



UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA

ESCUELA DE DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 16 (Diciembre de 2015)

La difícil virtud de la fidelidad: Originalismo, Scalia, Tribe y Nerve*

Ronald Dworkin**¹

El próximo fin de semana Fordham tendrá una conferencia sobre fidelidad constitucional. Sería difícil pensar en un tema más tópico. Muchos de ustedes, sin duda, han oído el discurso del Senador Dole al aceptar la nominación de su partido para la presidencia, en el cual reportó “Me han preguntado si tengo un litmus test² para jueces. Lo tengo. Mi litmus test para los jueces es que... su pasión sea interpretar la Constitución en vez de enmendarla”.³ Sabemos lo que quiso decir Dole. Quiso decir que no designaría al tipo de jueces que votaron en la mayoría en *Roe v. Wade*⁴. Ni al tipo de jueces que mantuvieron la religión alejada de los colegios públicos. Designaría jueces que dejen que la gente haga lo que quiera, libres de ataduras conforme interpretación moral de la Constitución. Invitó a su audiencia a asumir que su visión era la que reflejaba el significado de tener fe en los documentos. Una de las paradojas que trataré de exponer esta noche es que las personas que Dole tenía en mente como los buenos jueces son aquellos para quienes la fidelidad a la Constitución cuenta muy poco. Y aquellos a quienes consideraría los malos jueces son, según mi punto de vista, los héroes de la fidelidad. En cualquier caso, es ese el argumento que intentaré hacer.

¹ * Me han pedido que dedique mi Levine Lecture a los temas de mi reciente libro “**Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution**” como una introducción a la conferencia sobre la fidelidad constitucional. Mi exposición fue grabada y transcrita, y lo que sigue es una versión editada de esa transcripción. Luego del Simposio sobre Fidelidad Constitucional en la Universidad de Fordham sin embargo, fue publicado el libro del Juez Scalia, “**A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**” y provee un caso de estudio tan efectivo de muchas de las interpretaciones que hago que he insertado una nueva sección III, la cual no surge de la exposición original, para discutirlo.

** El Profesor Dworkin expuso el contenido de este texto el 18 de Septiembre de 1996 como parte de las Levine Distinguished Lecture Series, una serie de exposiciones en la Escuela de Derecho de la Universidad Fordham.

² N. del T.: El Litmus Test es la ‘prueba de fuego’. Una pregunta que se le hace a candidatos, en este caso a Jueces de la Suprema Corte de Estados Unidos, y en virtud de la respuesta obtenida, quién la haga decidirá si el candidato obtendrá su voto para el cargo.

³ Senador Bob Dole, “**I Will Restore the Promise of America**”, discurso de aceptación de 1996 en la Convention Republicana Nacional (15 de agosto de 1996) en Washington Post, 16 Agosto, 1996 en A36.

⁴ 410 U.S. 113 (1973)

Debo comenzar haciendo una distinción, sin embargo, entre fidelidad al texto de la Constitución y fidelidad a la práctica constitucional pasada, incluyendo anteriores decisiones judiciales que interpretaron y aplicaron la Constitución. La interpretación constitucional apropiada requiere tanto del texto como de la anterior práctica como objeto: Los abogados y jueces enfrentados con una cuestión constitucional contemporánea deben intentar construir una interpretación coherente, basada en principios y persuasiva del texto proveniente de determinadas cláusulas. La estructura y nuestra historia conforme la Constitución - una interpretación que unifica estas distintas fuentes todo lo que pueda, y dirige la futura adjudicación. Deben buscar, esto es, la *integridad* constitucional. Entonces, la fidelidad al texto de la Constitución no termina de cumplir con la interpretación constitucional, y en alguna ocasión la integridad constitucional puede requerir un resultado que no pueda ser justificado, y que pueda incluso contradecir, la mejor interpretación del texto constitucional considerada aparte de la historia de su cumplimiento. Pero la interpretación textual es sin embargo una parte esencial de cualquier programa más amplio de interpretación constitucional, porque lo que han dicho quienes idearon la Constitución es siempre al menos un ingrediente importante en cualquier argumento de interpretación constitucional.

Me concentraré entonces en la interpretación textual. Parece apropiado en el contexto de la conferencia del fin de semana porque los abogados constitucionalistas suelen pensar que fidelidad a la Constitución significa fidelidad a su texto. Este es por ejemplo el tipo de fidelidad que el Senador Dole parecía tener en mente. Es el tipo de fidelidad solicitada por los autoproclamados “originalistas” constitucionales, como el Juez de la Suprema Corte Antonin Scalia, y rechazado por los críticos del originalismo como el Profesor Laurence Tribe. Argüiré que incluso si nos concentramos exclusivamente en la fidelidad textual, llegaremos a conclusiones radicalmente distintas de aquellas que Dole, Scalia y otros “originalistas” esperan.

La fidelidad textual es un argumento tan fuerte a favor de una amplia responsabilidad judicial de acatar los estándares morales directos que una gran cantidad de académicos constitucionales, incluyendo quienes apoyan más fuertemente al “originalismo”, de hecho argumentan *en contra* de la fidelidad textual como un estándar constitucional. Se apoyan en otros estándares y valores como sustitutos para la fidelidad. Rara vez lo ponen de ese modo. Pero si uno escucha atentamente el procedimiento este fin de semana, encontrara que el sustituto para la fidelidad es el subtexto oculto. Algunos académicos argumentarán que deberíamos intentar hallar no aquello que quienes escribieron o ratificaron la Constitución y sus subsiguientes correcciones quisieron decir, sino lo que querían y esperaban ocurriese como consecuencia de lo que decían, esto es algo muy distinto. Otros argumentarán que deberíamos ignorar el texto en si y considerar en cambio como lo entendía la mayoría de la gente a través de la historia: Argumentan, por ejemplo, que el hecho de que muchos estados hayan declarado que eran un crimen las relaciones sexuales homosexuales demuestra que la Constitución no prohíbe esa injusticia. Si mi argumento esta correctamente fundamentado, ambas son formas de ignorar el texto de la Constitución. ¿Por qué distinguidos

académicos trabajan tan duro para esquivar la Constitución? Intentaré responder a esa pregunta más adelante identificando varios argumentos que la gente podría pensar que tienen para ignorar la fidelidad constitucional.

Pero ahora debería decir que no intento asumir, desde afuera, que no hay tales puntos de partida. Es cierto que la mayoría de los ciudadanos esperan que la Corte Suprema cite la Constitución para justificar sus decisiones constitucionales. Pero distintos sectores de nuestro gobierno toman decisiones muy importantes y de gran peso para las cuales no se requiere ningún argumento de fidelidad a ningún texto ni tradición. Enviamos a hombres y mujeres a la guerra, adoptamos políticas o estrategias monetarias extranjeras, enviamos misiles a Marte, y justificamos estas decisiones basándonos en la idea de que obtendremos algo bueno de ello en el futuro- que estaremos más seguros o seremos mas prósperos o estaremos más cómodos en el universo. No deberíamos descartar, al comienzo, que aquellas justificaciones anticipadas serían mas apropiadas en una adjudicación constitucional que el argumento que se basa en la idea anterior de la fidelidad textual, particularmente dado que un juez distinguido como Richard Posner ha argumentado con gran pasión que éstos son más apropiados. Tampoco deberíamos asumir que los distintos tipos de justificación backward-looking que algunos de los académicos que mencione avalan, que apelan a la historia además del texto constitucional, no serían más apropiados. Quizás sea justificable, al menos en ciertas circunstancias, no tomar en cuenta la fidelidad.

II.

Por ahora, de todos modos, mi pregunta no es esa. Debo primero justificar lo que he mencionado respecto del significado de fidelidad al texto de la Constitución. Debo ser cuidadoso al distinguir ese tema de uno diferente con el cual usualmente se lo confunde: La cuestión institucional de a qué organismos - Cortes, legislaturas, o las personas actuando mediante referéndum- debería asignarse la responsabilidad final de interpretar que implica la fidelidad en un caso particular. Es perfectamente posible que una Nación cuya Constitución escrita limita el poder de las legislaturas, asigne la responsabilidad final de interpretar la Constitución a una institución - incluyendo la legislatura misma- distinta de una corte. Mi pregunta es previa a la cuestión del diseño institucional: ¿Cuál es la respuesta correcta a la pregunta de lo que significa nuestra Constitución, sin importar a qué o a quién se le otorga la responsabilidad interpretativa finalmente?

Tenemos un texto constitucional. No estamos en desacuerdo sobre las inscripciones del texto; nadie discute respecto de que letras y espacios la conforman. Pero, claro, identificar una serie canónica de letras y espacios es tan solo el comienzo de una interpretación. Continúa el problema

de *qué significa* cierta porción de esa serie. Hamlet le dijo a sus amigos ‘reconozco a un águila de un serrucho’. La pregunta que surge -surge para quien actúa la parte, por ejemplo- es si Hamlet usaba la palabra ‘águila’ que designa a cierto tipo de pájaro o la palabra ‘águila’ que refiere a una herramienta utilizada durante el Renacimiento. Milton mencionó, en *Paradise Lost*, a las “hordas gay”⁵ de Satán. ¿Hablaba Milton de que los discípulos de Satán estaban alegremente vestidos o de que eran homosexuales?⁶ La Constitución dice que un presidente debe tener al menos “35 años de edad”. Eso ¿significa edad cronológica o significa en cambio (lo cual resultaría alarmante para muchos políticos contemporáneos) edad emocional?

La Octava Enmienda de la Constitución prohíbe castigos ‘cruels’ e inusuales. Eso ¿refiere a los castigos que quienes la escribieron consideraban como crueles o (lo que probablemente resulte en lo mismo) castigos que fueron juzgados como crueles por la opinión popular de ese entonces? ¿O acaso significa castigos que son de hecho -según los estándares apropiados para decidir esa cuestión- crueles? La Decimocuarta Enmienda dice que ningún Estado debería negar a ninguna persona “igual protección de las leyes”. ¿Significa eso que ningún Estado puede negarle a nadie la igualdad de tratamiento que la mayoría de los estados han garantizado a través de nuestra historia? ¿O significa que ningún Estado puede perpetrar ninguna distinción que contradiga la genuina igualdad ciudadana, ya sea que los americanos hayan entendido esa contradicción previamente o no?

Debemos comenzar, según mi punto de vista, preguntándonos que -según la mejor evidencia de la que disponemos- quisieron decir los autores del texto. Este es un ejercicio en lo que he llamado interpretación constructiva.⁷ No implica mirar dentro de los cráneos de las personas que han estado muertas por siglos. Significa intentar entender de la mejor manera posible un evento histórico- alguien, o un grupo social con responsabilidades particulares, escribiendo o hablando de cierto modo en una ocasión particular. Si aplicamos ese estándar a Hamlet, es claro que debemos leer su afirmación como refiriéndose no a un pájaro, lo cual haría que suene tonto, sino a la herramienta empleada en el Renacimiento. Hamlet aseguró a sus traidores compañeros que conocía la diferencia entre distintos tipos de herramientas y sabía con qué tipo lidiaba al tratar con ellos. En el caso de las pobres hordas gay de Satán, hay motivos suficientes para creer que Milton quiso describirlas como vistosas, no homosexuales, por el hecho de que la palabra “gay” para referir a este tipo de preferencia sexual surgió siglos después de Milton. Según mi punto de vista, tenemos una tarea fácil respondiendo a la pregunta de a qué hacían referencia quienes es-

⁵ N. del T.: La palabra “gay” en inglés significa tanto alegre como homosexual.

⁶ Me encuentro endeudado con McConnell por su consejo acertado respecto de que “gaily dressed” (alegremente vestido) es una mejor traducción que “jolly” (jovial/alegre), palabra que emplee en la exposición que él oyó. Ver Michael W. McConnell, “**The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin’s ‘Moral Reading’ of the Constitution**”, 65 Fordham L. Rev. 1269, 1279 (1997).

⁷ Ver Ronald Dworkin, “**Law’s Empire**” cap. 9 (1986) -de ahora en más Dworkin, *Law’s Empire*-

cribieron que los presidentes debían tener al menos 35 años de edad. Hubiera resultado absurdo que hayan condicionado la elegibilidad para presidencia en una propiedad tan inherentemente vaga y controversial como lo es la edad emocional, y no existe evidencia de que tal hubiere sido la intención. Podemos tomar conciencia de que han dicho lo que dijeron tan solo suponiendo que deberían haberse referido a edad cronológica.

Cuando consideramos la palabra “cruel” de la Octava Enmienda, la protección igualitaria de la Decimocuarta, la libertad de expresión de la Primera, y el debido proceso de la Quinta y la Decimocuarta, sin embargo, tenemos mayores dificultades de traducción. Debemos elegir entre una lectura abstracta, moral y conforme a principios -los autores intentaban prohibir castigos que sean de hecho crueles al mismo tiempo que inusuales o querían prohibir cualquier discriminación que fuese inconsistente con la igualdad de ciudadanía- y una lectura concreta remitiéndose a la época -quisieron decir que los castigos considerados ampliamente como crueles e inusuales al momento en que hablaban, o discriminaciones generalmente entendidas como las que reflejaban distinciones injustas en aquel momento, estaban prohibidas.⁸ Si la interpretación correcta es la abstracta, entonces los jueces que intentan mantenerse fieles al texto hoy en día deben preguntarse en ocasiones si los castigos que los mismos Constituyentes no hubiesen considerado crueles - la pena capital, por ejemplo- sin embargo lo son, y si las discriminaciones que hacían los propios Constituyentes al considerarlas consistentes con la igualdad de la ciudadanía -la segregación en las escuelas por ejemplo- son sin embargo una negación de la igual protección de las leyes. Si la interpretación correcta es la que data a la época, por otro lado, estas preguntas estarían fuera de lugar, al menos como parte de un ejercicio al analizar la fidelidad textual, porque las únicas preguntas que se harían conforme un entendimiento pasado es qué es lo que los Constituyentes o la audiencia pensaba.

Si intentamos interpretar de la mejor manera posible lo que los Constituyentes discutían en aquel entonces, deberíamos concluir que ellos pretendían fijar prohibiciones e instrucciones abstractas, no atadas al entendimiento propio de la época. Los Constituyentes eran cuidadosos hombres de Estado que sabían como emplear el lenguaje que utilizaban. No podemos comprender su comportamiento si no asumimos que quisieron referirse a lo que las personas que usan las palabras normalmente querían decir - que utilizaron lenguaje abstracto porque quisieron fijar principios abstractos. Se comprenden mejor como creando una Constitución de principios morales abs-

⁸ Existe otra posibilidad conforme me ha señalado Ori Simchen: que deberíamos leer la referencia a la crueldad de la Octava Enmienda como subjetiva pero con fecha cierta, es decir que prohíba castigos que son percibidos ampliamente como crueles al momento que se imponen. Como veremos, el Juez Scalia supone que cualquiera que rechace la lectura subjetiva con fecha cierta debe adoptar una lectura subjetiva sin fecha: es por esto que insiste en que sus oponentes piensan que la fuerza de la Constitución depende de la opinión popular de un momento a otro. Pero la alternativa plausible a una lectura con fecha cierta no es una subjetiva pero sin fecha, sino una basada en principios: una que traduzca la Octava Enmienda como refiriéndose a los castigos que son realmente crueles.

tractos, no referencias codificadas según sus propias opiniones (o aquellas de otros contemporáneos) sobre la mejor manera de aplicar esos principios.

Pero la mejor respuesta a la pregunta de cómo deberían entenderse las provisiones constitucionales aparentemente abstractas y portadoras de derechos, torna la tarea de adjudicar las disputas constitucionales mucho más difícil de lo que sería si se tomara la interpretación concreta, comprensiva y con fecha cierta como la correcta. Si los estándares fueran que nosotros - ciudadanos, legisladores, jueces- debemos intentar aplicar abstractas previsiones que son estándares morales abstractos para mantener la fidelidad al texto, las preguntas que debemos hacernos y los juicios que debemos emitir serían morales. Debemos preguntarnos: ¿Qué es realmente cruel? ¿Qué requiere realmente la igualdad ciudadana? ¿Qué legislación es consistente con el debido proceso de la ley, dado que la integridad legal es la esencia del proceso de la ley, y que la integridad requiere que las libertades que nuestra cultura reconoce como un amplio principio - libertad de conciencia, por ejemplo- deben respetarse en la decisiones legislativas individuales sobre, por ejemplo, la muerte digna?

Todas estas preguntas son difíciles. Ciudadanos, abogados, y jueces no deberían intentar responderlas en una pizarra en blanco, ignorando las respuestas que otros, particularmente jueces, les han dado en el pasado. Como he dicho, cualquier estrategia de un argumento constitucional que apunte a la integridad constitucional como un todo debe buscar respuestas que se mezclen lo suficientemente bien con nuestras prácticas y tradiciones - que tengan suficiente apoyo en nuestra continua historia así como en el texto de la Constitución- para que aquellas respuestas puedan ser tomadas para describir plausiblemente nuestros compromisos como Nación. Si estuviera intentando responder a la pregunta de qué significa igualdad ciudadana como ejercicio filosófico, por ejemplo, insistiría que los ciudadanos no son tratados como iguales por sus comunidades políticas a menos que la comunidad les garantice al menos un estándar mínimo y decente de vivienda, nutrición y cuidado médico. Pero si la Corte Suprema de repente adoptara esta postura y anunciara que los Estados tienen un deber constitucional de proveer cuidado médico universal, habrían cometido un error legal, porque implicaría intentar insertar a nuestro sistema constitucional algo que, según mi punto de vista, no pertenece al mismo.

Muy a menudo, no obstante, ciertas decisiones controversiales que parecen novedosas satisfacen la prueba de encaje. Cuando la Suprema Corte decidió, en 1954, que la segregación oficial según la raza era ilegal, sin considerar las generaciones de practica en sentido contrario, no solo anunció una verdad política académica. Llamó la atención a los estándares generales de equidad que estuvieron fijos a través de nuestra historia, aunque fueron selectivamente ignorados en la práctica, estándares que condenaban las discriminaciones arbitrarias sin servir para un propósito legítimo de gobierno. La Corte pudo argumentar de manera convincente que la práctica de la se-

gregación racial era inconsistente con una lectura más amplia de los principios. Creo que lo mismo puede decirse respecto de la decisión sobre el aborto tomada por la Corte en *Roe v. Wade*⁹. En aquel caso, la Corte tuvo que preguntarse si la idea de que ciertas libertades básicas son, en cuanto a principios, inmunes a la regulación del gobierno, una idea cargada con precedentes de la Decimocuarta Enmienda, garantiza un derecho concreto a un aborto temprano.

Ofrezco estos ejemplos para que quede claro que aunque creo que el juicio moral requerido para aplicar los principios morales abstractos de la Constitución esta restringido por la historia y el precedente, en virtud de lo dispuesto por la integridad legal, es claro que no esta impedido por la historia. Permanecen inevitablemente las nuevas preguntas de principio moral -¿Es el derecho al aborto suficientemente fundamental para recaer dentro de las libertades básicas que definen el debido proceso de la ley?-. ¿Por qué no es, entonces, más fiel a la Constitución el asignar aquellas cuestiones no a jueces contemporáneos sino a aquellos que crearon y ratificaron dicho documento, al menos hasta que podamos describir o encuadrar las respuestas que nos darían? He dicho ya que debemos observar las intenciones semánticas de los autores para descubrir qué quiere decir la cláusula de la Constitución. ¿Por qué no se sigue que debemos también deferir de sus intenciones políticas -lo que asumen y esperan respecto de como las cláusulas que escribieron serían aplicadas? Si los autores de la Cláusula de Igual Protección no pensaron que las escuelas segregadas en base a la raza negaban la igualdad ciudadana, ¿por qué aquello no termina con la cuestión de que requiere la fidelidad a la cláusula?

Sin embargo, el avanzar en ese sentido implica un error intelectual serio. Resulta falaz inferir, del hecho de que las intenciones semánticas de los antiguos gobernadores invariablemente fijan lo que el documento que ellos crearon significa, que mantenerse fielmente a lo que dijeron implica aplicar el documento como ellos esperaban, ansiaban o asumieron que sería aplicado. Imagine que usted es el dueño de una gran empresa que tiene una vacante para uno de sus puestos, llama a la gerente de la compañía y le dice “Por favor complete esta vacante con el mejor candidato disponible. De paso (agrega sin guiñar su ojo, ni codearla de modo cómplice) debería saber que mi hijo se ha postulado para este puesto”. Asuma que usted está honestamente convencido de que su hijo es el candidato mejor calificado para el puesto. Asimismo, asuma que no le hubiera dado esas instrucciones a la gerente si no estuviera seguro de que era obvio para todos, incluyendo a la gerente, que su hijo era el mejor candidato. Finalmente asuma que la gerente sabe todo esto: Ella sabe que si la elección dependiere de usted, escogería conscientemente a su hijo como el candidato mejor calificado. Sin embargo, usted no le dijo que contrate a su hijo, tan solo le dijo que contrate al mejor candidato. Si a su juicio su hijo no fuera el mejor candidato disponible, entonces ella estaría siguiendo sus instrucciones al contratar a alguien mas, y desobedeciéndolas

⁹ 410 U.S. 113 (1973)

si contratara al candidato que usted quería y esperaba que ella contratara. Usted quizás la despi- da -espero que no- si ella obedeciera sus instrucciones de este modo. Pero no podría usted negar que ha sido fiel a sus instrucciones, y que no lo hubiera sido si se hubiera acatado a su visión del mejor candidato en vez de a las propias. Un agente es infiel a una orden a menos que ella intente lograr lo que la orden, propiamente interpretada, implica. Si la orden fija un estándar abstracto, ella debe decidir como se cumple tan estándar, lo cual es una cuestión distinta a la cuestión de lo que alguna persona -cualquier persona- considera cumple con el estándar. Los legisladores y jueces contemporáneos están sujetos a la misma rigurosa demanda.

III.

La cuestión de la fidelidad dominó la conferencia en Princeton el año pasado, en la cual el Juez Scalia dictó dos Tanner Foundation Lectures¹⁰, cuatro comentaristas expusieron sus contestaciones a las mismas, y el Juez Scalia nuevamente se expidió respecto de esas respuestas. Los procedimientos han sido publicados (luego de que algunos de los participantes editaran y expandieran sus visiones originales) en un volumen llamado “A Matter of Interpretation”¹¹. Los comentarios de dos de los participantes -Scalia y el Profesor Tribe- ilustran tanto la dificultad como la importancia de la distinción que he expuesto -la distinción entre la intención semántica (lo que los constituyentes quisieron decir) y la intención o expectativa política (lo que esperaban ocurrir- se como consecuencia de que lo dijeron).

En mis propios comentarios en la conferencia de Princeton emplee la distinción para con- trastar dos formas de lo que Scalia consideró como “originalismo”: el “originalismo semántico”, que toma lo que los legisladores como un colectivo quisieron decir como decisivo para dar signi- ficado constitucional, y el “originalismo de expectativa”, que torna decisivo lo que esperaban lograr al decir lo que dijeron.¹² He dicho que en su primer Tanner Lecture, Scalia había suscrito a la primer forma de originalismo, pero en su segunda exposición al explayarse respecto de la in- terpretación constitucional, había en cambio utilizado el de expectativa- como, he mencionado, lo ha hecho su carrera en la Corte Suprema.

¹⁰ N. del T.: Las “Tanner Foundation Lectures” son una colección de discusiones científicas y educativas relaciona- das a los valores humanos que se llevan a cabo en prestigiosas universidades de Estados Unidos.

¹¹ Antonin Scalia, **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law** (1998) [de ahora en más “A Matter of Interpretation”]

¹² Ronald Dworkin, *Comment*, in **A Matter of Interpretation**, *supra* nota 8, en 115, 115-27 [de ahora en más, Dworkin, *Comment*]

En su respuesta a mis comentarios, la cual se encuentra publicada, Scalia acepta la distinción, y se proclama un originalista semántico en vez de un originalista de expectativa. Niega la inconsistencia que yo he señalado, pero de un modo tal que confirma mis sospechas respecto de que su práctica constitucional ha abandonado la fidelidad que él proclama. Yo había utilizado uno de los ejemplos que he usado esta noche -el de la interpretación de la palabra “cruel” de la Octava Enmienda- para ilustrar la diferencia entre originalismo semántico y de expectativa. Scalia en su exposición arguyó que el hecho de que los Constituyentes al idear la Enmienda contemplaran la posibilidad de la pena capital en otro sector de la Carta de Derechos¹³ -al declarar por ejemplo en la Quinta Enmienda que la “vida” no puede quitarse sin el debido proceso de la ley- fue prueba clara de que no se intentaba prohibir esta pena en la Octava Enmienda.¹⁴ He dicho que si Scalia fuese un verdadero originalista semántico estaría asumiendo en su argumento algo que suena muy extraño:

“Que los constituyentes quisieron decir, al usar las palabras ‘cruel e inusual’, que los castigos generalmente considerados crueles en aquel tiempo debían prohibirse— esto es, que se hubiesen expresado con mayor claridad si hubiesen utilizado la frase ‘castigos considerados ampliamente como crueles e inusuales a la fecha de creación de la legislación’ en lugar del lenguaje confuso que emplearon.”¹⁵

Scalia responde que su argumento respecto de la pena capital no presupone tal cosa, y dice que mi sugerencia torna su postura ‘caricaturesca’. Solo un par de renglones después, sin embargo, expone su propia postura: que lo que legisla la Octava Enmienda es “la idea que posee la sociedad presente respecto de qué es cruel. Significa... lo que nosotros [es decir los Constituyentes y los contemporáneos] consideramos como cruel hoy en día.”¹⁶ Luego concluye correctamente: “Conforme este análisis, es claro que la pena capital usada ampliamente en 1791 no viola el principio moral abstracto de la Octava Enmienda.”¹⁷ A menos que los extractos posteriores posean un profundo significado indescifrable para mí, apoyan exactamente la postura que Scalia, tan solo unos renglones antes, había rechazado por considerarla ‘caricaturesca’.

Entonces Scalia, confrontado con un recuento de lo que presupondría su postura constitucional si fuese un originalista semántico, lo rechaza por absurdo. Pero cuando, inmediatamente des-

¹³ N. del T.: Me refiero a La Carta de Derechos de los Estados Unidos, también conocida como “Bill of Rights”.

¹⁴ Antonin Scalia, *Common-Law in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in **A Matter of Interpretation**, *supra* nota 8, en 3, 46 [de ahora en más Scalia, *Common-Law*]

¹⁵ Dworkin, *Comment*, *supra* nota 9, en 120

¹⁶ Scalia, *Response*, *supra* nota 10, en 145

¹⁷ *Id.*

pués, intenta imponer una visión que es tanto fiel al texto de la Constitución como consistente con su propia actitud constitucional, se ve obligado a acatar la mismísima visión que acababa de rechazar. Su postura teórica es entonces contradictoria. No puede inhibir su adjudicación constitucional que de hecho tiene poco que ver con mantenerse fiel a la Constitución. ¿Podría haber una ilustración más dramática de la dificultad bajo la cual los abogados constitucionalistas que siguen a Scalia operan? Deben profesar fidelidad pero sentirse acorralados a, en la práctica, desestimarla.

A pesar de que Tribe es el liberal más prominente y duro, que no se compromete con posturas de otras teorías, dentro de los más reconocidos constitucionalistas sus propios comentarios¹⁸ muestran que enfrenta un dilema sorprendentemente similar al de Scalia, aunque me tomará más tiempo identificarlo. Tribe comienza sus famosos comentarios declarando que está en desacuerdo tanto con Scalia como conmigo: “No estoy de acuerdo ni con el Profesor Dworkin ni con el Juez Scalia” dice, “que uno puede ‘descubrir’... hechos empíricos sobre lo que un número limitado de personas en un momento particular de nuestro pasado quisieron decir.”¹⁹ Me critica en particular por pensar que la interpretación constitucional depende de descubrir aquellos hechos empíricos, y también por pensar que las modernas interpretaciones constitucionales “de hecho no representan algo nuevo sino que... son todas meras inferencias que surgen directamente... mediante el proceso de razonar hasta llegar a la respuesta adecuada a las cuestiones de principios que podemos estar seguros que los autores de la Constitución y/o quienes la ratificaron de hecho nos impusieron hace muchos años.”²⁰ (Nunca he afirmado ni defendido nada parecido a esa postura.).²¹

Realizo estas observaciones para demostrar que Tribe rechaza cualquier requisito de fidelidad al texto de la Constitución cuando distintas interpretaciones de dicho texto son posibles. Es cierto que sus observaciones pueden ser interpretadas en un sentido mucho más inocuo, pero, si lo son, entonces la discrepancia que él declara entre sí mismo y tanto Scalia como yo desaparecería. Podemos interpretarlos, por ejemplo, como objetando solo la confianza que parece demostramos en los juzgamientos particulares sobre la intención semántica que realizamos. Él rocía intensificadores epistémicos sobre las interpretaciones que él nos atribuye a Scalia y a mí. Él dice

¹⁸ Laurence H. Tribe, *Comment*, in **A Matter of Interpretation**, *supra* nota 8, en 65, 65-94 [de ahora en más Tribe, *Comment*]

¹⁹ Id. en 68

²⁰ Id. en 72

²¹ Tribe puede haberse equivocado por mi estrategia argumentativa. No quise, en mis cortos comentarios, abandonar mi largo trayecto de oposición a cualquier forma de originalismo ni la interpretación constitucional ni estatutaria, la que he argumentado ampliamente en los Capítulos 9 y 10 de **Law's Empire**, *supra* nota 5, a la cual Tribe generosamente refiere y la cual he reseñado al comienzo de esta presentación. Mi argumento en esta ocasión fue *ad hominem*: Respondí a las presentaciones de Scalia al remarcar la importante inconsistencia que acabo de describir. Argumenté que si uno fuera un originalista semántico, como Scalia afirma que lo es, entonces uno debe avalar una lectura de la Constitución de la cual él y cualquier otro que se considere originalísimos constitucional pueda comprender.

por ejemplo que, a pesar que el mismo posee diferentes posturas sobre la interpretación constitucional, “No sostengo que estas sean conclusiones *rigorosamente demostradas*, o confundirlas con interpretaciones *universalmente sostenidas*.”²². Él en otra parte describe como, la “Interpretación Dworkiana” de la Primera Enmienda, que es “*auto evidente* pretendida para promulgar un principio moral amplio” y luego niega que esa pretensión de auto evidencia sea “tampoco demostrable”²³. Él desprecia lo que identifica como las “*certezas* (sin embargo equivocadas) *sin dudas sinceras*” de Scalia y mías²⁴.

Por supuesto, ni Scalia ni yo aceptaríamos estos dichos de nuestras opiniones. La interpretación constitucional no es matemática, y nadie salvo un necio pensaría que su propio criterio de interpretación constitucional está más allá de cualquier desafío concebible. Argumentamos a favor de nuestra interpretación constitucional al ofrecer la mejor y más honesta causa que podemos respecto de su superioridad respecto a cualquier interpretación rival, sabiendo que otros indudablemente rechazarán nuestros argumentos y que no podemos recurrir a principios compartidos ni de moralidad política ni de método constitucional para demostrar que estamos en lo correcto²⁵.

Tribe puede incluso sentir que el nivel de confianza que Scalia y yo demostramos en nuestro propio criterio interpretativo es injustificado. Puede estar conducido al engaño por su propia clasificación de nuestras opiniones como “empíricas”. Esa clasificación puede haberle sugerido que Scalia y yo pensamos que la gente que junta promulgo una enmienda constitucional en particular compartía un estado fenomenológico en particular el cual nosotros rescatamos. Pero a pesar que criterios interpretativos sobre la intención semántica de un grupo son debidamente informados en el lenguaje de la intención, y que extraen suposiciones sobre creencias y actitudes, no son ellos mismos hipótesis fenomenológicas. Son, como he dicho reiteradamente, construcciones con el fin de lograr el mayor sentido a un acto colectivo de arte de gobierno que incluye actos discursivos, y que será incorrecto, como he dicho, suponer que uno de dichos criterios es posible, o que uno es demostrablemente el mejor, es a menudo no errado pensar que uno es, de hecho, el mejor y tener una confianza medida en la afirmación.

La pregunta pertinente no es entonces si podemos “demostrar,” o establecer “certezas,” o proposiciones “auto evidentes” sobre las intenciones de los redactores, o si podemos pescar estados mentales de la historia y someterlos a un examen meramente “empírico”. Es por ende, a pesar del hecho que no podemos hacer nada de ello, debemos no obstante decidir que visión de aquellos que los redactores dijeron es, en balance, la mejor visión, a pesar de que sea controversial. Si Tribe realmente está en desacuerdo con Scalia y conmigo, él debe pensar debemos y necesitamos no arribar ninguna conclusión sobre el tema en lo absoluto, al menos en los casos de

²² Tribe, nota 15, pág. 77. (énfasis añadido)

²³ Op. cit. pág. 80. (énfasis añadido)

²⁴ Op. cit. pág. 72. (énfasis añadido)

²⁵ Ese es un tema omnipresente tanto en Dworkin, *Law’s Empire*, nota 5, como en Ronald Dworkin, *Freedom’s Law* “The Moral Reading of the American Constitution (1996) [en adelante, Dworkin, *Freedom’s Law*].

las cláusulas seriamente abstractas, pero debemos llevar a cabo una interpretación constitucional de alguna manera que no incluya dichas conclusiones -a través de una apelación directa a nuestra propia moralidad política, tal vez, o lo que consideramos es la moralidad política dominante de nuestra era.

Pero a pesar que esa es una posición coherente, y de hecho atrae a muchos juristas académicos, parece categórico contradecir otros reclamos que Tribe realiza con igual fervor. En otro lugar en sus comentarios sobre las Lecturas Taner de Scalia, por ejemplo, Tribe avoca una forma muy fuerte de fidelidad textual. Tribe sostiene:

Yo, no obstante, comparto con el **Juez** Scalia la creencia que el texto escrito de la Constitución tiene *primacía* y debemos considerarlo el último punto de partida, nada es inconciliable con el texto puede ser propiamente considerado parte de la Constitución; y algunas partes de la Constitución no pueden ser plausiblemente abiertas a interpretaciones significativamente diferentes.²⁶

Esa es una afirmación de fidelidad textual más fuerte que la que yo avalaría, dado que, como dije, los precedentes y la práctica a través del tiempo pueden, en principio, reemplazar algo tan básico como una pieza de información interpretativa como el texto de la Constitución cuando no es posible hallar una forma de conciliarlos a todos en una interpretación constructiva total. Estoy de acuerdo con Tribe sobre esta afirmación, sin embargo, que el texto debe tener un rol muy importante: Debemos apuntar a un conjunto de principios constitucionales que podamos defender como consistentes con la interpretación más plausible que tenemos sobre qué es lo que el texto mismo dice, y debemos ser muy reacios de conformarnos con cualquier otro.

Pero un texto no es simplemente una serie de letras y espacios: Consiste en proposiciones, y no podemos darle a un texto "primacía" -o, en efecto, lugar alguno- sin la interpretación semántica, que es, una interpretación que especifica que diga que quieren decir (si significan algo) esas letras y espacios. Hasta que hayamos interpretado las letras y espacios en esa forma, no podemos tener idea de aquello que es o no es "irreconciliable" con el texto, o si el texto es vago o ambiguo, o si puede ser "abierto plausiblemente a interpretaciones significativamente diferentes". Entonces las observaciones de Tribe sobre la supremacía del texto presuponen una estrategia semántica. ¿Cuál es?

La estrategia natural es la que acabo de describir: Decidimos qué proposiciones contiene un texto al asignar intenciones semánticas a aquellos que hicieron el texto, y hacemos esto intentando buscar el mayor sentido que podemos del que hicieron y cuando lo hicieron. Pero si Tribe realmente intenta discrepar con Scalia y conmigo, entonces rechaza esta estrategia. ¿Cuáles son las alternativas? Alguien podría decir que debemos interpretar un viejo texto como la constitución, no intentando entender que quisieron decir aquéllos que lo hicieron, sino asumiendo que significa lo que quisieron significar en el pasado. Hay problemas de regresión en esa

²⁶ Tribe, *Comentario*, nota 15, pág. 77 (énfasis añadido).

estrategia, pero no necesitamos explorarlos porque la estrategia no es en ninguna manera una manera de dar al texto la primacía independiente que Tribe pretende. Al contrario, deniega que el texto tiene algún rol independiente en la interpretación contemporánea.

Consideremos, entonces, esta posibilidad diferente (quizás sugerida por la observación de Tribe sobre alternativas “plausibles”). Alguien podría decir que la primacía textual requiere solo que ninguna interpretación constitucional sea considerada aceptable salvo que las cuerdas de caracteres y espacios que hacen al texto pueden ser usadas, en alguna circunstancia o en la otra, para expresar la proposición que la interpretación despliega. Esa restricción extremadamente débil les permitiría a los jueces declarar un “moralmente” amplio derecho a la libertad de expresión constitucional sin importar si los redactores intentaban establecer un principio moral abstracto en la Primera Enmienda, porque las cuerdas de letras y espacios que ellos usaron *pudieron* haber sido usados para declarar un principio amplio. (En una visión paralela de la primacía del texto en la poesía, podríamos interpretar Paraíso Perdido como homofóbico, dado que las letras que componen “gay” son ahora usadas para hacer alusión a los homosexuales). Pero esa extraña estrategia interpretativa es arbitraria e infundada en principios legales o morales. ¿Porque debería importar si las inscripciones halladas en la Constitución pueden o no ser usadas para establecer una idea en particular, al menos que pensemos que la mejor conclusión interpretativa es que esa es la idea que esas inscripciones establecen? ¿No sería igualmente sensato decir, en su lugar, que el texto debe ser primario en el sentido anagramático: que puede ser entendido como prohibiendo cualquier cosa que las letras en sí pueden ser *reordenadas* para prohibir?

Es entonces extremadamente difícil conciliar la promesa de fidelidad textual de Tribe con cualquier estrategia interpretativa excepto la natural. Pero esa es la que él debe rechazar si realmente está en desacuerdo con Scalia y conmigo. Hay aún más conflictos. En varios otros pasajes Tribe simplemente asume que la estrategia natural es la correcta, y que de hecho tiene sentido asumir que los redactores pretendieron decir una cosa en lugar de otra cuando las palabras que usaron pueden ser utilizadas para ambas. Ha añadido a su propio texto expandido, por ejemplo, el argumento que yo hice en una conferencia en Princeton y repito en esta lectura: Que la dependencia de Scalia en otras partes de la Carta de Derechos como se evidencia en la Octava Enmienda no prohíbe la pena capital es inconsistente con su profeso originalísimo semántico²⁷. Pero mi cargo de inconsistencia depende absolutamente en la presunción sobre qué es lo que los redactores quisieron decir en la Octava Enmienda. Si pretendieron establecer la intención que Scalia y yo asumimos establecieron –que las penas inusuales y crueles de acuerdo a la opinión general están prohibidas- entonces el argumento textual de Scalia no sería inconsistente; al contrario, sería persuasivo. Podemos declararla inconsistente solo si podemos estar confiados, como Tribe en *este* contexto parece estarlo, que los redactores no pretendieron establecer esa intención anticuada, sino en su lugar una abstracta. Al adoptar este argumento, él depende

²⁷ Op. cit. pág. 66.

exactamente de la misma clase de juicio que nos critica a Scalia y a mí por asumir que lo podemos hacer.

Incluso estos pasajes no acaban con el misterio. Tribe es un litigante hábil, y no deja de lado a la ligera argumentos a favor de su posición. Dice que esta de acuerdo conmigo en que la Primera Enmienda establece un principio de moralidad política. ¿Porque entonces rechaza el argumento que, en la mejor interpretación, fue destinado a expresar tal principio? ¿Porque sostiene su desacuerdo con Scalia y conmigo que debe luchar para que parezca genuino, que hace gran parte del resto de lo que él dice incoherente si tiene éxito, y que abandona aparentemente argumentos fuertes a favor de muchas de sus convicciones constitucionales? La respuesta está fuertemente sugerida en el principio de otro pasaje: El sostiene que desea prevenir la interpretación constitucional de "degenerarse en la imposición de las preferencias o valores personales de uno bajo el disfraz de la exégesis constitucional."²⁸ Pero, como he dicho, los jueces que interpretan una constitución moralmente abstracta no ponen simplemente sus conflictos morales en su propia conciencia, eso es ciertamente parte de lo que deben hacer. Quizás Tribe desea poder desautorizar cualquier dependencia sobre lo que los redactores pretendieron promulgar porque él cree, como yo, que en la vista más persuasiva pretendieron promulgar una Constitución que dejará jueces y abogados fieles sin opción más que hacer lo que el preocupadamente considera ilegítimo.

Pero él no tiene salida de esta adivinanza. Adviertan cómo él termina la frase cuyo principio acabo de citar:

[U]no debe conceder que tan difícil es esta tarea; abandonar toda pretensión que puede ser reducido a un proceso pasivo de *descubrir* en lugar de *construir* una interpretación; y reemplazar dicha pretensión con una cuenta franca, incompleta e inconclusa aunque puede ser, el porque uno considera su construcción propuesta del texto digna de aceptación, a la luz de la Constitución como un todo y de la historia de su interpretación²⁹.

El final de la frase, en otras palabras, de ninguna manera mitiga la preocupación del principio, solo la confirma. Incluso los jueces que ven a la "Constitución como un todo y la historia de su interpretación", como la integridad se los requiere, deben sin embargo desplegar sus propias convicciones de moralidad política en argumentar porqué las interpretaciones son más "merecedoras de aceptación" que otras construcciones que también pasaran ese examen, y aunque "directa" franqueza es por supuesto una virtud, no altera sobre lo que uno es sincero.

Las dificultades de Tribe, aunque paralelas a las de Scalia, corren en la dirección opuesta. Scalia quiere ser visto como adoptando la fidelidad, pero termina rechazándola. Tribe quiere rechazar la fidelidad, pero termina adoptándola. ¿Cuál fin es el correcto? Esa es la pregun-

²⁸ Op. cit. pág. 71.

²⁹ Op. cit. pág. 71-72.

ta que pospuse y debo ahora retomar. ¿Es la fidelidad constitucional, propiamente entendida, una virtud política o un vicio político?

IV.

Incluso una fidelidad a la Constitución abstracta que es disciplinada por integridad requiere, jueces, abogados, legisladores, y otros que interpreten la constitución para hacer juzgamientos morales frescos sobre temas como aborto, suicidio asistido, justicia racial, que profundamente dividen a los ciudadanos. Cualquier opinión oficial en estos temas es con certeza no solo controversial, sino también repudiada por muchos. Quizás nuestros jueces harían mejor al dejar la fidelidad de lado. Quizás nos servirían mejor si apuntaran no a hacer cumplir la Constitución que tenemos, sino en hacer una mejor o, en cualquier caso, una diferente. Quizás, si Dole realmente quiso decir lo opuesto de lo que dijo, estaba en lo cierto.

¿Pero qué sustento podemos ofrecer para dejar la fidelidad de lado? ¿Qué triunfa sobre la fidelidad? Puedo pensar en tres virtudes que pueden ser pensadas más importantes en el contexto constitucional, y ahora considerare cada una de ellas. Primero, en algunas circunstancias la fidelidad puede triunfar sobre la justicia. Una sociedad política puede encontrarse ensillada con un asentamiento constitucional que muchos de sus miembros ahora consideran muy injusto, y en algunas circunstancias jueces de esa comunidad pueden correctamente decidir simplemente ignorar esa Constitución. Pueden mentir al sostener públicamente que sus decisiones fueron dictadas por la fidelidad, aunque ellos saben, y quizás en privado reconocen, que la verdad es lo opuesto. O quizá pueden (si su situación lo permite) simplemente declarar que consideran la vieja Constitución, o al menos parte de ella, como ya no más obligatoria sobre ellos. Mucha gente ahora piensa, por ejemplo, que los jueces anteriores a la Guerra Civil quienes fueron solicitados declarar el Acta de Esclavo Fugitivo inconstitucional debieron hacerlo a pesar del hecho que (en la opinión de estos críticos) la fidelidad demandaba lo contrario. Podemos fácilmente imaginar dicho Juez diciéndose a si mismo que a pesar de que la Constitución no condena leyes que requieren que los ciudadanos devuelvan esclavos prófugos, dichas leyes eran de todas maneras demasiado monstruosas para hacerse cumplir.

Mencione la justicia como un posible triunfo sobre las demandas de la fidelidad, aunque, solo para dejarlo de lado. El supuesto problema que hemos identificado nos es que la fidelidad requiere jueces que sostengas leyes que ellos consideren inmorales. Es cercano a lo opuesto: que dado que la Constitución contiene principios morales abstractos, la fidelidad le da a los jueces demasiada libertad de acción para condenar leyes que ellos consideren injustas para ellos aunque estas hayan sido endosadas por una legislatura propiamente electa. Un segundo posible triunfo sobre la fidelidad está más en punto ahora. Es la democracia en si misma.

Come dije previamente, la fidelidad a una constitución moral no implica que los jueces deban ser el último arbitro que la Constitución requiere en controversias concretas. Todavía, en nuestro arreglo político, los jueces federales son la autoridad final de la ley constitucional, y muchos académicos, jueces y ciudadanos creen que es antidemocrático que los jueces hagan la clase de juzgamiento morales que la verdadera fidelidad requeriría, porque en una democracia

genuina la gente debería decidir los temas fundamentales de la moralidad política por sí mismos. Si nos importa nuestra democracia, de acuerdo con esta objeción, haremos la vista ciega a la infidelidad, al menos en el caso de las cláusulas muy abstractas de la Constitución e insistiremos en un rol más modesto para nuestras cortes.

¿Es fuerte ese argumento? Obviamente, todo depende en lo que usted entienda por democracia. Por lo que se pueden distinguir dos conceptos de democracia, uno de los cuales ciertamente justificaría esta queja, y el otro no lo haría. El primero es mayoritario. La esencia de democracia, de acuerdo a esta visión, es que todas las cuestiones de principio deben ser decididas por el voto mayoritario: Democracia, en otras palabras, es el dictamen de la mayoría hacia abajo. Si eso es lo que significa democracia, luego por supuesto un esquema de revisión judicial que da a los jueces el poder para separar juicios de moralidad política que la mayoría aprueba es anti-democrática. De todas maneras, supongamos que definimos la democracia de manera diferente. Democracia, con esta visión diferente, significa auto-gobierno de toda la gente actuando junta, como miembros de un emprendimiento cooperativo conjunto, con posturas iguales. En mi opinión, esto es un entendimiento mucho más atractivo del nervio de la democracia que el reclamo mayoritario. La decisión de la mayoría es democrática solo cuando ciertas condiciones anteriores-las condiciones democráticas de igualdad de membresía-están presentes y son sostenidas.

¿Qué condiciones son estas? He tratado de definirlas, de cierta manera, en mi reciente libro, *La libertad de la Ley: La lectura moral de la Constitución Americana*³⁰. Primero, no puede haber democracia, concebida como un emprendimiento conjunto de auto-gobierno, a menos que a los todos los ciudadanos le sean dados la oportunidad de jugar una parte igualitaria de la vida política, y eso significa no solo una franquicia de igualdad, pero una voz igualitaria tanto en la deliberación pública formal y en los intercambios morales informales. Ese es el derecho garantizado en el principio de la Primera Enmienda. En segundo lugar, no puede haber democracia a menos que la gente tenga, como individuos, una participación igualitaria en el gobierno. Debe ser entendido, quiero decir, que los intereses de cada uno deben ser tomados en consideración, de la misma manera, al determinar donde yacen los intereses colectivos. Creo que los requerimientos demarcan la Cláusula de Protección Igualitaria, bien entendida. En tercer lugar, no puede haber democracia como emprendimiento conjunto a menos que a los individuos les sea garantizada una esfera privada dentro de la cual son libres de tomar las decisiones éticas y religiosas por ellos mismos, para ser contestadas solo por sus propias conciencias y opiniones, no aquellas de la mayoría. Nadie puede considerarse a sí mismo como un miembro entero e igualitario de un emprendimiento organizado que reclama autoridad para decidir por él lo que él piensa que el auto-respeto requiere para decidir por si mismo. Esa es la base de la garantía de la Primera Enmienda de la libertad de religión, y también la garantía de la cláusula del debido proceso -hasta ahora solo realizada imperfectamente- de independencia en las elecciones éticas fundamentales que

³⁰ Veá Dworkin, *Freedom's Law*, nota 23.

definen el sentido de cada individuo de porque su vida es valorable y que significaría el éxito en vivir.

De acuerdo a la visión alternativa de democracia – puedes llamarla democracia constitucional – la decisión de la mayoría no es ni siquiera legitima, aun menos democrática, a menos que estas condiciones estén sustancialmente presentes. Entonces si usted adopta esta visión de democracia, el argumento que la revisión judicial es en su naturaleza inconsistente con la democracia falla. No quiero decir, como ya he dicho dos veces, que la democracia constitucional positivamente demanda una estructura como la nuestra, una estructura que registra las condiciones democráticas en documento escrito fundacional y asigna autoridad de interpretación final sobre si esas condiciones han sido encontradas a las cortes. Pueden bien pensar que habría sido mejor haberle dado la responsabilidad a algún cuerpo electo especial, que la decisión que tomamos o ratificamos en el siglo diecinueve, para dar a jueces no elegidos la responsabilidad de interpretación, fue imprudente. Pero eso es un asunto diferente. No puedes decir que la mayoría tiene un titulo de estándar automático para tomar esas decisiones de interpretación sin comenzar con la pregunta, porque, por supuesto, la mayoría no tiene autoridad para gobernar a menos que las condiciones sean satisfechas. La pregunta trae a pensar que el concepto de democracia puede dictaminar que instituciones deben o no recibir la autoridad de interpretación final. Esa definición, como yo lo discuto en *La ley de la Libertad*, debe ser tomada con otras bases.

Hemos ahora considerado dos supuestos triunfos sobre fidelidad. Dejamos de lado la primera– que una constitución puede ser tan injusta que pierde fidelidad –como no pertinente a la presenta discusión. Nosotros hemos estudiado el segundo – que bajo nuestra estructura de gobierno, la cual asigna la autoridad de interpretación final a los jueces, la fidelidad a las clausulas morales abstractas de la constitución da poder antidemocrático a esos funcionarios. Ahora quisiera discutir, aunque necesariamente breve, una tercera base para triunfar sobre la fidelidad que podemos llamar pragmatismo legal³¹. El pragmatismo ha ejercido alguna influencia en la teoría legal americana por muchas décadas, y está ahora disfrutando cierto renacimiento, particularmente en la teoría constitucional.

El pragmatismo legal – o al menos una rama prominente de este – discute que las decisiones judiciales deben ser pequeñas, cuidadosas y experimentales. Hace esa afirmación no por preocupación por la democracia, sino más bien por una convicción que abogados y jueces le harán mejor a la sociedad tratando de descubrir que es lo que realmente funciona en la practica en vez de intentar deducir decisiones concretas de declaraciones de principio grandes, amplias y abstractas de la clase da la fidelidad a los textos de la constitución requieren. Jueces, pragmáticos afirman , deberían concentrarse en las circunstancias actuales y limitadas de los casos particulares, tratando solo de encontrar acomodaciones de temas e intereses que son exitosos en ese mar-

³¹ He escogido este nombre, en esta ocasion, solo por conveniencia. No quiero respaldar ninguna sugerencia sobre las conexiones entre el pragmatismo legal y el pragmatismo como un movimiento más genera o escuela en filosofía.

co limitado. Sobre todo, los jueces deberían tener cuidado de decidir más de lo que tienen que decidir en un momento dado. Es mejor que la ley, incluyendo la ley constitucional, crezca lentamente, incrementalmente, por analogía en vez de un gran principio, testeando los pasos uno por uno, intentando pedazo por pedazo hacer que la ley funcione mejor. Fidelidad a nuestra constitución abstracta manda lo opuesto. Esta manda a los jueces a construir interpretaciones a gran escala de grandes principios morales. Nos apunta, en esta visión, exactamente en la dirección equivocada.

El pragmatismo legal suena maravillosamente sabio, ¿no es así? Suena muy americano, empirista, cabeza dura, aun particularmente cuando se toma en consideración los principales protagonistas de la visión –muy Chicago. Los carniceros grandotes del mundo, y todo eso. Pero su voz es también, con un apropiado cambio de dicción y matices, la voz de Oliver Wendell Holmes, el santo patrón del enfoque, quien dijo, como todos saben, que “la vida de la ley”³² no es lógica, sino experiencia. Es la voz de los realistas legales americanos, como han venido a llamarse, quien transformo la educación legal americana a principios de 1930, a través de la insistencia que la ley académica debería ser más práctica, mas embebida en hechos, y menos teórica y abstracta.

Hasta cierto punto, esa voz pragmática ofrece un buen (como si fuera sin sorpresa) consejo. Nos recuerda que está bien estar lo más informado posible, y tener en mira las consecuencias, cuando se está haciendo o decidiendo cualquier cosa. Pero ¿realmente provee un argumento para probar fidelidad constitucional e ignorar las grandes cuestiones de principios políticos abstractos que la adjudicación constitucional en el espíritu de fidelidad requiere?

Debemos diferenciar dos situaciones en las cuales una comunidad política pueda encontrarse a sí misma. En la primera, tiene una buena idea sobre que objetivos quiere perseguir a través de su constitución y otras leyes – un buen sentido, debemos decir, sobre donde quiere terminar. Quiere mantener la inflación baja y aun así tener un crecimiento sostenido, por ejemplo. Quiere un discurso político animado, un bajo nivel de criminalidad, y menos tensión racial. Esta sabría cuando ha alcanzado estos objetivos, pero esta ahora insegura sobre cómo alcanzarlos. De hecho, podría ser útil, en algunos de estos casos, decirle a cierta comunidad que no trate de resolver sus problemas a través de, primero, la construcción de grandes principios económicos o morales, y luego proceder a su luz, sino ser experimentales, probar una cosa tras otra, solo para ver que funciona.

En la segunda situación, sin embargo, el problema de la comunidad no es que no sabe que modos son mejor calculados para alcanzar fines identificados. Más bien, no sabe qué objetivos debería perseguir, que principios debería respetar. Quiere ser una sociedad imparcial, una sociedad justa, pero no sabe si eso significa incrementar la libertad de las personas para tomar decisiones sexuales íntimas por sí mismos, por ejemplo, o si significa dar preferencias en la contrata-

³² Oliver W. Holmes, *The Common Law* 1 (1881).

ción y educaciones de las minorías. Su dificultad no es que no tiene las bases fácticas para poder predecir las consecuencias de garantizar el aumento de la libertad sexual o de adoptar programas de discriminación positiva. O, al menos, ese no es el único problema. Su problema más profundo recae en no saber si esas consecuencias deben ser, sobretodo, mejoras o mayores defectos en la justicia e imparcialidad de su estructura. En estas circunstancias es evidente, no lo es, que el consejo del pragmatismo más sincero -su práctico, empírico consejo de precaución y abstinencia teórica- no tiene valor.

Cuando estamos en la segunda situación, no podemos evitar principios generales preguntándonos si cualquier paso particular “funciona”. No podemos hacer eso porque nadie puede tener una opinión sobre que es funcionar hasta que haya probado, aun de manera tentativa, un principio general que identifique un paso como un paso hacia adelante en vez de un paso hacia atrás. Si el aumento de libertad sexual o discriminación positiva hace una sociedad más justa no puede ser decidido sin decidir que negaciones de libertad o distinciones de trato son injustas y por qué

Podemos, es verdad, ofrecernos a nosotros mismos un test sustituto. Podemos decir que un programa social o legal está funcionando si reduce la tensión social, si parece ayudarnos a vivir juntos con menor tensión aparente. Pero esa estrategia asume que una reducción en la tensión es un signo de mejora en justicia social, y lo opuesto puede ser verdad. Tal vez, si mantenemos un techo más ajustado en las aspiraciones sociales y profesionales de las minorías, como hicimos por muchas décadas, no habrá fuego esta vez o la próxima. Podría decirse que cuando Jim Crow ya no funcionaba, luego de la Segunda Guerra Mundial, la nación lo abandonó en el espíritu del pragmatismo. Pero esas largas décadas de consentimiento fueron décadas de injusticia, y no podemos explicar porque sin construir un recuento de igualdad ciudadana que debe, en la naturaleza del caso, ser un principio general de dimensión constitucional.

Tampoco ayudaría sugerir que los casos constitucionales deberían ser decididos por analogía en vez por principio porque (parafraseando a Kant) analogías sin principios están cegadas. ¿Que analogía la Corte Suprema debería haber adoptado cuando se le pregunto si las mujeres tienen derecho a un aborto prematuro? Un aborto es de alguna manera como un infanticidio, en otras como una apendicetomía, y en otras como la destrucción de una obra de arte. Cual, si alguna, de estas comparaciones es de hecho apropiada depende de una vasta red de argumentos: No hay nada allí solo para “ver”. Podemos utilizar analogías al afirmar conclusiones alcanzadas a través de principios, pero no como diferentes caminos a esas conclusiones.

¿Qué pasa con ese viejo principio de sabiduría legal convencional -que los jueces nunca deberían intentar desarrollar un principio constitucional más allá del que es requerido por el caso a tratar? ¿Que ellos no deberían “ir mas allá” para decidir asuntos de principio no inmediatamente ante ellos? ¿Si leemos la constitución como he estado recomendando, como un carta de principios, y si insistimos que la responsabilidad de los jueces es nombrar estos principios y definir su medida y alcance, debemos aconsejarles deshonorar ese viejo principio?

No necesariamente. Para los jueces absolver su deber de mantener la fe con la Constitución al alcanzar el resultado en el caso ante ellos que, en su opinión considerada, se sigue de la

mejor interpretación de un principio abstracto de la moralidad constitucional. La fidelidad en sí misma no les requiere manifestar el principio más amplio de lo necesario para ese propósito limitado. Pero debemos notar que manifestar un principio lo suficientemente amplio para mostrar porque aplica a la pregunta en cuestión a menudo significara manifestarlo lo suficientemente amplio para justificar conclusiones sobre otros casos, y que al menos algunas veces no hay evidencia ganada y algunos costos evidentes en jueces rechazando darle atención a esos hechos. Considere, por ejemplo, *Romer vs. Evans*³³, el caso reciente en el cual la Corte Suprema declaró inconstitucional la provisión constitucional del Estado de Colorado inhabilitando a sus ciudades y subdivisiones otorgar derechos civiles a los homosexuales contra la discriminación.

La decisión de la Corte ni siquiera mencionó *Bowers vs Hardwick*³⁴, su propia decisión vergonzosa de una década atrás, en la cual declaró constitucional la Ley de Georgia haciendo la sodomía homosexual consentida entre adultos un crimen. Muchas personas aplaudieron la reticencia de la corte al negar expresamente hacer caso omiso de la decisión anterior, a pesar del hecho que el principio invocado en *Romer* era evidentemente inconsistente con la decisión anterior³⁵. Ellos dijeron que la cuestión en el caso de Georgia era técnicamente independiente, aunque el mismo principio cubriría ambos.

Tal vez hay algo para decir para la Corte esperando hasta que otro caso haga lo que espero haga pronto. Pero cuando derechos constitucionales están en juego, hay un alto y gran riesgo a ser armados contra cualquier razón que haya para los tribunales posponiendo reconocer la totalidad de las implicaciones de sus decisiones de principio. Ese es el riesgo de injusticia para una gran cantidad de gente hasta el día que la madurez sea alcanzada. El momento oportuno constitucional afecta no solo a la doctrina sino, también cómo la gente vive y muere. Si homosexuales continúan viviendo aun, otro segmento irrecuperable de sus vidas para algunos, todo el resto de sus vidas como ciudadanos de segunda clase dependiendo no solo si la Corte rechaza *Bowers*, sino cuándo. Las vidas no ponen en pausa mientras las virtudes pragmáticas pasivas se adornan en epigramas y pavonean en artículos de revistas jurídicas.

Nuestro gran experimento como nación, la contribución más fundamental de nuestro país a la moralidad política, es una gran idea triangulada por las siguientes proposiciones. Primero, la democracia no es simplemente la decisión de la mayoría, sino un emprendimiento conjunto en auto gobierno. Segundo, ese emprendimiento conjunto es estructurado y es posible gracias a una constitución moral que garantiza a los individuos uno a uno los prerequisites de membresía completa. Tercero, estamos comprometidos por nuestra historia a una estrategia institucional de pedir a los jueces - hombres y mujeres entrenados en la ley- que hagan cumplir esas garantías de igualdad ciudadana. Por supuesto, hay muchos riesgos en las grandes aventuras políticas, como los hay en cualquier gran ambición política. Hemos sido envidiados por nuestra aventura, sin

³³ 116 S. Ct. 1620 (1996).

³⁴ 478 U.S. 186 (1986).

³⁵ Vea mi artículo anterior *Sex, Death, and the Courts*, N.Y. Rev. Books, Agosto 8, 1996, pág. 44.

embargo, a pesar de sus riesgos, y somos ahora cada vez más copiados desde Estrasburgo a Ciudad del Cabo, desde Budapest a Nueva Delhi. No perdamos nuestro pulso, cuando alrededor del mundo otras personas, siguiendo nuestro ejemplo, están ganando el suyo. Muchas Gracias.