliminar, es importante notar dos cosas: la primera es que las dos imágenes que DWORKIN pretende rechazar son precisamente las que hemos discutido en el capítulo 13: la primera afirmaría que la constitución solo excluye lo que es incompatible con cualquier comprensión de su texto (es decir, nada o prácticamente nada en las disputas políticas reales, a diferencia de las imaginarias); la segunda, que el contenido de la constitución es el significado polémico de sus conceptos, por lo que en la interpretación constitucional no hay espacio para distinguir derecho de política. Hemos visto que la primera posición implica que la constitución (al menos su «parte dogmática») nunca justificará la invalidación de una decisión política (si algo cuenta como una decisión política es porque descansa en alguna interpretación de esos conceptos), mientras que la segunda disuelve la determinación de lo que la constitución significa en las convicciones políticas del que decide. En los términos del capítulo anterior, que cuando se trata de la constitución es todo o nada.

La segunda cuestión a ser notada es una curiosa asimetría entre estas dos posiciones «extremas»: la caracterización de la segunda posición es mucho menos obvia que la primera. Anticipándose a la objeción de que la suya no es una posición que rechaza los dos extremos, sino que opta por el segundo, DWORKIN se ve forzado a añadir calificativos a su descripción: la segunda posición es una que insiste en que el derecho es *exactamente* lo mismo que la política, y los jueces votan *simplemente* conforme a sus convicciones, *tal* como si fueran legisladores o *delegados constituyentes*.

¿Cuál es el sentido de todos estos calificativos? Decidir «como legislador» puede significar dos cosas diferentes. La referencia dworkiniana a que los jueces no deciden «tal como» si fueran legisladores, creo, debe ser entendida por referencia a estas dos dimensiones de la analogía. Deciden como legisladores en un sentido, pero no en el otro, y por eso no deciden «tal como» (o «simplemente») como legisladores. El primer sentido en que alguien decide «como» legislador es que decide *el mismo tipo de cuestiones* que el legislador decide. En el capítulo 10 hemos visto que en este sentido el juez no decide «como legislador», porque mientras el objeto de la decisión legislativa es la justificación de normas, el objeto de la decisión jurisdiccional es la aplicación de normas. La tesis de la lectura moral de la constitución concede que en este sentido un juez constitucional decide «como legislador»: las normas constitucionales no son normas que puedan ser judicialmente aplicadas, por lo que decidir sobre su significado es decidir sobre qué normas son justificadas.

El segundo sentido que se puede dar a la frase «decidir como legislador» es por referencia a las exigencias de justificación de una decisión. La decisión jurisdiccional está sujeta a un estándar de justificación diverso que la decisión legislativa, y es en este sentido que un juez no decide «exactamente» como

legislador. Como un juez no decide como legislador en el primer sentido (porque su decisión es una de aplicación, no de justificación de normas), la decisión judicial en rigor no puede fundarse en consideraciones distintas a las que muestran qué es lo suyo de cada una de las partes (es decir, no decide como legislador en el segundo sentido). De ahí la tesis «irrealista» que DWORKIN dice rechazar, la que afirma que los jueces deciden tal como «legisladores». Porque si bien la Corte decide como legislador en el primer sentido (según DWORKIN), la tesis de que también lo hace en el segundo (y por eso decide «tal como» él) ignora

una distinción de capital importancia para la teoría del derecho, una distinción [...] entre dos diferentes tipos de argumentos que pretenden justificar una decisión política. Los argumentos de política [*policy*] intentan mostrar que la comunidad estará mejor, considerada como un todo, si se sigue un programa determinado [...]. Los argumentos de principio son argumentos basados en derechos (DWORKIN, 1985b: 2).

La distinción entre argumentos de principio y argumentos de política parece descansar en la misma idea que el argumento del capítulo 10: la adjudicación en sentido propio se caracteriza por recurrir solo a los primeros, no a los segundos, distinción sobre la cual se construye la institución del *judicial review*. En efecto,

el *judicial review* asegura que las cuestiones más fundamentales de moralidad política serán expuestas y debatidas como cuestiones de principio y no solo como cuestiones de poder político, una transformación que no puede tener éxito, al menos no completamente, dentro de la legislatura misma (DWORKIN, 1985a: 79).

Que el *judicial review* se construya sobre esta distinción no quiere decir que se deduzca de ella. La distinción es una tesis normativa, sobre distintos modos de justificar decisiones (por referencia a argumentos de política y de principios); que el *judicial review* es una manera de asegurar que ciertas cuestiones sean decididas conforme a principios, en cambio, es una tesis institucional, sobre cómo organizar potestades jurídicamente constituidas. La manera genérica de vincular ambas es, como se ha explicado en el capítulo 7, entender que la estructura media la función. La primera tesis identificaría la función del *judicial review*, la segunda la estructura en la que esa función se encarnaría institucionalmente, el modo en que la improbabilidad de esa función se neutraliza.

Veremos que, pese a su justificación del *judicial review* como forma institucional, DWORKIN discute el problema más en términos de función que en términos de estructura, y por eso en nuestra discusión tendremos que comenzar por la consideración funcional del problema. Luego habremos de volver la vista sobre su dimensión estructural.

2. PRINCIPIOS Y POLÍTICAS

La distinción entre principios y políticas aparece por primera vez (aunque de un modo completamente incidental, es decir, «a pesar de que ninguna parte del presente argumento dependerá de esta distinción») en «El modelo de las reglas», que entendía que una política [*policy*] era «un estándar que fija una finalidad a ser alcanzada, generalmente una mejora de las características económicas, políticas o sociales de la comunidad», mientras un principio era «un estándar que debe ser obedecido [...] porque es una exigencia de la justicia o de la equidad [*fairness*] o alguna otra dimensión de la moral» (DWORKIN, 1977b: 22).

Es decir, la distinción entre principios y políticas es una distinción entre decisiones justificadas por referencia a «alguna dimensión de la moral», y decisiones justificadas por referencia a finalidades a ser alcanzadas, en un sentido en que alcanzar esas finalidades no es exigido por una dimensión de la moral (porque en ese caso la distinción colapsaría). Como en «El modelo de las reglas» la cuestión era irrelevante (por incidental), DWORKIN no necesitaba preocuparse de esos casos en los que la distinción entre principios y políticas podía colapsar, como lo haría cada vez que «alguna dimensión de la moral» exigiera lograr alguna finalidad. La diferencia entre una distinción que «puede colapsar» (DWORKIN, 1977b: 22) en ciertos casos y una distinción falsa (en el sentido de inexistente) es que la primera al menos en algunos casos importantes se sostiene. Cuando «alguna dimensión de la moral» exige obtener una finalidad, la distinción colapsa. Cuando hay espacio para decidir perseguir una finalidad no porque esta sea exigida por alguna dimensión de la moral, sino por otra razón, la distinción se mantiene.

La pregunta en este punto debe ser: ¿qué tipo de justificación es capaz de proveer la referencia a una finalidad cuya obtención no se funda en «alguna dimensión» de la moral? Es difícil evitar la conclusión de que los argumentos de política son una categoría residual: sirven para justificar decisiones respecto de cuestiones moralmente indiferentes. Que algo sea moralmente indiferente en este sentido quiere decir que se trata de un problema cuya solución, precisamente, no es exigida por ninguna dimensión de la moral (así por ejemplo, el argumento de ALEXY discutido más arriba sostendría que la elección entre los dos sistemas posibles de estructurar un sistema educacional es una cuestión de política, no de principios, en la medida en que supone que ambas alternativas están dentro del «campo de acción» del legislador porque son constitucionalmente indiferentes. Ninguna de ellas es exigida por «ninguna dimensión» de la constitución). Y por lo mismo, se trata de decisiones que no pueden ser calificadas, en cuanto a su contenido, como («moralmente») correctas o incorrectas.

Precisamente, como está dicho, porque en «El modelo de las reglas» la cuestión es planteada de modo incidental (y porque la caracterización de los

«principios» parece orientada no a distinguirlos de las políticas, que es lo que nos interesa ahora, sino de las reglas, que es lo que en ese artículo era central) es difícil determinar hasta dónde estaría DWORKIN dispuesto a llegar aplicando la distinción como ella aparece ahí. Pero lo que en ese artículo era incidental pasa a ser, en «Casos difíciles», la cuestión central. Ahora la distinción aparece formulada ya en los términos en que sería utilizada en *A Matter of Principle*, pero no como parte de un argumento sobre el *judicial review*, sino sobre la función judicial. DWORKIN llama a ese argumento la «tesis de los derechos», que sostiene que «las decisiones judiciales aplican derechos políticos existentes» (DWORKIN, 1977a: 87).

Para que la distinción pueda desempeñar el rol fundamental que ahora DWORKIN le asigna, ella debe ser mejorada¹. Ahora, en efecto, un argumento de política «justifica una decisión política mostrando que ella avanza o protege alguna finalidad colectiva de la comunidad como un todo», mientras los argumentos de principios lo hacen «mostrando que la decisión respeta o asegura un derecho individual o de un grupo» (DWORKIN, 1977a: 82). Para explicar la noción de «finalidades» y «derechos» en este sentido, DWORKIN recurre a la noción de «objetivo como una justificación política genérica» (DWORKIN, 1977a: 91). Los objetivos políticos pueden ser agregativos o individualizados, y ahí radica la diferencia entre finalidades y derechos, entre políticas y principios:

Un individuo tiene un derecho a alguna oportunidad o recurso o libertad si cuenta a favor de una decisión política que la decisión probablemente avanzará o protegerá el estado de cosas en el cual él goza del derecho (incluso cuando no avance otro objetivo político y retarde la consecuencia de algún objetivo político) y cuenta en contra de esa decisión que ella retardará o pondrá en peligro ese estado de cosas (incluso si eso sirve a algún otro objetivo político). Una finalidad es un objetivo no individualizado, esto es, un estado de cosas cuya especificación no requiere ninguna oportunidad o recurso o libertad para individuos particulares (DWORKIN, 1977a: 91).

A diferencia de la caracterización incidental contenida en «El modelo de las reglas», la de «Casos difíciles» parece reconocer valor justificatorio a los argumentos de política. En efecto, ya no sostiene que cualquier estándar exigido por «alguna dimensión de la moral» es un principio. Por consiguiente, podría pensarse que hay dimensiones justificatorias de la moral que no constituyen principios, y esas serían las políticas. Por eso ahora DWORKIN puede decir

¹ Y DWORKIN sostiene que la formulación de «Casos difíciles» es mejor que la anterior: «Entre otras virtudes [la nueva formulación] evita que la distinción colapse bajo los supuestos (artificiales) descritos en el artículo anterior» (DWORKIN, 1977a: 82n1). El artículo al que hace referencia es «El modelo de las reglas (I)». No está claro qué quiere decir DWORKIN con la idea de que las condiciones bajo las cuales la distinción de ese capítulo colapsaba eran «artificiales». La distinción, ha de recordarse, colapsaba cuando podía sostenerse que una finalidad era requerida por «alguna dimensión de la moral», y no parece haber nada de artificial en esa idea.

que «la justificación de cualquier programa legislativo de cierta complejidad requerirá ordinariamente ambos tipos de argumentos» (DWORKIN, 1977a: 83). Sin embargo, las apariencias son engañosas. En primer lugar, desde luego, el concepto mismo de «derecho» parece implicar una jerarquía justificatoria como lo muestran las observaciones entre paréntesis de DWORKIN en el pasaje citado, que son notoriamente asimétricas: los argumentos de política solo pueden justificar una decisión cuando no hay argumentos de principio que la desaprueben (lo que parece entonces sugerir que el conflicto entre principios y políticas es un conflicto entre consideraciones morales y consideraciones de, por ejemplo, oportunidad o conveniencia). Pero lo que más perspicuamente muestra la continuidad entre los dos artículos es que, en ambos, las «políticas» no admiten respuesta correcta (es decir, no son susceptibles de, ni reclaman, ser sustantivamente correctas).

En otras palabras, un argumento de política, a diferencia de uno de principio, no justifica una decisión porque sea correcto (porque no hay un criterio «objetivo» en virtud del cual pueda decirse que es correcto), sino porque ha sido adoptado por un órgano (suficientemente) representativo. Lo que justifica la decisión no es el argumento de política, sino el hecho de que ella ha sido adoptada a través del procedimiento adecuado. Para decidir si una decisión política está justificada, entonces, es necesario proceder en dos pasos: en el primero ha de determinarse si hay un argumento de principio que la excluya; de no haberlo, habrá que reconocer que la decisión está justificada en la medida en que haya sido adoptada por quienes representan los intereses que pretende avanzar. El argumento de política, como argumento, *no cumple función justificatoria independiente alguna*, salvo negativa (por eso DWORKIN usa intercambiamente «argumentos» y «decisiones» de política): su aplicabilidad solo marca el campo en que no hay ni puede haber necesidad de justificación sustantiva. Que no hay respuesta «objetiva» a la pregunta de si la decisión es sustantivamente correcta es lo que se quiere decir al decir que no hay argumentos de principio aplicables.

Esto implica que, en la medida en que un órgano legislativo (por ejemplo) adopte una decisión justificada por consideraciones de política, ella no puede ser criticada por incorrecta (en el mismo sentido en que no puede objetarse como «incorrecto» el precio libremente acordado por las partes en un contrato de compraventa: si el valor de las cosas está dado por lo que cada uno está dispuesto a dar por ellas, y si las partes han acordado un precio de venta libremente y sin coacción, no hay un punto de vista desde el cual afirmar que el acuerdo de las partes es «incorrecto» en tanto fija mal el precio de la cosa). La decisión solo es susceptible de ser calificada de correcta o incorrecta en la medida en que se refiere a cuestiones que afectan, de un modo u otro, a derechos.

Si tratándose de decisiones de política no hay espacio para argumentar su corrección o incorrección sustantiva, ¿cómo pueden ellas justificarse? La

respuesta es la de DWORKIN: solo procedimentalmente. Cada ciudadano tiene una función de utilidad, es decir, un conjunto de preferencias ordenadas jerárquicamente (estas funciones de utilidad son inconmensurables, y por eso no hay respuesta a la pregunta de cuál es la decisión de política que es, en sí, *correcta*). La decisión de política mira a satisfacer esas preferencias en la mayor medida posible, para lo que necesita agregarlas. Esta es la función de los procedimientos de decisión explícitamente «políticos»: conjuntos de ciudadanos con funciones de utilidad suficientemente parecidas luchan entre sí para que el legislador tome en cuenta esas preferencias. Mientras más ciudadanos tengan una determinada función de utilidad, más fuerza podrá acumularse en apoyo de la decisión correspondiente. Que una decisión de política esté justificada quiere decir que ella es la que satisface la mayor cantidad de preferencias entre las opciones alternativas. Esto implica que los «argumentos» de política solo justifican decisiones cuando es suficiente justificación el hecho de que hayan sido tomadas mediante el procedimiento adecuado. En efecto,

está lejos de ser claro que las comparaciones interpersonales de utilidad o preferencia, a través de las cuales tales compromisos podrían hacerse objetivamente, tienen sentido incluso en teoría; pero en cualquier caso no hay ningún cálculo apropiado disponible en la práctica. Las decisiones de política deben en consecuencia tomarse a través de la operación de algún proceso político orientado a producir una *expresión adecuada de los diferentes intereses* que deberían ser tomados en cuenta².

Esto implica, respecto de las decisiones «de política», una forma de emotivismo político, caracterizada por la reducción de la legitimación material a la orgánico-personal. Por eso, es difícil no notar que en estos términos la posición de DWORKIN es una instancia de los que Judith SHKLAR llamó «legalismo»:

La política es considerada no solo como algo aparte del derecho, sino que inferior al derecho. El derecho tiende a la justicia, mientras que la política mira solamente a la conveniencia. El primero es neutral y objetivo, mientras la segunda es la hija descontrolada de intereses e ideologías [SHKLAR, 1986: 111 (125)].

DWORKIN podría intentar rechazar el cargo, apuntando que la distinción entre principios y políticas no lo compromete con la tesis de que las decisiones «políticas» son decisiones fundadas en argumentos de política y las judiciales en argumentos de principios. Después de todo, como hemos ya visto, «la justificación de un programa legislativo mínimamente complejo ordinariamente requerirá argumentos de ambos tipos» (DWORKIN, 1977a: 83).

Pero esto no es suficiente. El proceso político no contiene mecanismos institucionales a través de los cuales la distinción entre principios y políticas

² *Ibid.*: 85 (cursiva agregada). Nótese que ahora se trata de *decisiones*, no de *argumentos* de política.

pueda manifestarse. La distinción solo aparece cuando un reclamo es reconocido en la deliberación política como uno que se funda en principios que por eso derrota las objeciones fundadas en consideraciones de política. Pero no hay garantía institucional de que los intereses que apoyan el segundo no podrán reunir tras sí suficiente fuerza política para derrotar al primero. La explicación que Walter White, director de la NAACP, recibió de Franklin D. Roosevelt para justificar su negativa a apoyar el proyecto de ley contra el linchamiento que el primero promovía, ilustra esta situación:

«Pero yo no elijo las herramientas con las que debo trabajar», me dijo. «Si pudiera elegir las habría seleccionado unas completamente diferentes. Pero debo hacer que el Congreso apruebe legislación que es necesaria para salvar a América. Los representantes del sur dirigen u ocupan puestos estratégicos en la mayoría de las comisiones del Senado y de la Cámara. Si yo apoyara ahora el proyecto contra el linchamiento, bloquearían cada proyecto que yo enviara al Congreso para evitar que América colapse. Es un riesgo que simplemente no puedo correr» (reproducido en KLUGER, 1975: 166).

El problema aquí es que la distinción que DWORKIN quiere hacer no puede manifestarse institucionalmente en la deliberación política porque (de nuevo) carece de forma: lo que distingue un argumento de política de uno de principios es su contenido. Pero entonces, ¿cómo evitar que las cuestiones de principio sean *tratadas* como cuestiones de política, es decir, como preferencias que han de ser agregadas? Los reclamos basados en argumentos de principio aparecerán en la deliberación legislativa, después de todo, como el reclamo de un grupo, habitualmente el grupo cuyos derechos están siendo afectados (la preferencia, por ejemplo, de las potenciales víctimas de linchamientos). ¿Cómo distinguir entre ese reclamo y el reclamo de otro grupo que manifiesta su preferencia en sentido contrario (los reclamos de los que se oponen a las medidas propuestas contra el linchamiento, alegando por ejemplo que ellas dificultan sus formas tradicionales de vida)? Cuando la cuestión es puramente «de política», la solución adecuada es que las preferencias de todos los potencialmente afectados sean sumadas, y que la decisión refleje la fuerza política reunida detrás de cada alternativa. La razón por la que esta solución es adecuada tratándose de estos problemas, es que el hecho de que una alternativa reciba más apoyo que otra quiere decir que esa preferencia es respaldada más intensamente o por más ciudadanos que la otra. Esto es la reducción de la legitimación material a la orgánico-personal: si quien decide está orgánico-personalmente legitimado para representar las preferencias de los individuos afectados por la decisión, su decisión estará por eso mismo inmediatamente legitimada.

Pero si se trata de una decisión de principios la cuestión es diferente: ahora sí hay decisiones que son correctas o incorrectas con «prescindencia» del procedimiento, por lo que la decisión no puede ser entendida solo como una declaración de voluntad auto-justificante. Importa menos que ella sea represen-

tativa de las preferencias de los individuos, y más que ella sea sustantivamente correcta. Ahora el hecho de que una opción sea capaz de reunir en su respaldo más fuerza política no significa que esa opción sea la correcta, pues ahora sí hay un criterio de corrección independiente del procedimiento. Por eso, la legitimación orgánico-personal del que decide no es suficiente para legitimar materialmente la decisión. Esto nos permite llegar a la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, en un pasaje que ya fue citado más arriba:

El *judicial review* asegura que las cuestiones más fundamentales de moralidad política serán expuestas y debatidas como cuestiones de principio y no solo como cuestiones de poder político, una transformación que no puede tener éxito, al menos no completamente, dentro de la legislatura misma (DWORKIN, 1985a: 70).

Nótese que la distinción entre «cuestiones de principios» y «cuestiones de poder político» es la misma distinción que la hemos estado discutiendo entre «argumentos» de principios y «argumentos» de política. La revisión judicial asegura que el conflicto político, constituido por el choque de preferencias inconmensurables entre sí, esté sujeto al derecho, en el mismo sentido en el que veíamos que el derecho sujeta un conflicto entre partes de un contrato. «Sujetar» significaba, recuérdese, que la interpretación de las reglas aplicables hecha por el más poderoso no la hace por eso la interpretación «correcta». «Sujeto al derecho» quiere decir que ese juego de enfrentar preferencias incompatibles y encontrar un compromiso suficientemente adecuado solo será permisible en la medida en que proceda dentro de los límites fijados por el respeto a los derechos.

La tesis de DWORKIN es que la revisión judicial asegura que las cuestiones fundamentales serán tratadas como cuestiones de principio. Pero esto supone mucho, incluso si lo leemos caritativamente y entendemos que «asegura» no quiere decir más que «hace probable». Porque la cuestión discutida no es si las decisiones de órganos como el parlamento pueden legítimamente fundar en argumentos de política decisiones que infringen derechos. Este punto no es controvertido (en especial porque no dice nada todavía respecto de cuáles son esos derechos). La cuestión es qué hay en la revisión judicial que asegura o hace probable un foro de principios. La cuestión es institucional, no sustantiva. En otras palabras, la pregunta deberá ser: ¿por qué esa transformación puede tener éxito en la Corte Suprema y no puede (o al menos no completamente) dentro de la legislatura misma?

3. LA «TESIS DE LOS DERECHOS»

Antes de eso, sin embargo, debemos notar que la distinción entre argumentos de principio y argumentos de política era un argumento para defender lo

que en «Casos difíciles» DWORKIN llamó la «tesis de los derechos», es decir, la tesis de que «las decisiones judiciales en casos civiles, incluso en casos difíciles [...] característicamente son y deben ser generadas por principios, no por políticas» (DWORKIN, 1977a: 84). Como ya se ha observado, parece ser una manera diversa de explicar la misma idea defendida en el capítulo 10, en tanto los argumentos de principio excluyen consideraciones instrumentales en las que, precisamente, los argumentos de política consisten. Adjudicar conforme a razones de principio es dar a cada uno lo suyo. Pero hay una importante diferencia. DWORKIN siempre entendió que la exigencia de que los jueces decidan conforme a principios y no conforme a políticas es una idea política importante, pero extrínseca a la adjudicación. Es, por así decirlo, una exigencia normativa. El argumento del capítulo 10 era distinto: adjudicar es dar a cada uno lo suyo, lo que, en los términos de ese capítulo, supone la impertinencia en principio de los argumentos de política. Pero esa exclusión no se sigue de que haya una exigencia política que limite los recursos argumentativos a los cuales los jueces en principio pueden echar mano. Decidir conforme a principios (en los términos en que esa expresión está siendo utilizada ahora) es decidir como juez³.

Esto necesita ser explicado con algo más de detalle. El punto central es que, aunque parezca extraño, DWORKIN no tiene una teoría de la adjudicación. Desde luego, la tesis de los derechos cumple una función similar, pero su insuficiencia queda en evidencia cuando la pregunta es ¿a quién alcanza? La tesis es, desde luego, sobre las decisiones judiciales, pero por eso ella misma no puede mostrar, sino supone, qué es lo que hay en las decisiones judiciales que solo derechos pueden justificarlas. Y esto tiene una consecuencia problemática: la tesis de los derechos no permite especificar sus condiciones de aplicabilidad. ¿Qué decisiones son tales que, para los efectos de la tesis, han de ser entendidas como judiciales? Lo que explica este déficit es una fisura entre función y estructura que solo puede salvarse pagando el precio de convertir al argumento en uno hortatorio, moralista.

Para una teoría de la adjudicación, el punto de partida no puede ser una exigencia normativa dirigida al adjudicador. La pregunta inicial ha de ser: ¿qué es adjudicar, y por qué es importante? Ya hemos visto que adjudicar es dar a cada uno lo suyo, lo que implica: *a)* sujeción a la ley, y *b)* exclusión de consideraciones instrumentales. Pero nótese que aquí *a)* y *b)* no aparecen como exigencias normativas, sino como una explicación de qué es aquello en lo que consiste adjudicar.

La razón por la que DWORKIN ofrece una exigencia normativa en vez de una teoría de la adjudicación es, como ya hemos observado, que su preocupa-

³ Es importante mantener presente que aquí «principio» se opone a «política», porque desde luego la noción de principio que se asocia más fácilmente con el nombre de DWORKIN es la que se opone a «regla».

ción central no es entender el proceso judicial o la potestad jurisdiccional, sino justificar el poder de la Corte Suprema norteamericana para llevar adelante un programa como el de la Corte Warren. Y el problema es más grave porque esa justificación debe construirse alrededor de decisiones como la de *Brown v. Board of Education*, que ha adquirido el estatus de paradigma por referencia al cual cualquier explicación de la potestad de la Corte Suprema ha de ser juzgada. Pero no hay manera de entender que lo que la Corte Suprema decide en casos como esos puede ser asimilado teóricamente a la decisión de un juez que decide sobre la nulidad de un contrato. O, al menos, no es posible hacerlo de modo que la teoría no pruebe demasiado, de modo que lo que caracteriza una decisión judicial pasa a ser común a toda decisión de un órgano público⁴. Faltando una teoría como esa, DWORKIN carece de respuesta a la pregunta de qué decisiones son las que son alcanzadas por la tesis de los derechos, y no tiene alternativa sino dar una respuesta nominal: alcanza a todo órgano denominado «tribunal».

¿Qué es lo que ha llevado a DWORKIN (a la teoría del derecho norteamericana, en realidad) a esta situación? ¿Por qué no reconocer, de modo cándido, que las decisiones de la Corte Suprema que los liberales celebran no son decisiones judiciales sino decisiones explícitamente políticas? ¿Por qué, en otras palabras, no formular una teoría que agrupe a un lado decisiones como las de un juez que declara la nulidad de un contrato y al otro la decisión de *Brown v. Board of Education* y el congreso norteamericano al aprobar la ley de derechos civiles? La respuesta es evidente: la calificación de una decisión de la Corte Suprema como legislativa no es una cuestión solo de conceptos. Significa conceder que cuando la Corte Warren tomó esas decisiones estaba usurpando un poder que no le correspondía, un poder que lo tenía solo el Congreso. Como hemos observado, esta fue la objeción de la derecha norteamericana al «activismo judicial» (cuando objetaba el activismo porque este era «liberal»). Esto empuja a formular teorías que encuentran lo decisivo de la función judicial en lo que es común al juez y a la Corte Suprema; pero como lo que la Corte Suprema hace es (al menos en los casos de más alto perfil) indistinguible de lo que hace el Congreso, esas son teorías que no pueden sino negar la especificidad de la función judicial, y que terminan declarándola por *fiat*.

El precio que se paga por este movimiento es el precio de todo formalismo: el de entender, aquí, que la tesis de los derechos no está internamente conectada con la idea de (por ejemplo) discursos de aplicación por oposición a los de justificación; el precio de asumir, dicho de otro modo, que no hay un concepto funcional de jurisdicción, por lo que solo es posible hacer referencia

⁴ Como lo termina haciendo Michael DETMOLD, quien cree que es la «imparcialidad» la que define la posición de un tribunal (DETMOLD, 2001: 136-137). Pero la idea de imparcialidad (al menos entendida como la afirmación positiva correlativa de la proscripción de la arbitrariedad) es algo que caracteriza a las potestades públicas frente a las privadas.

a una caracterización estructural, que deviene entonces nominal. Al formular la tesis de los derechos como una exigencia normativa dirigida a todo órgano denominado «tribunal», DWORKIN en los hechos elimina el espacio de la adjudicación.

En términos del argumento hasta ahora, decidir «conforme a principios» es decidir mediante la aplicación del derecho vigente y con la única finalidad de dar a cada uno lo suyo. Esto quiere decir que la adjudicación tiene constitutivamente un momento no-político, es decir, solo es posible en la medida en que, en algún sentido suficientemente relevante, los estándares conforme a los cuales se decide no son objeto de la discusión. El argumento del capítulo 10 explicaba esto usando la distinción entre justificación y aplicación de normas, y de esa distinción resultaba una manera de caracterizar la jurisdicción que tenía como corolario una tesis como la de DWORKIN.

La importancia de las decisiones judiciales, vimos entonces, es que ellas eran decisiones en las que lo que estaba en juego era la posición de un individuo particular, decisiones tratándose de las cuales el hecho de que el caso fuera decidido en sus propios términos y no como un instrumento (= que el juez decidiera como juez), era un reconocimiento de su dignidad. Decir que lo específico de la jurisdicción, entonces, es que ella está sujeta a una exigencia de decisión conforme a principios es tomar la conclusión como premisa. El punto de partida es el encuentro del juez con el particular, la necesidad de vadear lo que DETMOLD denominaba «el vacío de particularidad» (DETMOLD, 1989). Ese vacío solo puede ser vadeado en la medida en que las normas conforme a las cuales el juez decide son normas del sujeto al que se le aplican. La pregunta central de una teoría de la jurisdicción es la pregunta acerca de cómo vadear el vacío de particularidad. La «tesis de los derechos» dworkiniana es parte de una respuesta a esta pregunta.

Pero DWORKIN, y la doctrina norteamericana en general, no pueden siquiera formular así el problema, porque para ellos la cuestión más urgente que debe explicar una teoría de la jurisdicción es en qué sentido las decisiones constitucionales de la Corte Suprema son jurisdiccionales. Los casos en los que se discute la constitucionalidad en abstracto de una ley (o doctrina, como «separados pero iguales») constituyen «casos *centrales* y políticamente importantes de adjudicación constitucional»⁵. Ellos son, entonces, *paradigmas* de adjudicación. Pero si el argumento del capítulo 10 es correcto, ellos en ningún caso pueden ser paradigmas, casos centrales, porque respecto de ellos falta el elemento fundamental de la jurisdicción: lo que está en discusión no es la aplicación de una norma general a un caso particular, sino la determinación de cuál es el significado de nuestros compromisos constituyentes que

⁵ DWORKIN, 1977c: xii (cursiva agregada), en referencia a lo discutido en el capítulo 5 de ese libro, «Casos constitucionales».

los desarrolla de manera más plena. Por consiguiente, una teoría del derecho que comienza desde la adjudicación constitucional es incapaz de entender la dimensión constitutiva de la distinción entre justificación y aplicación, entre legislación y jurisdicción.

4. INTEGRIDAD EN EL DERECHO

En «El modelo de las reglas» (cuyo título original era «¿Es el derecho un sistema de reglas?»): DWORKIN, 1968) DWORKIN criticaba al positivismo en general y al hartiano en particular el hecho de que eran teorías, podríamos decir, de las condiciones formales de validez de las normas, que se desentendían de su aplicación. Para el positivista la pregunta «¿qué es el derecho?» es una pregunta sobre validez de normas: «¿Cómo puede determinarse que una norma es válida en un sistema jurídico?». La cuestión ulterior de aplicación, es decir, «¿qué es lo suyo de cada uno en particular dadas las normas abstractas que satisfacen las condiciones de validez?», es una pregunta que, o se responde inmediatamente (precisamente negando la posibilidad de la impropiedad de la expresión), o no puede ser respondida por una teoría del derecho⁶. La conmoción que el artículo de DWORKIN causó se debe, en buena parte, a que identificó el problema de manera particularmente aguda: el positivismo («analítico») es una teoría del derecho como un sistema de normas, y, en tanto ignora la relevancia del problema de la adjudicación, es unilateral. Lo que DWORKIN mostró de modo notable en ese artículo es que para solucionar esta unilateralidad de la teoría no era suficiente formular una teoría de la adjudicación que complementara a la teoría del sistema de normas⁷. Pero cuando DWORKIN asumió la tarea no ya de criticar los déficits del positivismo analítico, sino de ofrecer una comprensión alternativa del derecho, en *Law's Empire*, cometió exactamente el mismo error, aunque invertido: el derecho como integridad es una comprensión del derecho en que este ya no es un sistema de reglas: las normas válidas del sistema jurídico ya no son normas válidas, son solo *hechos* que deben ser tenidos en cuenta por razones de integridad en la dimensión de *fit*.

⁶ La cuestión fue discutida en el capítulo 2: recuérdese la afirmación de KRAMER (*supra*, texto que acompaña la n. 21 del capítulo 2), y véase la explicación más precisa y detallada en ATRIA, 2002b: 167-171.

⁷ Este punto, por supuesto, fue discutido largamente. Muchos positivistas creyeron que, como la queja era que el positivismo era unilateral, él era compatible con las objeciones dworkinianas, que podrían ser acomodadas por la vía de simplemente desarrollar una teoría suplementaria (a *The Concept of Law*) sobre el razonamiento jurídico. El propio HART, como es sabido, terminó convencido de esto: «No veo por qué deban, o de hecho puedan, surgir conflictos importantes entre planteamientos tan distintos acerca de la teoría del derecho como el mío y el de DWORKIN» (HART, 1997: 229). Es interesante, en todo caso, atender a lo afirmado en el prólogo a la reimpresión de MACCORMICK, 1994: precisamente que ese libro pretendía elaborar una tal teoría suplementaria, una especie de «*companion*» a *The Concept of Law* (xiv). El propio MACCORMICK da cuenta (en 1994) de que eso, en definitiva, no fue posible, al afirmar que el argumento contra DWORKIN era «exagerado» (xvi) y que las tesis de HART ya no le parecían defendibles: «No acepto ya [las tesis de HART] como lo hacía en 1978» (xv).

Es decir, *Law's Empire* cambió un unilateralismo por otro. Si el derecho en *The Concept of Law* era un sistema de normas reconocidas por una regla de reconocimiento, normas cuya aplicación devenía problemática por razones extrínsecas a ellas (textura abierta), en *Law's Empire* es una práctica argumentativa, es decir, una forma de argumentación para decidir casos particulares. En los términos del capítulo 7, DWORKIN en «¿Es el derecho un sistema de reglas?» primero y en *Law's Empire* después mostró la imposibilidad de un concepto puramente estructural del derecho. Pero su solución fue reemplazar ese concepto por uno puramente funcional, es decir, una comprensión del derecho en la que este es pura función y no estructura. DWORKIN, entonces, cometió también el error de entender que un concepto funcional de derecho tenía que descansar en una forma atomista de funcionalismo. Esto implica dejar sin explicación la dimensión institucional del derecho. El argumento del capítulo 7 fue que las instituciones (las estructuras) cumplen una función mediadora, de modo que la sola función es, por regla general, opaca al funcionamiento normal del derecho, aunque le da sentido. Esta es la razón por la que el diálogo entre DWORKIN y HART y sus sucesores parece a veces un diálogo de sordos: el primero alegando que lo que ha mostrado es la imposibilidad de una teoría puramente estructural del derecho (porque no hay conceptos jurídicos puramente estructurales, y afirmar lo contrario es ser presa del «*semantic sting*»), y estos respondiendo que ambas teorías son compatibles (porque la estructura no es inmediatamente reducible a la función).

En *Law's Empire*, el carácter unilateral del derecho como integridad se hace evidente cuando DWORKIN intenta reconstruir el positivismo hartiano como teoría interpretativa del derecho. En la reconstrucción dworkiniana, la función (el «*point*») del derecho es justificar la coacción⁸, y la manera en que la regla de reconocimiento desempeña esa función es por la vía de proveer al súbdito de una «*fair warning*» (DWORKIN, 1986: 95). Pero la idea de *fair warning* (o de «seguridad jurídica», como se expresa en nuestra tradición) es claramente insuficiente para fundar la idea moderna de la autoridad de la ley. La seguridad jurídica solo exige previsibilidad, es decir, la posibilidad de anticipar las decisiones que en casos particulares adoptarán los órganos del Estado que administran la coacción. Pero respetar la autoridad del legislador, es decir, mostrar lealtad a la ley, no es necesariamente el modo más adecuado de garantizar la predecibilidad de las decisiones que administran coacción. En el derecho chileno, por ejemplo, «las sentencias judiciales solo tienen fuerza obligatoria en las causas en las que actualmente se pronunciaren» (art. 3 CC), es decir, carecen de fuerza de precedente. Hay un sentido bastante evidente en que esta regla disminuye o al menos puede disminuir la predecibilidad de las

⁸ DWORKIN, 1986: 93: «El derecho insiste en que la fuerza no ha de ser usada o negada [...] sino del modo en que es autorizado por derechos y responsabilidades individuales que fluyan de decisiones políticas pasadas acerca de cómo justificar la fuerza colectiva».

decisiones judiciales (porque el hecho de que se haya decidido de un modo en el pasado no es, en sí mismo, un argumento institucionalmente reconocido para decidir en el mismo sentido), aunque aumenta la relevancia de la autoridad de la ley, porque el juez no debe lealtad a decisiones judiciales anteriores, sino a la ley⁹.

En el derecho como integridad, la función del derecho es más ambiciosa que la de justificar la coacción. Como lo sostiene DWORKIN en la (notable) frase final de *Law's Empire*,

la actitud del derecho es constructiva: busca, con un espíritu interpretativo, desplegar los principios sobre la práctica para mostrar la mejor vía hacia un futuro mejor, guardando con el pasado la fe que haya que guardar. Es, finalmente, una actitud fraternal, una expresión de que estamos unidos en comunidad aunque estemos divididos en nuestros proyectos, intereses y convicciones. Eso es, en todo caso, lo que el derecho es para nosotros: para el pueblo que queremos ser y la comunidad que queremos tener (DWORKIN, 1986: 413).

DWORKIN suele recurrir a un concepto de derecho más seco cuando discute con el positivismo analítico, que cuando desarrolla el derecho como integridad. Así, ante la afirmación de RAZ de que «lo que estudiamos cuando estudiamos la naturaleza del derecho es, en buena medida, la naturaleza de nuestra auto-comprensión» (RAZ, 2005: 326), él objeta:

Soy escéptico acerca de esta pretensión [a mi juicio sobrecalentada (*overheated*)] para la teoría analítica del derecho. Si quisiéramos estudiar nuestra auto-comprensión sería mucho mejor buscar en la literatura, la política, la biografía, la psicología y las ciencias sociales. Reflexionamos sobre el carácter del derecho para saber lo que debemos hacer, no quiénes somos (DWORKIN, 2006b: 229).

Viniendo del autor de la frase final de *Law's Empire*, esta afirmación parece insostenible. Quizás es solo una forma de volver en contra del positivista analítico el carácter teóricamente espartano del que este suele jactarse. Sea esto como sea, nuestra cuestión ahora ha de ser si es o no posible entender el núcleo del argumento de *The Concept of Law* (es decir, fundamentalmente la idea de la regla de reconocimiento como criterio formal de validez) como una estructura que hace probable la «actitud fraternal» que menciona DWORKIN al final de *Law's Empire*, olvidando el recurso demasiado pobre, interpretativamente hablando, a la idea de *fair warning* como «point» del derecho. Para hacerlo tendríamos que decir que, como estructura, la regla de reconocimiento media entre el pueblo que somos y el que queremos ser, haciendo probable que reconozcamos algo como una voluntad común a pesar de que no hay entre nosotros comunidad de voluntades. Parte de este argumento ha sido vislum-

⁹ Sobre la seguridad jurídica, y la manera en que como ideal político se disuelve en el ideal del auto-gobierno, no en el de predecibilidad, véase ATRIA, 2006.

brado en el capítulo 9. En la Tercera Parte volveremos sobre esta idea, para entender cómo ella es parte de lo que significa la convivencia en libertad, es decir, sin opresión.

Como DWORKIN no está dispuesto a mirar así el contenido del positivismo hartiano (es decir, no está dispuesto a mirarlo como un concepto funcional estructuralmente mediado), no puede sino desecharlo en bloque como nominalismo jurídico (este es el argumento, como hemos visto, del aguijón semántico). Pero entonces el derecho como integridad, que descansa en la idea de que el derecho es la voluntad de la comunidad personificada, no tiene recursos para darle a la voluntad institucionalmente expresada de la comunidad (es decir, a la ley formalmente producida) un peso cualitativamente superior a la voluntad sustantivamente identificada (es decir, lo que es bueno para todos): que el legislador haya decidido algo en el pasado cuenta como un hecho que debe ser tomado en cuenta al momento de decidir hoy cuál es la mejor interpretación, pero es un hecho que, en principio, concurre al mismo nivel que el hecho de que esa decisión es incorrecta. Esta manera de entender las reglas jurídicas es incapaz de explicar en qué sentido ellas son decisiones dotadas de autoridad. Ya no se trata de que se haya corregido el unilateralismo del positivismo, sino que ha sido reemplazado por otro unilateralismo. Ahora, la teoría del derecho es el prólogo silencioso a toda decisión judicial (DWORKIN, 1986: 90). Y aunque el hecho de que lo sea no necesariamente excluye que sea también otra cosa, en *Law's Empire* DWORKIN parece asumir que la teoría del derecho no es *sino* dicho prólogo tácito. Para el derecho como integridad, el hecho de que un sistema jurídico suponga legislación es marginal. Es extraño que, mientras la idea del derecho como integridad «espera de los jueces que identifiquen derechos y deberes jurídicos, tanto como sea posible, en el supuesto de que todos ellos fueron creados por un autor único, la comunidad personificada»¹⁰, la idea de legislación (es decir, la forma institucional de identificar la voluntad del pueblo) no ocupe un lugar central. En efecto, para determinar cuáles son las decisiones de la comunidad personificada el derecho como integridad no reconoce ninguna posición especial a las formas institucionales conforme a las cuales podemos determinar qué voluntades son imputables a «nosotros», a la comunidad personificada.

DWORKIN así, inesperadamente, concurre con los autores positivistas que ataca en entender que la legislación es teóricamente irrelevante: el hecho de que un sistema jurídico reconozca la legislación como un modo de creación del derecho puede, desde el punto de vista de la teoría del derecho, ser ignorado. Y esto también explica lo que ya hemos observado: que la «tesis de los derechos» (*i. e.* que los jueces deben decidir invocando argumentos de principios y excluyendo argumentos de política) sea entendida como una *exigen-*

¹⁰ DWORKIN, 1986: 225.

cia a los jueces, es decir, como una idea externa a la jurisdicción. En efecto, para entender la jurisdicción, como hemos visto en el capítulo 10, es necesario comprender la legislación.

Como ya hemos observado, el neo-constitucionalismo entiende a la constitución como una ley. Suprema, desde luego (ese es todo el punto del neo-constitucionalismo) pero ley al fin. Pero irónicamente no puede entender la idea (moderna) de ley, y por eso no puede entender la idea (democrática) de constitución¹¹. Ya sabemos que el punto de partida de una teoría democrática del derecho es entender que «algo muy fundamental ocurre cuando un sistema jurídico admite legislación» (DETMOLD, 1989: 440). DWORKIN y los positivistas que él critica se unen en rechazar esta idea.

5. LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

Ahora podemos considerar directamente la tesis de la lectura moral, defendida explícitamente por primera vez en la introducción a *Freedom's Law*, de 1996. Lo que la tesis de la lectura moral de la constitución exige es que

todos —jueces, abogados y ciudadanos— interpretemos y apliquemos esas cláusulas abstractas [de la constitución] en el entendido de que ellas invocan principios morales de decencia y justicia [DWORKIN, 1996: 2 (101)].

Puesto de esta manera, es evidente que la idea de la lectura moral es contraria a la auto-comprensión de nuestras prácticas jurídicas (DWORKIN, desde luego, concede eso respecto de la norteamericana). La lectura moral disuelve el derecho constitucional en filosofía política, y con eso parece que reduce el derecho a la política: ella impide distinguir entre lo que es el contenido de la constitución y lo que este debería ser. Si la constitución significa lo que el intérprete quiere que signifique, entonces parece que la constitución es redundante. Dicho de otro modo: si al discutir sobre el contenido de la constitución estamos discutiendo sobre los principios de filosofía política que son correctos, entonces parece que la constitución misma no cumple función alguna.

¹¹ A pesar de toda la relevancia que la idea de entender al derecho como «la voz» de la comunidad personificada, DWORKIN en definitiva entiende a la constitución como un acuerdo sobre (entre otras cosas, es de suponer) qué cuestiones han de quedar entregadas al juego de la mayoría y qué cuestiones han de ser removidas de dicho juego. Pero, por supuesto, ese acuerdo es, a su vez, un acuerdo adoptado políticamente. «Esta es la razón por la cual la dictación inicial de una constitución es un asunto tan misterioso» [DWORKIN, 1996: 34 (136)]. DWORKIN cree que el «misterio» solo alcanza al momento en que la constitución es dictada: «La situación es diferente, sin embargo, cuando estamos interpretando una práctica constitucional establecida, no comenzando una nueva». La diferencia estriba en que, cuando puede darse por sentado una práctica constitucional establecida, la constitución ya puede ser entendida como una ley. Pero eso pasa sobre el problema de la constitución como decisión constitutiva. Veremos en el apartado siguiente las consecuencias. Sobre la constitución y su sentido constitutivo (y el momento «misterioso» del inicio), véase ATRIA, 2007c, y para su relevancia en la discusión constitucional chilena, ATRIA, 2013a.

Toda la relevancia en la discusión estará en los argumentos sustantivos a favor o en contra de una determinada comprensión de los principios correctos de filosofía política.

Esto, a su vez, parece antidemocrático. La lectura moral de la constitución

parece erosionar la crucial distinción entre derecho y moral haciendo que el derecho no sea sino una cuestión de qué principios morales resultan atractivos a los jueces de una determinada época. Parece constreñir grotescamente la soberanía moral del pueblo mismo —tomar de sus manos y entregarle a una elite profesional—, exactamente las cuestiones más importantes y decisivas de moralidad política que el pueblo tiene el derecho y la responsabilidad de decidir por sí mismo [DWORKIN, 1996: 4 (103-104)].

Es precisamente este problema de la lectura moral lo que explica el esfuerzo que se ha invertido, como hemos visto, en formular teorías «dualistas» de la constitución (o de la interpretación de la constitución, o de la jurisdicción constitucional) que la evite, que muestre que interpretar la constitución no es decidir qué es moralmente correcto. Es mérito de DWORKIN haber causado la obsolescencia de esos términos. No hay alternativa a la lectura moral, lo que quiere decir: solo reconociendo su carácter polémico se hace justicia a los conceptos constitucionales¹². Solo habiendo llegado a este punto puede discutirse el *judicial review* como lo que realmente es: un problema institucional.

Es un error entender que el argumento de la lectura moral es de relevancia puramente local, es decir, que se explica por las peculiaridades históricas de la tradición constitucional norteamericana. Aunque en ese caso la cuestión es más evidente por lo escueto y abstracto de sus disposiciones relevantes, la lectura moral muestra precisamente lo que ha sido discutido en el capítulo 13: que las normas constitucionales son normas que cumplen una función constitutiva, por lo que especifican aquello que es común a todos los ciudadanos, y son por tanto polémicas. De esto se sigue que la determinación de su contenido concreto es siempre un juicio político: es un juicio sobre cómo deben desarrollarse en la historia esos principios fundacionales. Dicho en los términos de ese capítulo, la constitución (en lo que nos interesa aquí, que son las disposiciones sobre derechos fundamentales) tiene una dimensión constitutiva de la que la ley carece (la ley carece de ella porque la ley supone la constitu-

¹² DWORKIN ha mostrado, una y otra vez, que los intentos por formular «teorías» de la interpretación de la constitución conforme a las cuales interpretar, por ejemplo, la idea de «igual protección de la ley» (contenida en la 14.^a enmienda a la constitución norteamericana) es algo distinto que determinar cuál es la teoría sustantivamente correcta de la igual protección que están condenados al fracaso, porque no pueden evitar esta conclusión (de nuevo, *the flight from substance must end on substance*). Véase DWORKIN, 1985c y DWORKIN, 1985a, para la discusión de dos intentos de ese tipo (el llamado «originalismo» y la distinción entre sustancia y proceso defendida por ELY, 1980). La cuestión es de nuevo discutida en varios de los artículos que componen *Freedom's Law*. Por eso en *Law's Empire* la objeción más fuerte al derecho como integridad la constituya una comprensión «pragmática» del derecho, conforme a la cual «los jueces toman y deben tomar cualquier decisión que les parezca mejor para la comunidad en el futuro» (DWORKIN, 1986: 95).

ción. La ley es la voluntad de una comunidad constituida, la constitución es la decisión constitutiva).

En su dimensión constitutiva, el sentido de la constitución es hacer posible la identidad de una comunidad política, haciendo posible de esa manera el autogobierno. Dicha comprensión de la constitución, empero, es incompatible con la constitución entendida como un conjunto de reglas regulativas cuya finalidad es distribuir el código legal/ilegal. Esta es la razón por la que la constitución, entendida no como límite sino como condición de una práctica política democrática, no puede sino ser un conjunto de conceptos que no pretenden adjudicar conflicto político alguno, sino distinguir entre conflictos políticos y conflictos (abierta o solapadamente) militares, entre la política y la guerra.

La polemicidad de los conceptos constitucionales, vimos, implica que las normas constitucionales no son normas cuya aplicación imparcial pueda adjudicar el conflicto político. Los conceptos constitucionales no permiten adjudicar entre concepciones políticas de esos conceptos pues la neutralidad respecto de ellas es lo que hace probable que cumplan su función: estos conceptos pretenden que los ciudadanos puedan identificarse en ellos y deliberar en torno a los mismos, comprendiéndose, ya no como entes aislados, sino como miembros de una comunidad. Si los conceptos constitucionales pudieran adjudicar el conflicto político, este no podría ser entendido como discusión pública, y tendría que ser entendido como negociación. Veremos (en el capítulo 17) que esto es incompatible con la idea democrática. Por ahora podemos notar que el carácter democrático y deliberativo de nuestras prácticas políticas, depende, en último término, de que podamos hacer referencia a «lo común», a un espacio desde el cual podemos identificarnos como ciudadanos con igual dignidad. Constituir ese espacio es el rol que cumplen los conceptos constitucionales. Su imparcialidad es la estructura que dota de sentido a nuestra práctica política y garantiza su estabilidad. Pero, como se trata de conceptos polémicos, esa estabilidad se obtiene solo si en términos jurídicos se vacían de contenido (es decir, se vacían de contenido jurídicamente adjudicable).

¿Es esta vacuidad tan radical que excluye la posibilidad de encontrar una mejor comprensión en torno a ellos? El hecho de que los conceptos constitucionales sean en el sentido que lo hemos explicado polémicos (= jurídicamente vacíos) implica que las interpretaciones que se ofrecen de ellos no pueden reclamar para sí ser *correctas*.

La cuestión será el tema central del capítulo 17, pero por ahora basta con decir que aceptar la imparcialidad de nuestros conceptos constitucionales no niega la posibilidad de la «coacción del mejor argumento»: solo implica que el desarrollo de dichos conceptos, a través la búsqueda de su mejor interpretación (en el debate de diversas concepciones) es improbable y requiere enton-

ces forma institucional. La pregunta esencial será, entonces, no directamente por la respuesta correcta (estrategia que usaría un tribunal), sino por qué forma institucional hace probable que dicha concepción se exprese, qué tipo de problema es determinar la correcta interpretación de nuestros conceptos constitucionales. Entregarle este rol a un tribunal es entender que la posición del juez es una para la cual la mejor concepción se vuelve evidente de forma inmediata: que los jueces, en definitiva, se encuentran más capacitados que los ciudadanos para deliberar políticamente y decidir qué va en interés de la comunidad.

Ya hemos observado que la apelación al derecho a la igualdad, o al derecho a la educación, o a la libertad de enseñanza, por ejemplo, no puede adjudicar el conflicto entre neoliberales y socialistas, porque ser neoliberal o socialista *es* tener una concepción liberal o socialista del derecho a la igualdad, o a la educación, o a la libertad de enseñanza, y ambas (por hipótesis) son reconocibles como posiciones políticas y no como pretensiones que niegan radicalmente el valor de lo político (caso en el cual dejarían de ser concepciones políticas de la igualdad o el derecho a la educación o la libertad de enseñanza, y pasarían a ser, por ejemplo, un «cáncer» que corroe a la sociedad). Ahora bien, una concepción neoliberal o socialista del derecho a la educación desde luego decide el conflicto entre neoliberales y socialistas, pero es difícil ver en ella una decisión imparcial que permita al que es derrotado entender que lo fue no por la superioridad de la «fuerza» política del otro sino por aplicación de una norma común a ambos¹³. O reglas comunes o reglas susceptibles de adjudicar imparcialmente el conflicto político. *Tertium non datur*: No hay término medio, porque ¿qué podría ser un término medio? Lo hemos visto en el caso de ALEXY: la pretensión de que hay un término medio (es decir, una comprensión del derecho a la educación que sea neutral entre concepciones socialistas y neoliberales) es solo una tercera posición. Adoptarla no es ser imparcial, sino partisano respecto de esta tercera posición.

Esto es lo que significa la lectura moral de la constitución. Debemos, sin embargo, estar en guardia frente al calificativo «moral» de esa lectura. La palabra «moral» en la expresión «lectura moral de la constitución» oculta esta imposibilidad de imparcialidad. La diferencia que se insinúa entre una lectura «política» y una lectura «moral» es que la primera, a diferencia de la segun-

¹³ Aquí, la imparcialidad de una pretensión es sustantiva. El hecho de que *Brown* se haya transformado tan rápidamente en un paradigma de interpretación constitucional en Estados Unidos muestra que el reclamo de la NAACP de la inconstitucionalidad de la doctrina «separados pero iguales» pasó a ser reconocido como imparcial, es decir, uno que no suponía la mayor importancia de los intereses de los negros sobre los de los blancos, mientras que la defensa de esa doctrina es hoy reconocida como parcial a los intereses de los blancos. Hoy podemos decir que la posición de la NAACP era «imparcial» en un sentido en que la de los estados del sur no lo era. Pero como este sentido de imparcialidad es interno al debate político no es suficiente para marcar esta cuestión como una de aplicación en vez de justificación de normas.

da, es políticamente partisana. Esta distinción (la hemos visto aparecer ya de varias formas más arriba) es la que carece de sentido, porque no hay un punto arquimedeano desde el cual formular la lectura que permita reclamar para ella una imparcialidad distinta de la que es posible reclamar para una pretensión política. Por eso, veremos en el capítulo 18 que lo moral se disuelve en lo político, y por eso hablar de «lectura moral de la constitución» es lo mismo que hablar de «lectura política de la constitución». Esto no debe entenderse como un argumento en contra de la lectura «moral» (política) de la constitución. Al contrario, solo aceptándola puede entenderse la idea de una constitución de un modo no formalista o estratégico¹⁴ (como lo hace el neo-constitucionalismo que abandona el concepto de constitución y lo reemplaza por el de ley constitucional). No tiene sentido entender las cláusulas contenidas en disposiciones escritas en «un lenguaje muy abstracto y amplio» como si fueran decisiones que interpretadas «técnicamente» pueden distribuir el código legal/ilegal¹⁵. Es evidente que el «sentido natural y obvio» de «derecho a la educación» no es suficiente para determinar el contenido del art. 19, núm. 10 de la constitución chilena. La lectura «moral» (política), como DWORKIN mostró en contra de todos los dualismos, es inevitable: cualquier posición sobre cómo ha de ser interpretada la constitución supone, de modo más o menos explícito, la lectura «moral» (política).

¹⁴ Comentando la Constitución de Weimar, Carl SCHMITT sostenía: «Los políticos de partido, en contra del primer proyecto de Hugo PREUSS, han incorporado demasiadas cosas a la Constitución, particularmente a su Libro Segundo. Ahora bien, esto era absolutamente consecuente e inevitable dado el nivel de la teoría constitucional en aquel entonces. En efecto, cuando de un modo formalista se equipara la constitución con la norma legal formulada en la constitución, definiéndose esta última, a la manera formalista, como “una ley difícilmente alterable, y nada más”, es natural que todos aprovechen la oportunidad que se les ofrece de hacer difícilmente modificable aquella que les interesa de veras» (SCHMITT, 1998b: 63).

¹⁵ El lenguaje del derecho constitucional no es un lenguaje técnico, y sus tecnicismos (cuando los tiene) se demuestran a poco andar insuficiente. Ello porque «todas las áreas del derecho, incluyendo el derecho constitucional, usan dispositivos y categorías especiales inventadas en un esfuerzo de disciplinar los principios abstractos por referencia a un vocabulario técnico. Los principios se resisten a esa disciplina, sin embargo, y los dispositivos técnicos tienen una vida finita —a veces muy corta—» [DWORKIN, 1996: 35 (la versión en castellano es una traducción no de la introducción a *Freedom's Law*, sino de un artículo anterior sobre la cual esa introducción se basa. Por consiguiente, ella omite la importante sección final de la introducción (pp. 35-38), que fue agregada al hacer del artículo original la introducción a ese libro)]. El punto de DWORKIN aquí es que categorías formales como las de «*strict scrutiny*», «*rational basis review*» e «*intermediate scrutiny*», en particular en relación con la categoría formal adicional de «clases sospechosas» (que se aplica en el derecho norteamericano a toda decisión que hace diferencias entre personas por razones «sospechosas», el paradigma de las cuales es la raza), aun cuando en su momento pueden haber sido formas adecuadas de dar operatividad a la cláusula de igual protección, etc., colapsan ante programas, por ejemplo, de acción afirmativa (colapsan, desde luego, solo desde una óptica liberal; para el conservador las categorías no colapsan, sino precisamente al contrario: muestran su utilidad para identificar «técnicamente» la inconstitucionalidad de esos programas). De nuevo, nótese el esfuerzo de DWORKIN por mostrar la continuidad entre el derecho constitucional y el resto de las áreas del derecho. Pero no concuerda con la experiencia jurídica la idea de que los principios constitucionales y los principios del derecho penal y del derecho civil, por ejemplo, se resisten *igualmente* a la disciplina que la forma del derecho requiere. Hay una relación bastante evidente entre construcción dogmática y apelación directa a principios: en general, mientras más dogmáticamente urbanizada sea un área del derecho, menor es la relevancia de la apelación desnuda a los principios.

Vimos en el capítulo 13 que si se trata de un concepto polémico quien lo usa en primera persona no puede distinguir entre lo que el concepto significa y lo que debería significar. Lo mismo vale para la lectura moral, que implica que las interpretaciones constitucionales siempre tienen «finales felices». Sus críticos, dice DWORKIN, suelen objetar

que los resultados que creo que se siguen de la lectura moral, en particular para casos constitucionales, mágicamente coinciden con las posiciones políticas que yo personalmente favorezco. Como algún comentarista ha dicho, mis argumentos siempre parecen tener finales felices. O al menos, finales liberales —mis argumentos parecen apoyar las decisiones de la Corte Suprema que son en general entendidas como decisiones liberales, y rechazar, como errores, las que generalmente son vistas como decisiones conservadoras—. Esto es sospechoso, se dice, porque yo insisto en que el derecho es diferente de la moral, y que la integridad jurídica a menudo impide que un abogado encuentre en el derecho lo que quiere encontrar en el derecho. ¿Por qué, entonces, es la Constitución americana, como yo la entiendo, un triunfo tan uniforme del pensamiento liberal contemporáneo? (DWORKIN, 1996: 36).

Esta es una objeción importante, a la que veremos que DWORKIN no hace justicia. Su primera reacción es simplemente negarla: «Es un error asumir que yo creo que la constitución es exactamente lo que yo quisiera que fuera» (DWORKIN, 1996: 36). Pero esta respuesta simplemente negativa debe ser desechada. En primer lugar, para hacer justicia a la objeción ella debe entenderse por referencia a las *creencias* y no a los *deseos* de DWORKIN¹⁶. En segundo lugar, la objeción no necesita ser formulada tan estrictamente como lo hace DWORKIN (= que la constitución sea *exactamente* lo que él cree que debe ser). Basta una formulación menos exigente, conforme a la cual, en todo lo constitucionalmente importante, hay coincidencia sustantiva entre la constitución interpretada por DWORKIN y las creencias sustantivas de DWORKIN.

DWORKIN cree que puede negar que esto último sea el caso. Pero la forma en que lo niega esto es instructivamente insuficiente:

Mis argumentos en ningún caso apoyan siempre personas o actos o instituciones que yo admiro o apruebo. La parte II [de *Freedom's Law*] defiende a los pornógrafos, a los que queman banderas o marchan por los Nazis, y la parte I defiende un derecho general al aborto, aunque yo creo, por razones que he descrito en otro libro, que incluso el aborto temprano es a menudo un error ético. Tampoco leo la constitución de modo que contenga todos los principios importantes del liberalismo político. En otros escritos, por ejemplo, defiendo una teoría de la justicia económica que requiere una redistribución sustancial de la riqueza en sociedades políticas ricas. Algunas constituciones nacionales intentan estipular un grado de igualdad económica como un derecho constitucional, y algunos abogados americanos han sostenido que nuestra constitución puede ser entendida en ese sentido. Pero yo no; al contrario, he insistido en

¹⁶ La relevancia política de esta distinción será discutida en el capítulo 17.

que la integridad impediría cualquier intento de argumentar desde las cláusulas morales abstractas del *Bill of Rights*, o de cualquier otra parte de la constitución, hasta tal resultado (DWORKIN, 1996: 36).

El primer grupo de casos (pornógrafos, etc.) debe ser desechado de entrada, porque aquí paradójicamente DWORKIN comete el error característico de los críticos del liberalismo. En efecto, identifica incorrectamente su propia convicción. Lo que es exigido por sus convicciones liberales sobre la justicia (es decir, aquellas por referencia a las cuales ha de juzgarse si sus interpretaciones constitucionales reflejan o no sus convicciones) no es que haya pornografía ni que las banderas sean quemadas o que haya marchas en apoyo a los Nazi o que las mujeres aborten cada vez que puedan, sino que el derecho debe abstenerse de prohibir esas conductas de modo que ellas puedan ser expresión de la manera en que cada individuo decide construir su propia vida. ¡Es extraño tener que explicar esto a un liberal!

El segundo caso es un mejor ejemplo. Pero la posición que DWORKIN reporta sostener¹⁷ funciona en el sentido incorrecto. En efecto, no se trata de que todo lo que DWORKIN crea que la justicia exige sea imputable a la constitución, sino al revés: que la constitución (en la interpretación de DWORKIN) es un subconjunto de su moralidad política (es evidente que hay opiniones de DWORKIN sobre la justicia que no son parte de la constitución: presumiblemente, él pensará, por ejemplo, que es de justicia decir la verdad, pero que la constitución no contiene un principio al respecto). En todo caso, sin embargo, el hecho de que DWORKIN declare en 1996 que no puede encontrarse en la constitución americana fundamento para un derecho a algún grado de igualdad sustantiva puede ser explicado por un déficit de imaginación institucional explicado a su vez por consideraciones de oportunidad política, por lo que es útil o necesario en el contexto político en el que se hace esa declaración.

Pero no es necesario detenerse más en este punto, porque DWORKIN cree que la verdadera respuesta a la objeción puede concederla y volverla contra el crítico mostrando que en realidad no es una objeción:

Aunque la objeción supone equivocadamente que yo encuentro en la constitución exactamente lo que yo quiero encontrar, quiero principalmente resistirme a la otra premisa de la objeción: que es un problema para la lectura moral que quienes la acepten se encuentren con que sus viajes constitucionales tienen finales felices [...]. Es de la naturaleza de la interpretación jurídica —no solo aunque particularmente de la interpretación constitucional— buscar finales felices (DWORKIN, 1996: 36, 38).

Que DWORKIN no haya podido mostrar que la constitución no es lo que él cree que debería ser, conforme a este segundo argumento, no refuta sino con-

¹⁷ No hay aquí referencias a los escritos en los cuales constan las opiniones que ahora DWORKIN reporta, aunque presumiblemente se refiere a DWORKIN, 2002b.

firma la lectura moral. Lo extraño aquí es la presentación sucesiva de ambos argumentos. ¿Cómo compatibilizar la tesis de que no es verdad que sus propios viajes constitucionales tengan finales felices con la tesis de que los finales felices son el resultado natural de la interpretación jurídica (particularmente la constitucional)? De acuerdo a la segunda idea, cada caso en que no hay final feliz es un fracaso de la interpretación; conforme a la primera, muestra que la interpretación es interpretación y no declaración de la voluntad del que se pretende intérprete.

La pretensión de que ambas defensas son compatibles es la pretensión de que la lectura «moral» de la constitución es en algún sentido, más imparcial que una lectura «política», y que por eso ella es compatible con la aplicación judicial de la constitución: es la pretensión de que encargarles a los jueces que interpreten «moralmente» la constitución es algo distinto a que decidan como ciudadanos conscientes. Pero esto es una ilusión, como lo muestra aquí el fracaso de la primera respuesta de DWORKIN.

Su respuesta real, entonces, es la segunda. Pero al explicar por qué no es problemático que los viajes interpretativos tiendan a los finales felices, DWORKIN transforma la objeción, trivializándola:

La lectura moral fomenta que abogados y jueces lean una constitución abstracta a la luz de lo que ellos entienden que es la justicia. ¿Cómo si no podrían responder los problemas morales que la constitución abstracta les plantea? No es sorprendente ni ridículo ni sospechoso que una teoría constitucional *refleje una posición moral*. Sería sorprendente y ridículo si no lo hiciera. Solo una forma increíblemente cruda de positivismo jurídico podría producir ese tipo de aislamiento. El texto y la integridad actúan como limitaciones importantes, como he enfatizado a través de esta discusión. Pero esas limitaciones dan, forman y limitan el impacto de consideraciones de justicia, no eliminan ese impacto (DWORKIN, 1996: 37; cursiva agregada).

La objeción, recuérdese, era que la constitución (interpretada por DWORKIN) siempre decía lo que DWORKIN creía que debía decir, de modo que no había distancia entre lo que la constitución dispone y lo que DWORKIN creía que debía disponer, cuando ella es interpretada por DWORKIN. Pero ahora DWORKIN la ha transformado en una objeción distinta, una que puede ser respondida con la observación trivial (trivial a estas alturas en buena parte debido al impacto de su propia obra anterior) de que las convicciones del intérprete sobre la justicia tienen *algún impacto* en la interpretación jurídica. Es verdad que solo una forma extraordinariamente cruda de positivismo jurídico (como algunas de las que hemos discutido en el capítulo 1) podría proveer «ese tipo» de aislamiento del razonamiento jurídico. Pero no es ese tipo de aislamiento el que está bajo discusión. Lo que está bajo discusión es si hay algo que pueda proveer *algún* aislamiento del razonamiento jurídico. Cuando lo que está en cuestión es si «el texto y la integridad» son «constreñimientos» con alguna

relevancia interpretativa (es decir, si ellos excluyen *alguna* interpretación que sin ellos sería políticamente deseable), todo lo escrito por DWORKIN en *Law's Empire* acerca de la relevancia de la dimensión de *fit* (distinguida de la dimensión de *value* de la interpretación), deviene vacío en sus propios términos si DWORKIN no es capaz de producir algún caso (políticamente relevante) en que haya alguna diferencia entre lo que la constitución dispone y lo que de acuerdo a sus convicciones liberales debería disponer. La constitución se hace irrelevante (por superflua), porque la interpretación constitucional no es sino discusión sobre justicia política.

Nótese que la observación anterior no supone que la dimensión de *fit* es una dimensión pre-interpretativa, independiente de las convicciones políticas del intérprete, que limita el rango de interpretaciones posibles de acuerdo a la dimensión de *value*, como si *fit* y *value* fueran dos etapas de la interpretación de modo que la primera pudiera ser completada antes de que comenzara la segunda. DWORKIN siempre ha negado esto, y con buenas razones:

El constreñimiento que *fit* impone sobre la sustancia, en cualquier teoría operativa, es [...] el constreñimiento de un tipo de convicción política sobre otra en el juicio global mediante el cual la interpretación hace del registro político el mejor que puede ser [...]. No es el constreñimiento de hechos externos o del consenso interpersonal. Es el constreñimiento estructural de diferentes tipos de principios dentro de un sistema de principios, lo que no lo hace menos genuino (DWORKIN, 1986: 257).

El constreñimiento que impone la dimensión de *fit* es manifestación de la lealtad del intérprete con la comunidad política de la cual el derecho es la voz, y por eso es sensible a las convicciones políticas en las cuales esa lealtad descansa. Algunos críticos de DWORKIN han sostenido que esto implica que el constreñimiento de la dimensión de *fit* es falso, porque no puede operar como una dimensión limitativa de las interpretaciones posibles si no es independiente del contenido sustantivo de la interpretación¹⁸. Esta objeción es incorrecta¹⁹. El sentido del argumento dworkiniano en *Law's Empire* era mostrar que la idea de interpretación no requiere una comprensión de la dimensión de *fit* más exigente que esta; que pese a que ella no es un constreñimiento externo al proceso interpretativo, todavía puede decirse que no carece de contenido:

Quienquiera que acepte el derecho como integridad debe aceptar que la historia política de su comunidad a veces limitará sus otras convicciones políticas en cuanto a su juicio interpretativo global. Si no lo hace —si su umbral de *fit* es completamente derivativo y ajustable a sus convicciones sobre la justicia, de modo que las últimas automáticamente constituyen una interpretación ele-

¹⁸ Como lo supone, por ejemplo, la objeción de FINNIS, 1984.

¹⁹ Porque en la medida en que no es una crítica que asume la existencia de un concepto puramente «semántico» del derecho debe ser a su vez una tesis interpretativa que descansa en las convicciones políticas del intérprete (véase DWORKIN, 1986: 260). Respecto de estas, entonces, no hay escapatoria.

gible— entonces no puede reclamar de buena fe estar interpretando su práctica jurídica. Como el novelista en cadena cuyos juicios de *fit* automáticamente se ajustaran a sus opiniones literarias sustantivas, actúa con mala fe o auto-engaño (DWORKIN, 1986: 255).

En otras palabras: solo bajo el supuesto de que hay alguna distinción entre escribir un capítulo nuevo y comenzar una nueva obra, entre determinar qué es lo que la justicia exige y qué es lo que el derecho exige, es que la idea de interpretación tiene sentido. La manera ingenua en que esta condición es asegurada teóricamente es la del positivismo duro: solo es derecho lo que puede ser identificado, tanto en cuanto a su existencia como a su contenido, por referencia a hechos. Uno de las cuestiones más importantes que se siguen del argumento de *Law's Empire* es que este modo de explicar teóricamente las condiciones de posibilidad de la interpretación del derecho es incorrecta en sus términos e innecesaria. Pero el problema ahora no es el de cuáles son las condiciones de posibilidad de la interpretación jurídica como práctica social, sino de si ellas se cumplen en el caso de la interpretación constitucional. Y la lectura moral de la constitución niega precisamente esto.

Pero DWORKIN no quiere llegar a esta conclusión, y para eso, como hemos visto, reinterpreta la objeción. Esta, en los términos del párrafo anterior, es que en la interpretación de la constitución la distinción que hace posible la interpretación jurídica es insostenible, y que la lectura «moral» de la constitución explicita eso. Lo que DWORKIN debe mostrar es que esa lectura de la constitución no es una lectura, en términos de *Law's Empire*, de mala fe o con auto-engaño. Para eso tiene que mostrar que sus convicciones políticas pueden en principio ser erradas en términos de interpretación constitucional. El problema, entonces, no es que la «opinión constitucional sea sensible a la convicción política» (DWORKIN, 1986: 37), como incorrectamente DWORKIN describe la objeción, sino que la primera sea reducible a la segunda. Si la opinión constitucional es no solo *sensible*, sino *reducible* a la convicción política, entonces no hay espacio para entender la interpretación constitucional como interpretación jurídica.

El positivismo al que DWORKIN ha atacado todos estos años ha insistido siempre en la necesidad de distinguir las convicciones del intérprete de lo que el derecho efectivamente es. Precisamente por esto, insiste en que el derecho necesita poder ser identificado con independencia de sus características morales (la «tesis de las fuentes», discutida en el capítulo 1). Ese positivismo cree que si las convicciones morales del intérprete tienen algún impacto en la interpretación, es inevitable que la interpretación sea reducible a las convicciones del intérprete, porque cree que no hay diferencia entre decir que la interpretación es *sensible* a las convicciones morales del intérprete y decir que ella es *reducible* a dichas convicciones. Sorprendentemente, ahora nos encontramos con que DWORKIN sostiene esta misma tesis, aunque partiendo desde el

punto opuesto: ahora DWORKIN se defiende de quienes lo acusan de sostener que la interpretación es *reducible* a la convicción diciendo que el que formula esa acusación debe asumir, para poder formularla, que la interpretación no es *sensible* a la convicción. La tesis de *Law's Empire* era que la interpretación *es sensible pero no reducible* a las convicciones morales del intérprete. Y contra esa tesis parecen ahora unirse el positivista y el DWORKIN de *Freedom's Law*.

La cuestión ahora es: ¿Por qué la interpretación de la constitución es reducible a la convicción? ¿Qué hace que la interpretación constitucional lo sea y no lo sea la interpretación de la ley? La respuesta la hemos encontrado en la función democrática de la constitución como condición del autogobierno, que implica que los conceptos constitucionales son conceptos polémicos.

Notoriamente, DWORKIN no formula así su argumento, que descansa solo en el hecho de que las cláusulas constitucionales relevantes son «extremadamente abstractas». Quizás esta manera de fundar el argumento cumple la función de mostrar que la lectura «moral» de la constitución no es una tesis sobre interpretación constitucional, sino una aplicación a la constitución de una tesis sobre la interpretación jurídica en general (después de todo, hay cláusulas legales que también son abstractas en el mismo sentido que la enmienda XIV). Pero esto no hace sino agudizar el problema que hemos encontrado en *Law's Empire*: el derecho como integridad, entendido desde *Freedom's Law*, es incompatible con la legislación. Si la dimensión constitutiva de la constitución no es lo que explica la lectura «moral», si no hay distinción entre interpretación de la *ley* e interpretación de la constitución, si la tesis de la lectura moral de la constitución implica (o es implicada por) la tesis de la lectura moral de la legislación, la diferencia entre lo que (yo creo que) la comunidad política debe haber decidido y lo que ella ha decidido desaparece radicalmente. Entonces tenía razón el positivista duro que alegaba si la interpretación jurídica fuera sensible a la convicción moral del intérprete entonces el derecho se disolvería en la moral (política). De este modo, la interpretación jurídica no sería sino el intento de imponer mi voluntad parcial, disfrazada de interpretación de un derecho que pretende ser común, a los demás.