

**UNIVERSIDAD DE PALERMO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO**  
**TESIS DE MAESTRÍA**  
**Alumno: Gustavo Maurino**  
**Director de Tesis: Marcelo Alegre**

**“LA DEMOCRACIA EN LA OBRA DE RONALD DWORKIN”**



## **RESUMEN**

**Tesis de Maestría: “LA DEMOCRACIA EN LA OBRA DE RONALD DWORKIN”**

**Candidato: GUSTAVO MAURINO**

**Director de Tesis: MARCELO ALEGRE**

**Año: 2014**

Este trabajo reconstruye y analiza la evolución de las visiones de Ronald Dworkin sobre la justificación, contenido, precondiciones, límites y arreglos institucionales propios de la democracia.

A tal efecto se presenta una reconstrucción interpretativa y crítica, siguiendo un método cronológico, en base a los libros y artículos publicados por el autor analizado durante su prolífica vida intelectual.

El trabajo concluye que las tesis de Dworkin sobre la democracia experimentaron significativos ajustes y modificaciones, correlativas a transformaciones en otros aspectos de su teoría filosófica. En su obra final, que conforma un proyecto filosófico sumamente ambicioso, algunos aspectos relevantes sobre la concepción de la democracia preferida por el autor, alcanzan sólo un ajuste parcial tanto interno como en relación con el resto de la teoría; aunque existen elementos conceptuales que permitirían ajustar dicha consistencia.

## TABLA DE CONTENIDO

Presentación, Objetivos y Alcance del trabajo **p.1**

Aclaraciones metodológicas **p.6**

1.- Primera etapa: La democracia mayoritaria/representativa como “mero” contexto institucional de referencia sin contenido normativo ni significación interpretativa (Desde DeS hasta IdJ) **p.8**

A.- “*Los Derechos en Serio*”. *Los Derechos y los Principios por sobre Todo* **p.8**

B.- “*Los Jueces Políticos y el Estado de Derecho*”. *Los Jueces por sobre el Pueblo* **p.18**

C.- “*Liberalismo*”. *¿Qué tan democrático es un Liberal?* **p.21**

D.- “*El foro de los principios*”. *En contra de Ely* **p.23**

E.- “*Desobediencia Civil y Protesta Nuclear*”. *Principios y Políticas frente a las Mayoría* **p.26**

*Conclusión y puente hacia la segunda etapa* **p.29**

2.- Segunda etapa: Tiempo de transición hacia la democracia –y el derecho- como “conceptos interpretativos” y “prácticas de acción colectiva”. Un ensayo fallido. (“IdJ” y “What is Equality? Part IV. Political Equality”) **p.31**

A.- “*Law’s Empire*”. *El derecho como práctica interpretativa y las virtudes políticas* **p.32**

A.1.- *Las virtudes políticas y la legitimidad de las prácticas políticas (y jurídicas)*

*Descripción del Argumento* **p.33**

B.- “*What is Equality? Part IV: Political Equality*”. *Una democracia Instrumental* **p.37**

B.1.- *Descripción del argumento* **p.37**

B.2.- *La “dependant conception” of democracy: ¿Justicia Sustantiva y Participación?* **p.41**

B.3.- *Crítica interna a la justificación de la “dependant conception” of democracy* **p.49**

B.3.1.- *Sobre los Valores Distribucionales y Participatorios* **p.49**

B.3.2.- *Participación-Distribución y Cuestiones Sensibles e Insensibles a las Elecciones* **p.51**

3.- Tercera etapa: La construcción de la concepción “asociativa” (“communal”, “constitutional”, “partnership”) de la democracia, y de su rival, la concepción mayoritarianista (desde Liberal Community e IDC hasta LDP) **p.57**

A.- *“Liberal Community”*. La Comunidad política como unidad de acción y responsabilidad **p.57**

B.- *“Igualdad, Democracia y Constitución: Nosotros el pueblo en los estrados”*. La presentación de la concepción “communal” de democracia **p.60**

C.- *“Freedom’s Law”*. La crítica total al mayoritarismo, y la afinación de su concepción “constitucional” de la democracia **p.68**

C.1.- La “premisa mayoritaria” y la Concepción Constitucional. El argumento central **p.70**

C.2.- Afinaciones y proyecciones **p.77**

D.- *“The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”*. Precisiones sobre la “Partnership Conception”

4.- Cuarta Etapa: La “Partnership Conception” como realización de los Principios de Dignidad, y parte de la Red de Valor ético, moral y político (“DP” y “JxH”) **p.89**

A.- *“Is Democracy possible here?”*. La democracia y la Dignidad **p.90**

A.1.- Una primera crítica a la nueva configuración de la Democracia a la luz de las exigencias de la dignidad **p.99**

B.- *“Justice for Hedgehogs”*. La Democracia en la Unidad del Valor **p.101**

B.1.- El argumento en favor de la “partnership conception”. Última presentación **p.102**

B.1.A.- La equidad. Quién decide: la mayoría, la suerte o quién? **p.104**

B.1.B.- La igualdad política? Cómo se configura? ¿Cómo opera institucionalmente? **p.106**

B.2.- El argumento extraviado: Democracia, Legitimidad y Dignidad **p.111**

B.3.- Dos asuntos mal resueltos en el último movimiento? **p.116**

B.3.1.- La esfera de cuestiones éticas **p.116**

B.3.2.- El rol de los procedimientos -y decisiones- mayoritarios en una comunidad legítima **p.120**

B.4.- La duda final de un erizo deliberativista frente a la Teoría de Dworkin **p.125**

5.- Conclusiones **p.127**

Bibliografía **p.134**

## **GLOSARIO DE ABREVIATURAS**

Los Derechos en Serio (DeS)

Una Cuestión de Principios (CdP)

El Imperio de la Justicia (IdJ)

Sovereign Virtue (SV)

Igualdad, Democracia y Constitución: Nosotros, el Pueblo, en los Estrados (IDC)

Freedom's Law (FL)

La Democracia Posible (DP)

La Justicia con Toga (JcT)

Justice For Hedgehogs (JxH)

## **PRESENTACIÓN, OBJETIVOS Y ALCANCE DEL TRABAJO**

Ronald Dworkin es uno de los autores contemporáneos más fascinantes e influyentes de la filosofía jurídica, moral y política. Su impacto académico, cultural e institucional en nuestro propio país fue magníficamente descripto por Marcelo Alegre en el discurso laudatorio pronunciado en ocasión de que la Facultad de Derecho de la UBA otorgara a Dworkin el título de Doctor Honoris Causae<sup>1</sup>.

Por otro lado, su vida también estuvo marcada por el intenso compromiso y activismo democrático. No hay dudas de que era sincero cuando en 1999 escribió: *“Almost all of us think that democracy is a valuable, even indispensable, form of government. We think that it is worth fighting, and perhaps even dying, to protect”*<sup>2</sup>. Fue un incasable animador de la discusión pública en su país, un implacable crítico de los abusos de poder, y sufrió con particular amargura las condiciones de antagonismo exacerbado en la arena pública de su comunidad en la década pasada, al punto de titular uno de sus últimos libros *“Is Democracy Possible, Here?”* (2006).

En varias ocasiones, durante sus más de 40 años de contribución intelectual se dedicó a reflexionar sobre el valor de la democracia.

Aunque a veces pasa desapercibido, el lugar y la relevancia conceptual de la democracia en su sistema de pensamiento varió significativamente con el correr de los años, tanto como el contenido sustantivo –justificación, alcances, precondiciones, límites, etc.- que Dworkin atribuyó a este ideal político, incluso después de que

---

<sup>1</sup> Se puede acceder al discurso laudatorio en el siguiente link <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/ronald-dworkin-distinguido-como-doctor-honoris-causa-por-la-uba/+4159>

<sup>2</sup> “Free Speech, Politics, and the Dimensions of Democracy”, incluido en SV (363)

delineara lo que sería su concepción preferida (la “partnership conception”). Del mismo modo, también se transformó con el correr de los años la posición relativa, y las interacciones conceptuales entre la concepción de la democracia, y los otros elementos del monumental edificio teórico de nuestro autor (el derecho, la ética, la moral).

En este trabajo realizaré una reconstrucción y evaluación de las visiones, teorías y argumentos sobre la democracia que Dworkin desarrolló a lo largo de su extensa trayectoria. El camino –simple y fácil- para esta reconstrucción será el cronológico<sup>3</sup>.

En nuestro recorrido identificamos y distinguimos cuatro etapas. Ellas se diferencian tanto por el contenido que Dworkin adscribe a las prácticas de la democracia, como por la densidad normativa que le atribuye, y el emplazamiento y relación que le asigna respecto de otros componentes de su teoría moral, jurídica y política.

A través del recorrido crítico que realizaremos nos proponemos evidenciar:

1.- Las transformaciones en el pensamiento de Dworkin, a lo largo de su carrera, acerca de:

(a) la significación normativa (en el argumento o interpretación filosófica/moral/política/jurídica) de la democracia.

(b) el sentido o valor moral/político que justifica a la democracia; las condiciones, prerequisites y límites que de ello resulta, así como los arreglos institucionales que lo satisfacen o no.

---

<sup>3</sup> Para una reconstrucción de la evolución general del pensamiento y las tesis centrales de Dworkin, ver Gargarella, Roberto; Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, “Sesión especial sobre la evolución de la teoría interpretativa de Ronald Dworkin”, en <https://www.youtube.com/watch?v=XKC2wcf7FM> (1° parte) y <https://www.youtube.com/watch?v=jYFUtA5x5JY> (2° parte)



2.- Algunas vinculaciones –correlaciones, inconsistencias y variaciones- entre las variaciones precedentes y los desarrollos de otros campos de su sistema filosófico (sobre el derecho, la igualdad, la ética, etc.).

3.- El grado de éxito alcanzado en su última obra publicada en vida (JxH), en la pretensión de que su concepción preferida de la democracia acredite su superioridad interpretativa frente a concepciones rivales, y se integre con otros componentes del “árbol de la moralidad política”, y en la más amplia “red de valor”.

Una intuición subyacente anima este trabajo, y resulta pertinente que la explicité desde el comienzo.

Entiendo de la siguiente manera los proyectos intelectuales de Dworkin relativos a la democracia: Por un lado, se propuso desarrollar una concepción de su valor moral/político, que la integre exitosamente con su robusta teoría de los derechos liberales -entendidos como cartas de triunfo contra-utilitaristas- y la justicia distributiva -entendida como igualdad de recursos-, y que además fuera consistente con ciertos arreglos institucionales básicos relativos a la interpretación y adjudicación constitucional que él consideraba valiosos -la lectura moral y la autoridad de los jueces para resolver conflictos de derechos. Por otro lado, más al final de su obra, Dworkin pretendió incorporar tales concepciones –con mínimos ajustes- en una reconstrucción integrada del valor en los dominios ético, moral y político, y de todos el dominio de valor en general. En concreto, pretendió incorporar tales concepciones como consistentes con su reconstrucción de los conceptos básicos de la moralidad política y los principios básicos de moral intersubjetiva relativos a los derechos y obligaciones morales; a los que –a su vez- estimaba haber integrado consistentemente con los principios éticos todavía más básicos, y –por si faltaba algo- con una teoría de la responsabilidad, la interpretación y la verdad que estimaba correcta.

Pues bien, la intuición subyacente que anima este trabajo es que los proyectos de Dworkin son tan descomunalesmente ambiciosos que inevitablemente su concreción sólo puede ser parcial –parcialmente exitosa, parcialmente completa, parcialmente consistente. Incluso para alguien de genio, ambición y esfuerzo intelectuales como ha sido nuestro admirable autor.

**El primero de los proyectos es la aspiración de un robusto liberalismo democrático, que nos desvela por su tensión e inestabilidad interna (autogobierno y gobierno limitado) desde que fue proclamado en la modernidad; y el segundo es la aspiración de la omnisciencia ético/moral/política, una especie de “aleph” del valor, que tiene tanto de maravilloso como de improbable<sup>4</sup>.**

Intuyo, entonces, que una atenta reconstrucción de sus emprendimientos (en este caso, sobre la democracia) dejará en evidencia desajustes internos, inconsistencias, puntos débiles, éxitos parciales, preguntas sin responder, malos argumentos, etc.

Pero entiéndase bien, las vacilaciones, lagunas, inconsistencias, etc. que –por hipótesis- cualquier lectura atenta de la obra de nuestro autor debería revelar, no pretenden ser una base para impugnar ni la pertinencia, ni realizabilidad histórica de los proyectos señalados.

Al contrario, se trata más bien de discutir cuán lejos o cerca nos ha dejado de su realización –en términos de consistencia interna, fundamentalmente-; y con ello, tal vez, contribuir a clarificar algunos de los espacios que deben ser llenados, o los puentes que deben ser tendidos, en el camino sin fin de encontrar las mejores

---

<sup>4</sup> No es que Dworkin afirmara que había logrado dicho resultado. De hecho expresa que los éxitos en esta integración interpretativa son siempre parciales y generalmente temporarios. Pero por sobre todo, reivindicaba la pertenencia de la actitud de búsqueda responsable de dicha integración, con independencia del grado éxito que pudiéramos esperar (ver, JxH 121).

respuestas a las recurrentes preguntas sobre la democracia, y su vinculación con otras igualmente urgentes sobre la moralidad política, la moral intersubjetiva y la ética.

## **ACLARACIONES METODOLÓGICAS**

La reconstrucción del pensamiento de Dworkin se hace sobre la base de sus libros, con excepción de un artículo que no ha sido incluido en ellos, pero fue recurrentemente citado como material relevante para comprender sus propios puntos de vista (nos referimos a IDC).

Si bien Dworkin ha publicado decenas de artículos sobre asuntos de la vida pública y cuestiones relativas a los desafíos de la vida democrática que no fueron incorporados a sus libros, creemos que el recorte metodológico realizado resulta adecuado. Como es sabido Dworkin iba integrando, priorizando y destilando en sus libros los elementos teóricos fundamentales que periódicamente publicaba en sus artículos, por lo que aquellos contienen las tesis más centrales, meditadas y establecidas del autor.

A su vez, las referencias al tema de la democracia de JxH remiten expresa y fundamentalmente a libros anteriores (principalmente FL, SV y LDP)<sup>5</sup>, por lo que podemos confiar en que el cuerpo de ideas, argumentos, definiciones y distinciones relevantes, así como los hitos en la evolución de su pensamiento sobre el tema que nos ocupa, está adecuadamente comprendido en tales fuentes. En unos pocos casos se completa algún elemento de la reconstrucción con referencia de trabajos no incluidos en libros, pero sólo a título ilustrativo, o a fin de acentuar algún elemento específico relevante.

En la preparación del trabajo tuve acceso a la edición original en inglés de algunas obras, pero sólo a la traducción de otras. Cito las ediciones originales en

---

<sup>5</sup> Ver JxH, cap. 18 nota N°2

inglés cada vez que me ha sido posible, y en otros casos las citas son extraídas de las publicaciones en español. Para facilitar la lectura, y por razones de economía en notas al pie, se consigna entre paréntesis, al final de cada cita, la página de la que son extraídas.

Finalmente, resulta pertinente aclarar que en este trabajo se asumen como conocidos los contenidos sustantivos generales del pensamiento de Dworkin sobre el derecho, los derechos y la democracia, la verdad moral, etc. En consecuencia se plantea la reconstrucción de sus teorías de la democracia como una conversación que presupone un entendimiento general compartido y no polémico sobre tales rasgos o contenidos centrales de su sistema. Las citas textuales, por cierto muy abundantes, están orientadas a proveer apoyo textual a una secuencia de reconstrucción o argumentación; a resaltar un elemento colateral y/o poco conocido o frecuentado de su teoría, generalmente una distinción que ayuda a interpretar algunos aspectos de las tesis centrales que se presumen conocidas; o finalmente, a señalar algún punto que será objeto de alguna crítica argumental o comentario.

No se realiza aquí, por lo tanto, una reseña descriptiva de las tesis básicas de Dworkin, sino una reconstrucción y acompañamiento crítico de su argumentación, para mostrar su evolución y ajustes, y analizar algunos de sus puntos de llegada.

**PRIMERA ETAPA: LA DEMOCRACIA  
MAYORITARIA/REPRESENTATIVA COMO “MERO” CONTEXTO  
INSTITUCIONAL DE REFERENCIA SIN CONTENIDO NORMATIVO NI  
SIGNIFICACIÓN INTERPRETATIVA (DESDE DES HASTA IDJ)**

*A.- “LOS DERECHOS EN SERIO”. LOS DERECHOS Y LOS PRINCIPIOS POR SOBRE  
TODO*

Los DeS contiene el primer movimiento de la deslumbrante teoría dworkiniana sobre el derecho. En su introducción afirma que una teoría general del derecho debe ser a la vez conceptual y normativa, y que su dimensión normativa *“debe tener una teoría de la legislación, de la adjudicación y de la obediencia al derecho; estas tres teorías consideran las cuestiones normativas del derecho desde el punto de vista del legislador, del juez y del ciudadano común”* (32)...junto con *“el problema del constitucionalismo...por qué los representantes electos de la mayoría han de verse alguna vez incapacitados para promulgar leyes que les parezcan justas y eficientes”* (32).

Como se puede ver, las cuestiones normativas relativas a la democracia están presentes desde el comienzo mismo en la agenda de nuestro autor; al punto de explicar su capítulo sobre los *“casos difíciles”*[el 4to] como *“puente entre las partes conceptual y normativa de la teoría [que] ofrece una teoría normativa de la función judicial, que subraya la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos, y defiende la proposición de que las decisiones judiciales basadas en*

*argumentos de principios son compatibles con los principios democráticos. El capítulo 5 [casos constitucionales] amplía esa teoría normativa de la adjudicación a los casos centrales, y políticamente importantes de la jurisdicción constitucional...y defiende la conveniencia de una revisión judicial limitada a argumentos de principio, incluso en casos políticamente controvertidos...” (38, el resaltado nos pertenece)<sup>6</sup>.*

Sin embargo, cuando nos adentramos en los argumentos que efectivamente se desarrollan en dicha obra se puede observar claramente que **en esta etapa de su trabajo, Dworkin no elabora ninguna teoría o concepción normativa -o interpretativa- sobre la democracia o sus principios; sino que más bien la toma descriptivamente, delineando de manera acrítica los rasgos típicos de las democracia representativa/pluralista, y ciertas afirmaciones elementales sobre la legitimidad de la decisión de órganos mayoritariamente electos.**

En diversos pasajes del capítulo sobre “los casos difíciles”, el referirse a la democracia, Dworkin se enfoca en los “*legisladores electos y responsables ante la ciudadanía*” y emplaza en dicho ámbito institucional a “*la legislación como política, es decir, como un compromiso entre objetivos y propósitos individuales en aras del bienestar de la comunidad como tal*” (151); para distinguirla de las decisiones basadas en principios, que, como sabemos, emplazará privilegiadamente en mano de los jueces.

**Esa distinción, entre una pobre pintura de la vida democrática y otra idealizada reconstrucción del razonamiento judicial, se significativa en esta etapa**

---

<sup>6</sup> La intensidad de la proposición cambiará sustancialmente en el futuro, para transformarse progresivamente en un argumento que en lugar de afirmar la “compatibilidad democrática” se conformará con negar la existencia de una inerradicable incompatibilidad (ver, fundamentalmente, su argumentación a partir de FL).

**(y el elitismo que resulta de ella, se mantendrá presente, cada vez que nuestro autor describa las prácticas políticas).**

Es más, precisamente por la combinación entre su posición teórica original sobre el derecho (unión de reglas y principios) y su interpretación sobre la decisión judicial (basada en la distinción entre decisiones fundadas en principios y en consideraciones políticas), es que Dworkin ha debido desde el comienzo mismo de su teoría, lidiar con una conocida objeción, llamada por él mismo: “*el argumento democrático*” (199). El llamado “argumento democrático” fue un “problema” con el que lidiar, porque su entendimiento del derecho y la función judicial, así como su entendimiento de la democracia, presuponían lógicas radicalmente diferentes de decisión (política y judicial), tal como lo ilustra la cita de dos párrafos atrás.

De modo que si bien la democracia está desde el comienzo en el corazón de la teoría dworkiniana, lo cierto es que lo está más bien como parte de un problema, de una tensión, casi de un “efecto colateral” de sus concepciones, con el que deberá lidiar durante décadas, y con el progresivamente que tratará de quedar en los mejores términos posibles. Aunque no haya sido ese su primer intento teórico, más bien al contrario.

Veamos pues, con detalle, cómo encuadra y aborda la cuestión de la democracia en esta primera etapa.

El “argumento democrático” afirmarí, en palabras de nuestro autor, lo siguiente: “*Si Hércules decide los casos sobre la base de tales juicios [juicios de teoría política, controversiales], decide sobre la base de sus propias convicciones y preferencias, cosa que parece injusta, contraria a la democracia...*” (199).

Hoy sabemos que la respuesta más o menos definitiva de Dworkin comenzará por establecer que a los fines de considerar el argumento, debería comenzarse por



analizar distintas concepciones de democracia que podrían estar implicadas en la invocación de tal concepto. Pero, como dijimos, en la primera etapa de su pensamiento, la argumentación era radicalmente diferente.

Su réplica no consistirá en explorar la idea de democracia, sino en defender; (a) que los juicios de teoría política (de principios) no son juicios sobre la moral existente –positiva- de la comunidad, sino juicios de moral crítica, que los jueces deben necesariamente adoptar en base a razones relativas a sus propios méritos (razones morales, últimas, en términos kantianos, podríamos decir); (b) que por lo tanto, respecto de esta clase de juicios, *no tiene sentido que los jueces sean* deferentes a los juicios de nadie más. Frente a un caso difícil-, un juez debe –él mismo- determinar los derechos de las partes, y *“sabe que si su decisión es errónea, como lo sería si se dejara guiar por lo que piensa el hombre común [en su ejemplo, Hércules cree que el hombre común está equivocado], privará a las partes de algo que tienen derecho a tener...[Hércules no sometería] a una encuesta de opinión pública una cuestión jurídica ordinaria y, puesto que piensa que las partes tienen derechos tanto en los casos difíciles como en los fáciles, Hércules tampoco se sometería a la opinión pública en los casos difíciles”* (207).

Como se puede ver, Dworkin identifica al “argumento democrático” con la deferencia a la opinión (convicciones, posiciones) de la mayoría tal como podría verificarse en una encuesta de opinión pública, (o, como veremos seguidamente, lo identifica con la opinión de la mayoría de los legisladores electos, como puede reflejarse en una ley sancionada) y nada más.

Por eso, en su “teoría de la adjudicación” -entendida como una actividad que demanda la adopción de juicios morales- no encuentra sentido ni aplicación, la impugnación que haría el argumento democrático. Bajo esa teoría de la adjudicación,

el juez debe ignorar la opinión de la mayoría en su proceso evaluativo; en el sentido que *el hecho* de que la mayoría sostenga una posición, o que la mayoría de los legisladores sostengan una posición, *no provee razón alguna* para adoptar o descartar determinado juicio en temas con dimensión de moralidad política<sup>7</sup>.

Ello no equivale a decir que el juez debe ignorar la “moralidad institucional”, de ninguna manera. Pero dicha moralidad institucional es, para Dworkin, parte de la moralidad crítica, en la que sólo valen las razones autónomas, y en relación con la cual el juez no tiene otro camino sino el de formar su propio juicio acerca de la mejor forma de entender los hitos que la conforman, y el sentido de los principios que en ella se expresan, en combinación con principios más abstractos de moral básica<sup>8</sup>.

En todo caso, parecería que –al menos hasta aquí– Dworkin no hizo un argumento de “compatibilidad democrática”; sino más bien de desdén hacia la democracia (pobremente entendida como encuesta de opinión).

Cuando pasa de los “casos difíciles” a los “casos constitucionales”, y aborda el “problema del constitucionalismo” –cap. 5–, nuestro autor comienza afirmando que *“La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria...la Constitución...está destinada a proteger a los*

---

<sup>7</sup> Debemos precisar este punto. Dworkin no sostiene que el juez debe ignorar los “argumentos” de la mayoría. Se trata, solamente de resaltar que el hecho de que la mayoría sostenga cierta creencia resulta, en la teoría de la adjudicación de Dworkin, epistemológica, moral y políticamente irrelevante para la tarea del juez, quien no tiene otra cosa que hacer que buscar su mejor respuesta. El favor mayoritario no tiene peso en sí mismo en la teoría de la adjudicación que está diseñando.

<sup>8</sup> Interesantemente Dworkin no advierte, ni señala en este momento, que la moralidad institucional y la moral crítica en general demandarían al juez un ejercicio de interpretación/evaluación sobre el valor o los principios de la democracia, la mayoría, etc. Por el contrario, implícitamente, pero de manera inequívoca, saca tales cuestiones del ámbito de la moral crítica (ideal + institucional) que debe evaluar el juez. Por supuesto, esta peculiaridad resuena fuerte cuando sabemos hacia dónde evolucionó el pensamiento de Dworkin con el giro interpretativo que dio con posterioridad. Pero el asunto ya resultaba llamativo en los propios términos del proyecto de Dworkin en DeS; pues, tal como hemos citado, en la introducción del libro afirmaba que el juez debe tener una teoría sobre el precedente, la legislación, etc. En consecuencia, la falta de “problematización interpretativa” (de una teoría) sobre la democracia, confirma el escaso interés teórico (normativo) que ésta tenía para el autor en esta etapa.

*ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común” (211). Dworkin llama a eso una “interferencia con la práctica democrática [que] exige una justificación [y entiende que los redactores de la Constitución] dieron por sentado que tales restricciones podrían ser justificadas apelando a los derechos morales que tienen los individuos contra la mayoría” (211/12)<sup>9</sup>.*

**Como se puede ver -y a diferencia de lo que dirá luego- Dworkin no parece imaginar que tales restricciones puedan ser justificadas como consistentes con -ni mucho menos aún, como internas a- alguna una concepción de la democracia; su respuesta es otra, típica del liberalismo político clásico, que contrapone la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, y en la cual los derechos son una interferencia con la democracia<sup>10</sup>.**

*“[N]uestro sistema constitucional [el de Estados Unidos] descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles...deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más bien que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carta de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política” (230/1).*

---

<sup>9</sup> Dworkin parece seguir aquí los pasos de Madison, cuando afirmaba que la constitución norteamericana no construía una democracia, sino una república (ver, Federalista N° 10). Es notable como Dworkin parece asociar democracia con mayoría, al punto de llamar “interferencia con la práctica democrática” a los derechos constitucionales.

<sup>10</sup> Por supuesto, debe tenerse presente que ese era el estado de la cuestión hace unas décadas. No había todavía un desarrollo académico ni político que se ensayara una superación o integración de esas dimensiones, como ocurriría en las décadas posteriores, con el propio Dworkin como uno de sus animadores.

Apenas planteada esta visión, nuestro autor se pregunta si podrían existir razones de principio para *“suavizar en alguna medida esta postura activista”* (231), por ejemplo, por razones de deferencia democrática, y allí dirá algo que se transformaría en un hito argumental de esta etapa: *“si intentamos enunciar tales razones de principio, nos encontraremos con que no son congruentes con el supuesto de un sistema constitucional, ya sea porque dejan a la mayoría en la situación de juez de su propia causa, o porque se basan en un escepticismo respecto de los derechos morales...”* (231).

Las citas precedentes corresponden a las conclusiones del capítulo sobre “casos constitucionales”, pero unas páginas antes, en ese capítulo, Dworkin desarrolla su elegante argumentación, y allí puede verse con claridad la “pintura” de la democracia que realiza.

En primer lugar, identifica reiteradamente el núcleo democrático con la dinámica representativa de *“legisladores estatales o nacionales, que ocupan cargos electivos y son responsables ante los electores”* (222). Interesantemente, allí sugiere que las dinámicas de accountability de la democracia de su país están lejos de ser adecuadas, aunque reconoce que eso sería más bien una condición para destacar que *“hace falta más democracia”* (222) y no para socavar el “argumento democrático”; pero la democracia se asocia exclusivamente con elecciones por, y rendición de cuentas a, la ciudadanía.

En el desarrollo de su argumentación, Dworkin atacará la idea de que *“en una democracia todos los problemas no resueltos, entre ellos los problemas morales y políticos de principio, sólo deben ser resueltos por instituciones que sean políticamente responsables de una manera que los tribunales no lo son”* (222). Su respuesta no consistirá, en esa época, en desarrollar una concepción alternativa de la

democracia a la que afirma como presupuesta en el “argumento democrático”, sino en atacar que sea probable *“que instituciones democráticas como los cuerpos legislativos tomen decisiones más sanas que los tribunales...respecto de la naturaleza de los derechos morales del individuo en contra del estado....[y también atacará que resulte] más equitativo que sea una institución democrática y no un tribunal la que decida tales problemas, aun cuando no haya razón para creer que esa institución haya de llegar a una decisión más sana...”* (223, el resaltado nos pertenece)<sup>11</sup>.

Dworkin empieza por el segundo argumento, el de “fairness”, y allí afirma tajantemente que dicho argumento *“pasa por alto el hecho de que las decisiones referentes a derechos en contra de la mayoría no son problemas que equitativamente deban quedar librados a la mayoría”* (223). Según nuestro autor *“las discusiones referentes a los derechos morales individuales”* tienen un *“carácter especial ... a diferencia de otras clases de discusiones políticas ... [ya que] ha sido típico de tales discusiones [que involucran derechos] que los intereses de quienes ejercen el control político de las diversas instituciones del gobierno hayan sido a la vez homogéneos y hostiles ... Por consiguiente, parece justo afirmar que el argumento de la democracia pide que quienes ostenten el poder político sean invitados a ser jueces exclusivos de sus propias decisiones, a ver si tienen el derecho de hacer lo que han decidido que quieren hacer”* (225); concluye con esa acidez e ironía tan sofisticada que nos ha regalado.

La otra variante del argumento democrático –decisiones “más sanas”- es reconstruido en base a una discusión que plantea con Bickel, descomponiéndola en dos variantes, igualmente poco atractivas en su opinión. En la primera, la sabiduría de

---

<sup>11</sup> Una vez más, al poner algo de contenido en la práctica democrática, lo único que coloca es decisión mayoritaria y sistema representativo.

la respuesta se asociaría con la perdurabilidad de los acuerdos políticos frente a la inestabilidad de las decisiones aisladas de un tribunal, y en la segunda –más radical– dicha sabiduría resultaría de que la identificación de los derechos morales se realiza mejor como resultado de un “proceso histórico”, orgánico, natural, evolutivo, de progreso, y no a través de “intervenciones artificiales” basadas en “apelaciones en principio”. En un movimiento argumental típico de su forma de escribir, Dworkin disecciona el argumento rival en esas dos formulaciones alternativas, las despacha rápidamente como poco atractivas, infundadas y poco comprometidas con los derechos morales.

En todo caso, si algo resultaba obvio es que nuestro autor no encontraba vínculo alguno entre democracia y decisiones políticas más sabias en asuntos de principio<sup>12</sup>.

También resulta claro que en realidad Dworkin no hizo un argumento de “compatibilidad” democrática de su modelo de adjudicación de casos difíciles y constitucionales, sino que más bien descartó que la democracia (pobremente entendida) tuviera algún pedigree legitimante para sustraer las cuestiones de derechos y de principios de las sabias y prudentes manos judiciales<sup>13</sup>.

El cierre de la reconstrucción de la democracia y su rol en la teoría normativa, en esta etapa, se puede advertir en su *“teoría de la obediencia”*, donde justifica un derecho moral fuerte a desobedecer las decisiones públicas cuando ellas violen derechos que los individuos tienen contra el gobierno: *“la existencia de derechos en*

---

<sup>12</sup> Interesantemente, Dworkin volverá a visitar esta argumentación casi 30 años después, en Ronald Dworkin, “Rawls and the Law”, 72 Fordham L. Rev. 1387 (2004), para argumentar que, tal como él la entiende, la teoría de Rawls sería cercana a la suya, en cuanto Rawls no recomendaría un método de abstinencia o minimalismo judicial en el control de constitucionalidad basado en razones de confianza epistémica en los procesos y compromisos políticos en cuestiones como las relativas al aborto, la eutanasia, etc.

<sup>13</sup> Por supuesto, dicha posición era conforme con los desarrollos conceptuales de la teoría democrática de esos tiempos. No era la suya una posición comparativamente retrógrada, bajo ningún aspecto.

*contra del gobierno se vería amenazada si el gobierno pudiera vulnerar uno de esos derechos apelando al derecho de una mayoría democrática a imponer su voluntad. Un derecho en contra del gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese ‘algo’ se haga...” (289).*

**Parece claro que la democracia es -para Dworkin, en este momento- gobierno de la mayoría, a través de representantes, buscando maximizar la satisfacción de preferencia de los ciudadanos/mayoría/comunidad. A eso se le oponen los “derechos morales” no agregativos, contra-utilitarios, basados en principios, que deben determinarse mediante razones vinculadas con los principios embebidos en la moral institucional. Ambas categorías colapsan en la cuestión de la decisión: quién decide, y cómo decide estas cuestiones. La respuesta de Dworkin es clara, deben decidir los jueces, en base a principios (y no la mayoría en base a preferencias, prejuicios, caprichos). Los derechos (y la forma en que deben ser adjudicados) implican una interferencia democrática.**

Como sabemos, DeS fue publicado en 1977 y comprende casi una década de trabajos<sup>14</sup>. En el lustro siguiente, nuestro autor volverá sobre el “argumento

---

<sup>14</sup> El capítulo 10 de DeS contiene un artículo publicado originalmente en 1966 (“Lord Devlin and the Enforcement of Morals; Yale Law Journal). Allí, Dworkin discute el problema de la imposición jurídica –a través del derecho penal- de estándares de la moralidad positiva; y si bien en una parte sugiere algún eventual fundamento de tinte democrático que podría ser discutido, su argumentación y su encuadre ignoran por completo la sustancia de dicha discusión; limitándose a reivindicar que los legisladores no están obligados –y al contrario, deberían evitar hacerlo- a seguir ciegamente las convicciones morales en sentido antropológico (como meros hechos constatables); ya que deben evaluar en qué medidas tales convicciones resultan o no de prejuicios, caprichos, etc., pues “...la creencia en que los prejuicios, la aversiones personales y las racionalizaciones no justifican la restricción de la libertad ajena ocupa, por derecho propio, un lugar fundamental y crítico en nuestra moralidad popular” (DeS 366). Con esta alegación liquida el punto, sin que abra la puerta a discutir en ningún momento cómo entender la democracia, el autogobierno, el grado de autoridad de la mayoría para formatear el ambiente moral social, etc.

democrático” en artículos que serían luego incluidos en CdP. Los repasamos a continuación. Su posición seguirá consistentemente el sendero trazado.

**B.- “LOS JUECES POLÍTICOS Y EL ESTADO DE DERECHO”. LOS JUECES POR SOBRE EL PUEBLO**

En 1978 Dworkin pronunció una conferencia en la Academia Británica, que fue publicada en 1980 y luego sería el capítulo I de CdP. Aborda allí el “argumento democrático”<sup>15</sup>, y siguiendo su técnica preferida de argumentación, comienza por diseccionarlo en dos variantes.

Así, nuestro autor se pregunta: *“Primero, ¿hay razones de carácter institucional por las que sea más probable que una decisión legislativa en materia de derechos sea más precisa que una decisión judicial?...no puedo imaginar qué argumento se podría alegar para demostrar que hay una mayor probabilidad de que las decisiones legislativas en materia de derechos sean inherentemente más correctas que las judiciales...no conozco ningún motivo por el que haya una mayor probabilidad de que un legislador tenga creencias precisas sobre el tipo de hechos que, en cualquier concepción plausible de los derechos, sería pertinente para determinar qué derechos poseen los ciudadanos...[por lo demás] la técnica de analizar la coherencia especulativa para determinar si algo es un derecho está mucho más desarrollada entre los jueces que entre los legisladores o entre la gran mayoría de los ciudadanos que eligen a los legisladores...En algunos casos, por otra*

---

<sup>15</sup> Reconstruido de la siguiente manera: “supone que la decisión de un órgano legislativo electo por la mayoría de la ciudadanía es, en última instancia, la mejor manera de decidir qué derechos poseen los ciudadanos en relación con otros ciudadanos y con la sociedad en su conjunto” (42). Una vez más, la descripción mínima y acrítica de la democracia representativa.



*parte, los ciudadanos que eligen a los legisladores constituyen una de las partes en el argumento sobre si alguien tiene el derecho a algo...en esos casos, los legisladores sufren presiones, mientras que los jueces no, y esto debe contarse como un motivo para suponer que, al menos en estos casos, los jueces tienen una mayor probabilidad de llegar a conclusiones acertadas sobre los derechos” (43, el resaltado nos pertenece)<sup>16</sup>.*

Luego de descartar el argumento “institucional” analiza si “¿es la equidad...uno de los motivos por los que la legislación debe ser la única estrategia para decidir cuáles son los derechos de los ciudadanos?”. Aquí, por primera vez, parece asociar a la democracia con alguna clase de ideal normativo (no meramente mayoritario), aunque rápidamente dicha vía de exploración se disuelve, para caer en el barro de las meras prácticas políticas existentes, el mero “modus vivendi” que –previsiblemente– será poco atractivo. Sigamos el argumento –y en notas al pie identificaremos sus desvíos retóricos. Dworkin plantea el argumento que deberá replicar.: “*la democracia supone igualdad de poder político, y si las decisiones políticas genuinas dejan de ser patrimonio de los órganos legislativos para pasar a ser responsabilidad de la justicia, el poder político de los ciudadanos, que eligen a los legisladores pero no a los jueces, se ve debilitado, lo cual es injusto...*” (46). La respuesta es, a mi modo de ver, llamativamente incompleta y evasiva: “*Si todo el poder político fuera transferido a los jueces, la democracia y la igualdad de poder político quedarían destruidas. Pero lo que estamos analizando es apenas un tipo pequeño y especial de decisiones*

---

<sup>16</sup> Es notable –una vez más– advertir que el argumento democrático se transforma en un análisis (negativo) de la capacidad epistémica de los legisladores y “de la gran mayoría de los ciudadanos” para la indagación de principios; y la afirmación de que los jueces tienen mejores herramientas para tal indagación. El elitismo implicado en el argumento es notorio.

*políticas<sup>17</sup> ... más allá de cómo se midan las pérdidas y las ganancias en materia de poder político, es innegable que algunos ciudadanos ganan más de lo que pierden<sup>18</sup>. No cabe duda de que, en términos generales, en una democracia el poder está en manos del pueblo. No obstante, es también a todas luces evidente que ninguna democracia brinda una auténtica igualdad de poder político...[y menciona el poder económico de las grandes empresas, los grupos como los sindicatos y la asociaciones profesionales, la situación de las minorías] estos defectos del carácter igualitario de la democracia son conocidos, y, en parte, irremediables<sup>19</sup>. Debemos tomarlos en cuenta cuando juzgamos cuánto poder político pierden los ciudadanos cada vez que una cuestión vinculada con los derechos individuales se retira de los órganos legislativos para pasar a manos de los tribunales. Algunos pierden más que otros sólo porque tienen más que perder<sup>20</sup>...no hay motivo para pensar, en abstracto, que el traspaso de decisiones sobre los derechos de los órganos legislativos a los tribunales frene el ideal democrático de igualdad de poder político. Es muy probable que lo impulse”.*

Por supuesto, la afirmación final es –está– absolutamente infundada. Y una vez más, no hay un argumento de compatibilidad, sino, en el mejor de los casos, de “no incompatibilidad absoluta”.

Pero detengámonos un segundo más en este artículo. Allí, por primera vez, se asocia democracia con “igualdad de poder político”, lo que abriría el juego al

---

<sup>17</sup> Aquí el argumento contiene un defecto evidente, pues confunde “cantidad” y “calidad”, y evita responder el punto (no se trata de que sean muchas o pocas las decisiones, sino de que sean importantes para la ciudadanía o no).

<sup>18</sup> Aquí el argumento es más débil aún, pues lo importante sería saber “qué” ganan y pierden, y “cuántos”; y nada de eso es analizado.

<sup>19</sup> Aquí parece haber olvidado lo que dijo en DeS, a saber, qué tales fallas en todo caso hablarían en favor de “más democracia”.

<sup>20</sup> En esta parte, la estrategia retórica de Dworkin consiste en (a) llevar el argumento a una cuestión de contexto (b) presentar el contexto de una manera tan embarrada, que ninguna conclusión pueda sostenerse sobre dicha base.

desarrollo de una concepción normativa. Sin embargo, Dworkin clausura dicha agenda con total desinterés por explorar lo que podría significar igualdad de poder político, y tomando acríticamente el hecho de que –sin importar lo que sea o deba ser– las democracias reales tienen grandes desigualdades de poder político.

Y todo lo importante queda sin argumentación, pura conjetura, que a la luz del elitismo en el que se enmarca, no puede sino dar a pensar que las decisiones más importantes deben ser alienadas del poder político de la ciudadanía.

Creo que la debilidad de la argumentación podría rastrearse en que, casi inadvertidamente, nuestro autor dotó a la democracia de un valor moral (igualdad de poder político), pero no estaba, todavía, preparado para discutir sobre la democracia en términos morales; como haría posteriormente. Por eso mismo, su estrategia consistió en bajar el ideal de la democracia al “contexto” y al barro de las prácticas políticas (todas las democracias traicionan dicho valor). En todo caso, el antagonismo entre derechos y democracia (reconstruida como voluntad mayoritaria, o legislativa, etc.) sigue animando a nuestro autor, y su elección es clara.

### *C.- "LIBERALISMO". ¿ QUÉ TAN DEMOCRÁTICO ES UN LIBERAL?*

También en 1978, Dworkin publicó “Liberalismo”, incluido luego como capítulo 8 en CdP. Allí presenta su visión sobre las tesis fundamentales del liberalismo, y explora –acaso brevemente– su relación con el ideario democrático.

Como se puede apreciar en el párrafo que seguidamente transcribimos, se **expresa allí, por primera, la idea de que el atractivo de la democracia (al menos para un liberal) dependería de su contribución instrumental a un valor sustantivo (en este caso, la igualdad de consideración y respeto).** Allí está el

germen que luego florecerá en su “dependant conception of democracy”, desarrollada en “What is Equality? Part IV”, que visitaremos más adelante. No es poco; aunque todavía estamos en la etapa en que la democracia es vista como mera práctica, incluso una potencialmente dañosa para los valores igualitarios.

En “Liberalismo”, nuestro autor afirma: *“la democracia está justificada porque hace valer el derecho a la consideración y el respeto del que toda persona goza en tanto individuo; pero, en la práctica, a menudo las decisiones de una mayoría democrática puede violar ese derecho...La decisión política...no refleja sólo algún acuerdo entre las preferencias personales de todos...sino el predominio de un conjunto de preferencias externas...la decisión invade el derecho de los ciudadanos a ser tratados como iguales...El liberal, entonces, inclinado...a la democracia en lo político por motivos claramente igualitarios, se encuentra con que **dichas instituciones arrojarán resultados desigualitarios a menos que añada al proyecto distintos tipos de derechos individuales.** La justificación última de esos derechos es que son necesarios para proteger la igualdad de consideración y respeto; pero no se los debe entender como representantes de la igualdad en contraste con algún otro objetivo o principio al cual contribuye...la democracia..., los derechos están justificados no por algún principio que compite con una justificación independiente de las instituciones políticas...sino a fin de perfeccionar la única justificación en la cual se pueden fundamentar esas otras instituciones”* (250, el resaltado nos pertenece).

Como vemos, Dworkin se toma más en serio el esfuerzo de identificar algún valor moral como fundante de la democracia –a diferencia de la vacía alegación de la igualdad de poder político mencionada en el artículo que acabamos de reseñar, aquí se hace una alegación al valor más básico y dotado de contenido, de la “igualdad de

consideración y respeto”. Pero, de todos modos, rehúye el paso de explicitar esta vinculación, y de desarrollar la “mejor concepción de la democracia posible”. Al contrario, vuelve a la democracia como institución que “arrojará resultados desiguales” salvo que sea contrabalanceada por elementos externos a ellas; expresamente, los derechos, como un elemento no democrático, contra-democrático, justificado por contribuir al ideal político abstracto del que proviene la justificación de la democracia.

La democracia puede ser consistente con los ideales liberales (iguales) - aunque no se explica bien por qué- pero si se la deja sola atenta contra tales ideales por la indebida acción de las preferencias externas<sup>21</sup>, y debe ser controlada y encauzada con otros elementos igualitario (los derechos).

Así que todo liberal aparecerá inclinado hacia la democracia, pero se asegurará de limitarla –con derechos- para contrarrestar sus tendencias atentatorias contra la igualdad. Como vemos, falta bastante para que Dworkin plantee a los derechos como precondiciones de la democracia o consustanciales a ella. Lo más cerca que pueden estar, en esta época, es como elementos paralelos, y de control de desvíos de la democracia, justificados por el mismo ideal que justifica a ésta.

*D.- “EL FORO DE LOS PRINCIPIOS”. EN CONTRA DE ELY*

En 1981, Dworkin publica este trabajo, que sería incluido como cap. 2 de CdP. Allí, entre otras cosas, se ocupa por primera vez, y con una réplica intensa, de la provocadora tesis de Ely sobre el control de constitucionalidad -que propone

---

<sup>21</sup> Interesantemente, Dworkin se olvidará de este argumento de las “preferencias externas” como debilidad de la democracia (mayoritaria) hasta que Waldron se lo recuerde en la discusión previa a JxH. Remitimos al análisis de ese libro, en la cuarta etapa.

interpretar a algunos derechos de la constitución estadounidense como consistentes con, y realizadores del, ideal democrático<sup>22</sup>.

El objetivo de Dworkin en el texto es defender su propia visión de la adjudicación constitucional (el activismo judicial basado en principios para cuestiones constitucionales de moralidad política); pero para ello debe ocuparse de la cuestión de la democracia, no tanto en la versión clásica de lo que llamaba “el argumento democrático”, sino en la muy diferente, y provocadora, idea de que el control de constitucionalidad puede y debe diseñarse de manera consistente con el ideal democrático, entendido de cierta manera; y que no es una amenaza, ni una restricción externa a aquélla.

La agenda de Dworkin en este texto será –curiosamente- la de desconectar revisión judicial y concepciones de la democracia, argumentar en contra de la idea de que explorando la idea de democracia se pueden obtener mejores respuestas acerca de cuándo y cómo se justifica el control de constitucionalidad –algo que, luego, sería su propia agenda, como sabemos.

De manera muy interesante, en este período temprano Dworkin todavía se abstiene expresamente de discutir sobre “el contenido de una concepción de la democracia”; eligiendo debatir, en relación con la tesis de Ely, “*el tipo de argumento necesario para mostrar que una concepción de la democracia es superior a otra*” (86); y allí distinguirá entre argumentos “centrados en los inputs” y los “argumentos orientados a los resultados”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> “Democracy and Distrust”; Harvard Paperbacks, 2981. Dworkin volvería varias veces sobre la tesis de este libro, incluso décadas después. En cada oportunidad con un juicio diferente acerca de los méritos y fallas del argumento de Ely. En esta primera ocasión le depara el trato más amargo, parece hasta molesto, enojado con la tesis de Ely.

<sup>23</sup> Esta distinción también alimentará su distinción posterior entre concepciones de la democracia “detached” y “dependant”.

Dworkin se manifiesta escéptico (a mi juicio artificialmente escéptico) de que la Corte pueda encontrar “*un buen argumento a favor de una concepción [de la democracia] en vez de otra [se refiere a una basada en los aportes o en los resultados]*” (87). Para nuestro autor “*...parece improbable que un argumento tal pueda existir, al menos si estamos pensando en uno lo bastante potente como para no recomendar la democracia meramente como una idea vaga y general, sino para brindar razones para elegir una concepción de la democracia en vez de otra*”. El único camino razonable y fructífero consiste en la argumentación sustantiva, de moralidad política, sobre qué derechos tiene la gente.

Dworkin expresa: “*...sostengo que el ideal abstracto de democracia no ofrece de por sí un respaldo mayor a una teoría del derecho de la revisión judicial basada en el proceso que a una basada en los resultados ...desarrollaré un fundamento diferente para la revisión basada en el procesos, en una teoría de los derechos pensados como recursos para imponerse a la voluntad de la mayoría, para luego demostrar que el argumento de Ely, bien entendido, es en realidad ese argumento, y no el de la democracia que se encuentra en el título y en la superficie de su libro*” (85).

Asimismo, alegará que “*los únicos argumentos plausibles a favor de la democracia, y, por ende, los únicos plausibles para optar por una concepción de democracia y no otra, son argumentos de resultados*” (87), argumentos sustantivos sobre los valores morales protegidos en la constitución.

Como se puede ver, Dworkin enfatiza que lo único que verdaderamente debe importar es la justicia (los derechos, la igualdad). Si alguien quiere construir alguna concepción de la democracia y del rol de la adjudicación constitucional; debe hacerlo argumentando que su concepción y su modelo producirá decisiones más justas (más

respeto por los derechos, más realización de la igualdad). La democracia no parece expresar valor sustantivo (normativo, moral) alguno.

Al concluir su trabajo, nuestro autor expresa: *“Hemos visto desplegar [en Ely] una extraordinaria cantidad de talento para reconciliar la revisión judicial con la democracia... Si queremos que haya revisión judicial... tenemos que aceptar que la Corte Suprema debe tomar decisiones políticas importantes... Ahora bien, ¿debemos aceptarlo, aunque sea con pesar? ¿no nos debería dar vergüenza que en nuestra versión de la democracia un tribunal designado deba decidir por todos sobre cuestiones de moral política? Es posible que sí; pero se trata de una cuestión mucho más compleja... Si abandonamos la idea de que hay una forma canónica de democracia, también debemos renunciar a la de que la revisión judicial es incorrecta porque, inevitablemente, compromete la democracia. No se sigue de ello que la revisión judicial sea correcta. Sólo que no se puede resolver la cuestión recurriendo a etiquetas” (100).*

Nuevamente, el vacío normativo sobre el ideal democrático, ninguna defensa sustantiva, ninguna concepción interpretativa. Ese es el estatus de la democracia en esta etapa, en que nuestro autor tiene una agenda volcada hacia el anti-positivismo, la tesis fuerte de los derechos morales, y la reivindicación de los argumentos de principio, y el foro por él preferido para elaborarlos.

Cuando Ely invitó a integrar las cuestiones de la democracia, los derechos y la revisión judicial, Dworkin rechazó decididamente la pertinencia del proyecto.

**E.- “DESOBEDIENCIA CIVIL Y PROTESTA NUCLEAR”. PRINCIPIOS Y POLÍTICAS  
FRENTE A LAS MAYORÍAS**



En 1983, Dworkin dictó en Alemania una conferencia sobre desobediencia civil, que luego fue incluido como cap. 4 de CdP<sup>24</sup>.

Allí realizó algunas afirmaciones sobre la democracia, que siguen la línea de su idea descriptivamente mayoritarianista. También se apoyará fuertemente en este artículo en la distinción entre cuestiones de principio y de política. El cruce de ambos tópicos será interesante.

Dworkin identifica tres tipos de desobediencia civil, de acuerdo al tipo de convicciones en las que se basan: “desobediencia basada en la integridad (moral)”, “desobediencia basada en la justicia” y desobediencia basada en políticas públicas”. Afirma que las “...dos primeras formas de desobediencia suponen, aunque de manera distinta, convicciones basadas en principios. En la tercera forma, en cambio, se trata de juicios basados en políticas públicas” (145).

En relación con nuestro tema, resulta relevante el pasaje en el que Dworkin argumenta que las estrategias “no persuasivas” -no destinadas a que la mayoría cambie de opinión, sino a elevar el costo de que se efectivice la medida cuestionada- no son aceptables para el tercer tipo de desobediencia, por sus implicancias relativas al principio de la mayoría. Dicho pasaje ilustra claramente la visión y el alcance de la democracia que inspira a nuestro autor.

*Dice: “La mayor parte de las personas aceptan que el principio del gobierno de la mayoría es esencial para la democracia; me refiero al principio según el cual, una vez que se establece una ley por el voto de los representantes de la mayoría, también debe ser obedecida por la minoría. La desobediencia civil, en todas sus formas y estrategias, tiene una relación tormentosa y compleja con el gobierno*

---

<sup>24</sup> El tema ya lo había ocupado en DeS –cap. 8- aunque su análisis en dicha ocasión, a diferencia del encuadre de este artículo, no tocaba significativamente ningún contenido relevante vinculado con la democracia.

mayoritario. No rechaza del todo el principio, como lo haría un revolucionario extremista: los desobedientes civiles, en el fondo, siguen siendo demócratas. Las estrategias persuasivas, en ambas clases de desobediencia, tienen una ventaja considerable...alguien que tenga como meta persuadir a la mayoría...claramente no quiere desafiar los fundamentos del principio del gobierno de la mayoría. Acepta que, en última instancia, se debe cumplir con la voluntad de la mayoría...Las estrategias no persuasivas carecen de esta explicación, y es por ello que, sobre todo en una democracia, siempre son inferiores desde un punto de vista moral. Pero cuando se emplean en la desobediencia basada en la justicia...por lo menos pueden apelar a una excepción al principio del gobierno mayoritario que está vigente y no se cuestiona, no sólo en los Estados Unidos, sino tampoco en Alemania ni en muchos otros países. Me refiero a la excepción encarnada en el poder constitucional que se confiere a los jueces para declarar nulos actos de los representantes de la mayoría cuando, a criterio del juez, esas decisiones atentan contra los principios de justicia sancionados en la constitución. Dicha potestad supone que la mayoría no tiene derecho a actuar de manera injusta, a abusar del poder que detenta siguiendo sus propios intereses en detrimento de los derechos de una minoría...la revisión judicial de un tribunal constitucional...está fundada en una salvedad al principio del gobierno mayoritario, según la cual, se puede obligar a la mayoría a ser justa, contra su voluntad” (150).

Y aquí agrega: “la desobediencia basada en políticas públicas no puede apelar a tales estrategias [las no persuasivas] porque la excepción que acabamos de mencionar no abarca cuestiones de política...alguien que no espera persuadir a la mayoría...sino que quiere hacerla pagar tan caro por sus políticas públicas que cederá aunque no esté convencida, debe apelar a alguna forma de elitismo o

*paternalismo para justificar sus acciones. Y cualquier apelación de esa índole parece ser un ataque de raíz al principio del gobierno de la mayoría, a sus cimientos... Si algo significa ese principio es que es la mayoría, y no la minoría, la que en última instancia tiene el poder de decidir qué es el interés común...” (150).*

Una vez más, “*gobierno de la mayoría es esencial para la democracia*” y la protección judicial de los derechos por razones de principio son “*una excepción al principio del gobierno mayoritario*”. Esas frases serán irreconocibles en el lenguaje de Dworkin de 15 años después.

### **Conclusión y puente hacia la segunda etapa**

En esta primera etapa tenemos a Dworkin desarrollando su teoría no-positivista del derecho, basada en la tesis de los derechos morales, cuyo contenido preferido es el del liberalismo igualitario. La democracia, cuando aparece en sus discusiones, aparece en boca de alguna crítica a (1) las implicancias de su visión no-positivista –que aliena las decisiones fundamentales de la agencia de la comunidad-, o (2) como amenaza a la dimensión individualista de su liberalismo –con las mayorías como amenazas a los derechos individuales, especialmente por las posibles presiones sobre los legisladores, como por la influencia indebida de las preferencias externas.

La distinción entre cuestiones de principio y de mero interés, o de políticas públicas, es también clave para la autoridad democrática (mayoritaria, en sus propios términos); y su rechazo a la autoridad mayoritaria para cuestiones de principio es radical y sin cortapisas.

Tal vez por eso, Dworkin reaccionó tan duramente a la propuesta de Ely de entender el control de constitucionalidad de manera consistente con la democracia;

porque veía en ello –tal vez- un irrefrenable desplazamiento hacia la imposición de los criterios de moralidad mayoritaria, lo cual sería una tanto una amenaza al liberalismo, como un vaciamiento del derecho respecto de la argumentación moral.

A su vez, las posiciones presentadas en DeS, y expandidas posteriormente en los artículos que integrarían CdP, deberían enfrentar dos críticas (en algún sentido opuestas) a diversos elementos centrales. Por un lado, la crítica del positivismo incluyente a la teoría dworkiniana del derecho. Dicha crítica, que ha sido repetida hasta la actualidad, sostenía que su tesis sobre las reglas y los principios era en realidad compatible con los postulados conceptuales del positivismo, ya que –según el argumento- el propio Dworkin reconocía que los principios se identificaban a partir de (y estaban incluidos en) las prácticas institucionales de la comunidad. Por ello, según el positivismo incluyente, la regla de reconocimiento podía, en dichas comunidades, incluir a los principios así identificados con lo que mantenía su potencia conceptual y superaba el ataque de nuestro autor<sup>25</sup>.

Por el lado opuesto, la crítica que desde el comunitarismo se realizaba al liberalismo en general, acusándolo de un solapado elitismo y perfeccionismo moral. Esa crítica se proyectaba a las posiciones de Dworkin sobre las respuestas correctas a las cuestiones de principios, que bajo la teoría de nuestro autor, nadie estaría en mejor posición para captar que los jueces.

En la década de los 80, Dworkin afinará sus tesis filosóficas y expandirá el alcance de su trabajo, para aclarar y rebatir esas críticas y mantener el núcleo de sus posiciones tanto filosóficas (el derecho volcado a la moral) como institucionales (los derechos como cartas de triunfo contra-utilitaristas y el control judicial de

---

<sup>25</sup> Dworkin se ocupó de rebatir estas críticas tanto en IdJ como, muchos años después y con una estrategia argumental diferente, en los artículos que conformaron JeT. Incluso en JxH realizó un ajuste final a su respuesta definitiva.

constitucionalidad como institución justificada). El camino para hacerlo será su teoría del derecho como “práctica interpretativa”.

Así, se distinguirá del positivismo, a quien reconvertirá interpretativamente en “convencionalismo” y frente al cual afirmará que su teoría no es convencionalista y que la interpretación “constructiva” no puede serlo. También se encargará de las críticas comunitaristas -al impregnar su teoría de (y en) la práctica comunitaria, y alegar que el derecho como interpretación no está desconectado de la vida comunitaria, sino que es (y sólo puede ser) una práctica de interpretación, construida colectivamente, de su sentido político.

En ese contexto, la democracia comenzará a situarse como una forma de esa práctica comunitaria, en una progresiva transición conceptual, hacia un “concepto interpretativo”, aunque todavía normativamente subordinado a valores sustantivos.

## **2.- SEGUNDA ETAPA: TIEMPO DE TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA –Y EL DERECHO- COMO “CONCEPTOS INTERPRETATIVOS” Y “PRÁCTICAS DE ACCIÓN COLECTIVA”. UN ENSAYO FALLIDO (IDJ Y “WHAT IS EQUALITY? PART IV. POLITICAL EQUALITY)**

En la década del 80 Dworkin pulió, desarrolló y sistematizó su idea del derecho como práctica social “interpretativa” -empezando con el artículo “Law as interpretation”, de 1981, luego incluido como capítulo 6 de CdP<sup>26</sup>. Law’s Empire

---

<sup>26</sup> La perspectiva interpretativa será progresivamente el eje fundamental del proyecto filosófico de Dworkin. Empezará con el derecho, pero terminará conformando el elemento más básico y

contiene el desarrollo sistémico de su teoría sobre el derecho, y allí incluirá por primera vez la discusión específica sobre la legitimidad política, que había anunciado en DeS, aunque sin haberle dedicado un esfuerzo sustantivo e integral.

Por estos años nuestro autor comenzará a reflexionar con detenimiento—comenzará a trabajar interpretativamente— sobre las condiciones de la legitimidad de la democracia. A tal efecto, construirá una tesis sobre la organización y la actuación de las comunidades políticas democráticas (en “liberal community”) que servirá de pasaje a la elaboración de su teoría -su concepción- sobre la democracia. En esta etapa también escribirá “What is Equality? Part IV: Political Equality”, donde primera vez intentará establecer entre el ideal de la igualdad y la democracia, que había insinuado en “Liberalismo” y “El foro de los principios”.

El desplazamiento de su teoría del derecho desde el ámbito -relativamente prístino- del modelo de reglas y principios morales, al menos pulcro de las prácticas sociales-institucionales, interpretativas, demandará que deba ocuparse más intensamente por el “sentido” de tales prácticas en las que el derecho se manifiesta, que ya no pueden ser tomadas como meramente dadas, o como indeterminadas en su sentido interpretativo, como ocurría en etapa anterior. Veamos pues cómo se aproxima Dworkin a esta nueva dimensión de la democracia, y qué tan consistente es su desarrollo.

**A.- “LAW’S EMPIRE”. EL DERECHO COMO PRÁCTICA INTERPRETATIVA Y LAS VIRTUDES POLÍTICAS**

---

fundamental desde el que tenderá su red sobre el conocimiento, los conceptos, la verdad, los valores, etc.

Según declara en sus primeras páginas, Law's Empire "*...establece en toda su extensión la respuesta que he estado desarrollando, paso a paso, durante varios años: que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser...este libro pule, expande e ilustra esa concepción del derecho. Excava en sus cimientos en una política más general de integridad, comunidad y fraternidad*" (11).

En ese marco, afirma que "*...una minuciosa teoría política del derecho incluye por lo menos dos partes principales: habla de los fundamentos del derecho (circunstancias donde propuestas de ley en particular pueden ser consideradas sólidas o verdaderas) y de la fuerza del derecho (el poder relativo de cualquier propuesta de ley verdadera para justificar la coerción...)* estas dos partes deben apoyarse entre sí" (87). Sin embargo, nos relata que en general ha existido una división del trabajo entre filósofos políticos, ocupados del asunto de la fuerza del derecho, y los filósofos del derecho, dedicados a las cuestiones de los fundamentos. Por eso, tal vez, nuestro autor pudo, él mismo, haber circunvalado durante tantos años la pregunta normativa sobre la democracia como parte de su teoría del derecho. En tal sentido, explica aquí que las teorías sobre "*desobediencia civil*" "*son principalmente sobre la fuerza del derecho y no sobre sus fundamentos*" (89). Ambas dimensiones deben reconciliarse en algún nivel de una teoría completa, pues una teoría general del derecho, había dicho una página antes, "*propone por lo tanto una solución a un complejo conjunto de ecuaciones simultaneas*" (87).

*A.1.- Las virtudes políticas y la legitimidad de las prácticas políticas (y jurídicas) Descripción del Argumento*

Veremos cómo empieza a trabajar esa reconciliación teórica en el marco de su afinada concepción sobre el derecho. En el capítulo 5 Dworkin establece los tres ideales políticos clásicos: Fairness, (“*significa hallar los procedimientos políticos – métodos para elegir funcionarios y hacer que sus decisiones sean responsables para el electorado- que distribuyan el poder político de la forma adecuada...Esto se entiende, al menos en los Estados Unidos y en Inglaterra, como procedimientos y prácticas que atribuyen a todos los ciudadanos más o menos la misma influencia en las decisiones que los gobiernan*”<sup>27</sup> -124) Justice (una distribución justa de recursos y oportunidades, “*queremos que nuestros legisladores y otros funcionarios distribuyan recursos materiales y protejan las libertades civiles como para asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral*” -124) y Due Process (“*se refiere a los procedimientos correctos para juzgar si un ciudadano ha violado las leyes...*” -124).

A ellos, les agrega su distintiva virtud de la “integridad política” (que el estado “*actúe sobre la base de principios coherentes y únicos, aun cuando los ciudadanos estén divididos sobre cuáles son en realidad los principios de justicia y equidad correctos*” – 125).

Dworkin afirma que la aceptación de la integridad como principio o virtud, implica –demanda- una “*personificación de la comunidad política*”; y se dedica a aclarar qué tipo de personificación tiene en mente (asunto que desarrollará cabalmente en “*Liberal Community*”). Pero más importante aún, la integridad, y esa idea de

---

<sup>27</sup> Muy poco tiempo después, Dworkin descartará que la “igual influencia”, en cualquiera de sus dimensiones, sea algo valioso. Ver a partir de “*What is equality? Part. 4*”



personificación, será la clave para esta primera respuesta de Dworkin al “enigma de la legitimidad”.

Dworkin distingue, analíticamente, la cuestión de la legitimidad y la cuestión de la obligación política de los ciudadanos. La cuestión de la legitimidad se refiere a las condiciones de justificación de la coerción por parte del estado, y según nuestro autor *“un estado es legítimo si su estructura y prácticas constitucionales son tales que los ciudadanos tiene la obligación de obedecer las decisiones políticas que implican la imposición de deberes sobre ellos [y según Dworkin] un estado que acepta la integridad como ideal político tiene un mejor caso de legitimidad que uno que no lo acepta”* (142).

Su reconstrucción de la legitimidad se realiza en base a la idea de las “obligaciones asociativas” –tema sobre el que volverá en JxH. Tales obligaciones requieren la concurrencia de 4 actitudes entre los miembros del grupo: Deben considerar a las obligaciones *“especiales...distintivas”*; tienen que aceptar que estas responsabilidades son *“personales”*; deben considerar que estas responsabilidades provienen de una más general que es *“la preocupación que cada uno tiene por el bienestar de otros miembros”* y *“deben suponer que las prácticas grupales demuestran ...un igual interés por todos sus miembros”* (lo que no excluye relaciones estructuradas e incluso jerárquicas) (147/8, el resaltado nos pertenece)<sup>28</sup>. Cuando estas condiciones se dan, se conforma lo que Dworkin llama *“comunidades genuinas”*, en las que los miembros tienen obligaciones. Luego llamará *“comunidad de principio”* a la clase de comunidad política que satisface esas cuatro condiciones y al hacerlo acepta la integridad como ideal (156/7).

---

<sup>28</sup> Como se vé, algunos de estos elementos resonarán en los principios de la “partnership conception” que se articulará años después.

Ello no implica que la comunidad –o las obligaciones que establece- sean justas; **“las verdaderas obligaciones comunales pueden ser injustas”** (149); aún las comunidades genuinas **“...pueden ser injustas o promover la injusticia o producir...el conflicto...entre la integridad y la justicia de una institución”** (149).

La distinción entre legitimidad y justicia (recuérdese que Dworkin se refiere a la justicia distributiva, particularmente en términos de recursos materiales) también será un tópico sobre el que Dworkin insistirá en el futuro –notablemente en JxH- aunque en otros sus propias interpretaciones disolverán dicha tensión –notablemente cuando argumente su concepción “dependant” de la democracia, en “What is Equality?, Part IV”.

Por ahora, establece que cuando la injusticia de las prácticas no sea tan grave (al punto de no llevar a una respuesta interpretativa escéptica) **“entonces se plantean dilemas porque las obligaciones injustas que crea la práctica no se borran por completo”** (150).

Como anticipamos, Dworkin no elabora en este libro acerca de la idea de la democracia, ni su relación con la legitimidad y la justicia. Pero es significativo su abordaje de la cuestión de la legitimidad de las instituciones y prácticas políticas y su relación con la obligación de los ciudadanos, incluso respecto de decisiones sustantivamente injustas (o inmorales). La nueva dimensión teórica que comienza a abordar luego de la “división del trabajo” –la fuerza del derecho- debería impactar, tarde o temprano, sobre la que lo ocupara clásicamente –los fundamentos del derecho.

Sin embargo, cuando Dworkin se dedique a la democracia, no tendrá del todo claro su vinculación con la legitimidad, y la seguirá atando exclusivamente a la justicia, no sin pocos problemas. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, en el artículo que comentamos a continuación.

**B.- “WHAT IS EQUALITY? PART IV: POLITICAL EQUALITY”. UNA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL**

En 1987 Dworkin completa su serie de artículos “What is Equality?”. Presentará allí su primera argumentación directa y completa en favor de una concepción específica de la democracia. Su primer ejercicio genuino de interpretación sobre el valor de la democracia. Merece pues que le dediquemos una detenida atención.

En sus propias palabras, el texto se propone responder una muy ambiciosa pregunta: “*what form of democracy is most appropriate to an egalitarian society?*” (185). Allí, asume como autoevidente que “*a society committed to equal concern must be a democracy*” (185) aunque reconoce la gran abstracción, si no ambigüedad de dicha idea. Asimismo entiende el problema que decide abordar en el texto como “*the foundational question of the distribution of political power within such a community*”<sup>29</sup> (184).

*B.1.- Descripción del argumento*

El trabajo –originalmente una conferencia- es en sus propias palabras “*a long and twisting road*” (párrafo final del original, no incluido en SV). Digamos de entrada que buena parte del artículo consiste en una pelea de nuestro autor con un hombre de paja, lo que llamará la “*detached conception of democracy*”; una

---

<sup>29</sup> Curiosamente, terminará el artículo diciendo que la política, en una sociedad igualitaria, no puede ser una cuestión de distribución de impacto ni influencia políticos como si fueran recursos (sino un tema de responsabilidad). Ver el siguiente subapartado.

concepción de la democracia que nadie sostuvo jamás ni explícita ni implícitamente, ni como presupuesto de ninguna concepción significativa, que es absurda e inconsistente, y no forma parte de ninguna tradición en la filosofía democrática<sup>30</sup>.

Según Dworkin, dicha concepción “*supplies an input test: democracy is essentially a matter of the equal distribution of power over political decisions*” (186). Pero no nos engañemos por esa aparente sensatez y obviedad –que de hecho repite su propia definición sobre el importante problema de la democracia al que él dedica el artículo, tal como citamos tres párrafos más arriba. A la hora de conceptualizar “political power” en relación con esta “detached conception”, Dworkin ofrece su conocida matriz que distingue entre “**impacto**”/”**influencia**” y entre dimensiones “**vertical/horizontal**” de cada uno de ellos, para concluir que la concepción rival es poco interesante, en cualquiera de las dimensiones de poder político que pudiera querer igualar distribucionalmente, pues: *la igualdad de impacto vertical es imposible, la igualdad de influencia vertical es disvaliosa, la igualdad de impacto horizontal es obviamente necesaria pero insuficiente o demasiado poco demandante para explicar el valor de la democracia, y la igualdad de influencia horizontal yerra el punto relevante, pues no tiene cómo distinguir influencias desiguales justificables e injustificables, y dicha distinción resulta, según nuestro autor, necesaria.*

De hecho, a medida que avanza el artículo resulta incluso un tanto difícil comprender cuál era el propósito de Dworkin en esta discusión, y qué perseguía con la construcción de esta fantasmagórica y deficiente concepción.

---

<sup>30</sup> La concepción “mayoritarianista”, con la que se enfrentará en el futuro, resulta un ideal alternativo ciertamente reconocible en la tradición filosófica; que incluso podrá rastrearse en las posiciones con las que Waldron polemizó con Dworkin.

Su punto se aclara, creo, recién al final del texto, cuando expresa que lo que habría tratado de mostrar era que si bien *“from the standpoint of any sophisticated economic theory an individual’s command over public resources forms part of his private resources”*<sup>31</sup>, *“If a community is genuinely egalitarian...then it cannot treat political impact or influence as themselves resources, to be divided according to some metric of equality the way land or raw materials or investment might be divided”* (SV 210). *“Politics, in such a community [an egalitarian community], is a matter of responsibility, not another dimension of wealth”* (210). Impecable, aunque obvio, claro<sup>32</sup>.

Por lo demás, fue él quien había dicho que su pregunta central en el texto era precisamente la de la distribución del poder político, y él mismo quien diseccionó dicho concepto en influencia e impacto.

Como dije, la pelea de Dworkin en ese aspecto de tu texto era contra un hombre de paja. Nadie ha pretendido fundar la democracia en reclamar distribuciones individualizadas (como cuotas) ni igualitarias ni desiguales, de esas dimensiones en que Dworkin disecca y disecciona el poder político, vaciándolo en realidad de sentido.

---

<sup>31</sup> Cfme. What is equality? Part 4: Political Equality, pag. 31 (nota 13). Ese fragmento no fue incluido en SV

<sup>32</sup> No obstante lo cual, no podemos dejar de mencionar que en *“The Place of Liberty”* Dworkin afirmaba *“...The bridge strategy does not, however, yield an exhaustive account of the rights to liberty that equality of resources would require. An exhaustive list would draw on other aspects of equality of resources, beyond its theory of distributional equality, including, particularly, its interpretation of political equality of democracy...”* (SV 148). De modo que en aquel momento, parecía que la *“igualdad política”* era una dimensión más de la Igualdad de Recursos, junto a la *“igualdad distribucional”*. Esta aparente discordancia puede deberse sólo a una cuestión terminológica, resultante de los diferentes momentos en que se escribió cada parte.

No obstante, y muy curiosamente, nuestro autor seguirá usando su disección del “poder político” en otros artículos posteriores, cuando comience a discutir contra el “mayoritarianismo”<sup>33</sup>.

Despejada la parte -a mi juicio- menos atractiva, encuentro que este artículo resulta de gran interés para apreciar la evolución en la justificación de la democracia para nuestro autor, quien aquí la calificará como una “dependant conception of democracy” (nunca utilizará esa caracterización expresamente para referirse a la “partnership conception”).

Creo que el concepto clave está contenido en la siguiente frase: *“the best form of democracy is whatever form is most likely to produce the substantive decisions and results that treat all members of the community with equal concern... [entendido como] to distribute material resources and other opportunities and values in an egalitarian way... [lo que en el mismo párrafo llamará] substantive egalitarian goals”* (186)<sup>34</sup>.

Como se puede ver, Dworkin sigue aquí la línea de “The Forum of Principle” con su “output test”, y su preocupación exclusivamente centrada en las “decisiones sustantivas”; más concretamente, en la justicia de las decisiones sustantivas, entendida concretamente como justicia distributiva, aplicada a los recursos materiales (ninguna referencia aquí a la legitimidad, como vemos).

Es bastante claro que planteada de este manera, la democracia (o la igualdad política) queda en una medida significativa subordinada a –o instrumental para- la igualdad distribucional, o económica. Esa idea inspiradora, a saber, que lo

---

<sup>33</sup> La crítica a la asociación de la democracia con la prosecución de la igualdad de impacto y de influencia políticos entendidos de la forma que hemos descrito, se repite, por ejemplo, IDC y en la introducción a Freedom’s Law.

<sup>34</sup> Volvemos a mencionar la relación, aparentemente instrumental entre la democracia y la Igualdad de Recursos.

importante, lo valioso, de la democracia, depende de que produzca resultados valiosos, respuestas sustantivamente adecuadas a las cuestiones políticas, y distribuciones de recursos adecuadamente igualitarias le demandará algunos ajustes y distinciones, a la luz de su propia incursión en el ámbito de las prácticas políticas, interpretativas, y la cuestión de la legitimidad; que seguidamente veremos<sup>35</sup>.

*B.2.- La “dependant conception” of democracy: ¿Justicia Sustantiva y Participación?*

Al comienzo del texto, y siguiendo los pasos comunitarios iniciados IdJ, afirma tajantemente como una de las *“central assumptions about democracy”* la idea de que *“a democracy gives political power to the people as a whole rather than to any individual or group”* (185).

Precisamente, de la tensión entre defender una idea “instrumental” de la democracia (que le adjudica valor dependientemente de sus resultados sustantivos en términos de justicia) y una dimensión de práctica comunitaria/colectiva -cuyo sentido y valor en cuanto tal debe reconstruirse interpretativamente-, es que Dworkin introduce una distinción clave entre dos clases de “consequences”, “outcomes”, “goals” o, directamente, “values” del proceso político que debe realizar la democracia<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> En mi opinión, Dworkin falla notablemente en sus intentos defender que lo único importante es llegar a soluciones correctas -“accurate” en sus palabras-; y de hecho, su inclusión en este texto de los llamados “valores participatorios” como parte de los valores de la democracia es una novedad significativa para sofisticar su idea sustantivista. Aunque el autor no advierte suficientemente, a mi modo de ver, la cantidad y complejidad de ajustes argumentales que demanda ese movimiento hacia lo procedimental, con lo que lo el artefacto quedará desbalanceado, hasta que se elimine en el futuro la idea tan “dependant” de la democracia.

<sup>36</sup> En diversos pasajes emplea las cuatro expresiones, pero en los títulos de sus secciones finales utiliza el término “values”

Puesto a construir una “dependant conception of democracy”, nuestro autor distingue entre “*two types of outcomes or consequences of a political process...distributive and participatory*” (186).

Los valores o consecuencias distributivas son aquellos de los que nos venía hablando cuando hablaba de decisiones sustantivas: “[*they*] will be fixed by the decision it makes dividing resources into public and private ownership, regulating the acquisition, transfer, and taxation of wealth and other forms of property, and determining when and to what degree people should be compensated for injuries to different forms of property, and how far people should be constrained, by the criminal law, in using their property, or otherwise in acting as they wish” (186). Dworkin no dirá mucho más sobre esta dimensión, salvo agregar –con cierta repetitividad- que ellas se refieren a “*the decisions we believe the process should make about the distribution of resources and opportunities into private ownership, about the use of collective power and resources in public programs and foreign policy, about saving and conservation, and about other topics of public principle and policy that confront a modern government*”(204).

**Antes de pasar a las consecuencias “participatorias” debemos resaltar algo obvio, pero importante: las cuestiones fundamentales de moralidad política, relativas a los límites a la autonomía personal frente a la comunidad, la no discriminación, y otras cuestiones que resultan fundamentales a las preocupaciones sustantivas de Dworkin no parecen incluidas en el lenguaje ni los ejemplos de las “consecuencias distribucionales”, que son presentadas como fundamentalmente relativas a la distribución de recursos materiales, y sabemos que Dworkin no entendía como recursos a esas dimensiones de la moralidad. Para poner un ejemplo, es difícil incluir en el lenguaje utilizado por Dworkin sobre**



estos valores u objetivos distribucionales, las cuestiones relativas a aborto, eutanasia, libertad religiosa, y tantas otras cuestiones claves de principio (en la jerga dworkiniana).

Sin embargo, ahora veremos que tampoco queda claro que ellas queden comprendidas a lo que nuestro autor llamará “valores participatorios”. Esta ambigüedad se proyectará de manera un tanto insatisfactoria a las respuestas que dará, y le demandarán algún ajuste posterior, según analizaremos<sup>37</sup>.

Pasemos ahora a las consecuencias participatorias. Con un buen grado de imprecisión conceptual, Dworkin presenta o identifica “three kinds of participatory consequences”: symbolic, agency, and communal<sup>38</sup>.

A la hora de explicitar su concepción de la democracia, y mostrar cómo da cuenta de los valores o consecuencias simbólicas y agenciales, Dworkin recorre algunos arreglos institucionales favorecidos por ella. Ciertamente, se trata de los más básicos y rudimentarios: democracia representativa, igual derecho a voto, sensibilidad en el diseño de distritos electorales para neutralizar desigualdades de poder injustas, y libertad de expresión entendida como garantías básicas para el acceso –para un umbral- y neutralización de influencias desmedidas resultante de fuentes injustas de desigualdad económica o de poder social.

---

<sup>37</sup> Ver su particular respuesta sobre el aborto en IDC

<sup>38</sup> “The symbolic consequences of a political structure are largely fixed by the assignment of vote...equality requires that voting assignments carry a symbolic declaration of equal standing for all...so we have, in this symbolic goal, a compelling reason for taking horizontal equality of impact across the political community as a whole as at least the prima facie standard of democratic political structures, but only prima facie (200)”. Sobre los “agency values”, expresa: “we can not make our political life a satisfactory extension of our moral live unless we are guaranteed freedom to express our opinions in a manner that, for us, satisfies moral integrity. Opportunity to express commitment to our convictions is just as important...as the opportunity to communicate those convictions to others...But the demands of agency go beyond expression and commitment. We do not engage in politics as moral agents unless we sense that what we do can make a difference... It must, that is, insure a degree of political leverage for each citizen...the emphasis is now on the opportunity for some influence...rather than on the opportunity to have the same influence as anyone else has” (202/3). Para los valores “communal” Dworkin solo dedica una frase, que reproducimos en el texto principal.

A su vez, al llegar a las “communal” nuestro autor se limita a afirmar: *“the communal participatory values send us in a somewhat different direction that I shall not explore here, except by suggesting, cryptically, that a political society improves its members’ sense of politics as a joint venture by adopting the right conception of distributive equality –equality of resources- and by insisting, in its substantive political and legal decision, in the second-order political virtue of integrity”* (203)<sup>39</sup>.

Esta afirmación final es no sólo crítica, sino prácticamente ininteligible, pues por un lado vuelve a poner las consecuencias participatorias como subordinadas a las distribucionales, incluye a la integridad como una virtud política de “segundo orden” –lo que contradice su propia presentación de la integridad en IdJ, como una cuarta virtud junto con la justicia, la equidad, y el debido proceso, y que podía entrar en conflicto con ellas.

Pero más extraño aún, Dworkin no parece reparar en que si se incluye a la “integridad” como una exigencia de una de las consecuencias participatorias de los procesos políticos en una comunidad igualitaria, la tensión entre éstas y las distributivas es inevitable y flagrante (no es sino la tensión entre integridad y justicia, o entre la legitimidad y la justicia), pues él mismo se había encargado de argumentar suficientemente que los reclamos de la integridad podían estar en tensión con los reclamos de la justicia.

---

<sup>39</sup> De manera interesante, en el artículo original Dworkin se remite a LE y a un artículo que se llamaría “New Rules and Equality” y que sería publicado en Italia en 1988, pero no hemos podido hallar. Lo curioso es que ni siquiera en ocasión de publicar SV, más de una década después, nuestro autor haya querido explicitar lo que las consecuencias comunales demandaban. Como sabemos, la idea de joint venture será clave en su concepción definitiva, pero no estará asociada –como aquí- al hecho de adoptar “the right conception of distributive equality –equality of resources”; sino a valiosas y genuinas condiciones de membresía moral en una comunidad que los trata con igual consideración y respeto en la acción colectiva. Sin embargo aquí Dworkin estaba atado al “output test” y a la “dependant conception”. Lo cierto es que nunca sabremos qué idea tenía en mente en relación con estas consecuencias, a las que, por lo demás, nunca volvió a referirse.

Así, la idea de que la instanciación de las consecuencias comunales se asociara con la adopción cierta concepción sobre la justicia distributiva (igualdad de recursos) y la consistencia con los reclamos de la integridad abría en realidad una especie de agujero negro, que nuestro autor parece ni siquiera identificar.

De hecho, luego de dejarnos con esa oscura frase, Dworkin pasa –vuelve a– los “distributive goals”, para preguntarse “*How would we design a dependent conception of democracy if we wanted to improve the accuracy of these various decisions...[because] we want our political process, among other things, to be one well designed to make accurate judgments about which decision is best*” (204).

Y, para abordar esta pregunta –que remite, insistimos, a la producción de las mejores respuestas sustantivas–, introduce su última distinción analítica del trabajo, la que define todo el juego: “*It is now essential that we notice an important distinction between two types or classes of political decisions: those involving mainly what I shall call choice-sensitive issues, and those involving mainly choice-insensitive ones...Of course people will disagree about which issues are choice-sensitive and which, if any, are choice-insensitive. But the second-order question whether any particular first- order question is choice-sensitive or –insensitive is itself choice-insensitive*” (204/5)<sup>40</sup>.

Por si no fuera obvio, Dworkin nos aclara: “*Some readers will recognize, in the distinction between choice-sensitive and –insensitive issues, a distinction I have described differently in the past as one between issues of policy and issues of principle. I do believe that what I call issues of policy are choice-sensitive, and that*

---

<sup>40</sup> Dworkin describe estas categorías de la siguiente manera: “*Choice-sensitive issues are those whose correct solution, as a matter of justice, depends essentially on the character and distribution of preferences within the political community...I do not believe that the right decision on [choice insensitive issues] depends in any substantial way on how many people want or approve of capital punishment or think racial discrimination unjust...*” (204).

*issues of principle are choice-insensitive. But I do not assume that in the present discussion...*” (205)<sup>41</sup>.

Una vez posicionados en esta distinción, Dworkin argumenta que en relación con las cuestiones “choice-sensitive” el camino correcto llevaría cerca de la “igualdad horizontal de impacto” y de evitar “bad or inappropriate influence” (206), pero previsiblemente, no es eso lo importante para él; sino las cuestiones “choice-insensitive”.

Por lo tanto debe explicar cómo organizar la institucionalidad decisoria de este tipo de cuestiones (en su democracia). Esto es lo que dice al respecto: “*...the symbolic goals argue for equal vote within districts, the agency goals for liberty and leverage, and the choice-sensitive accuracy goal for a large degree of equality of impact. So the right overall dependent conception of democracy has already taken on fairly concrete shape, and we should therefore use the same structure to decide choice-insensitive issues as well, unless two conditions are met. We must have some positive reason to think that a different procedure would considerably improve ex ante accuracy in deciding choice-insensitive issues, and these different procedures must not outrage any of the other goals of egalitarian politics we have canvassed*” (207, el resaltado nos pertenece).

De modo que para Dworkin los valores participatorios sólo llegan a definir positivamente cierto marco institucional general, y cómo decidir cuestiones “choice-sensitive”; pero no parecen tener nada positivo para decir en relación con las cuestiones “choice-insensitive”. Tanto es así que nuestro autor sólo propone una especie de justificación prima facie para inclinarse por un diseño básico, y basada

---

<sup>41</sup> La pertinencia y funcionalidad de la distinción entre cuestiones de “policy” y de “principio” fue defendida por Dworkin incluso en sus respuestas a Waldron en el coloquio sobre JxH.

exclusivamente en razones de “path dependency”. Por eso pide una “positive reason” relativa a la “ex ante accuracy” en materia de decisiones “choice-insensitive” para apartarse de los procedimientos típicos.

Y claro que la encontrará: Remitiéndose expresamente a CdP y LE, afirma que, en relación con “choice-insensitive issues of principle”, en particular *“those that reject putative rights against majority decision...including the choice-insensitive issue of which issues are choice-insensitive”*<sup>42</sup> la práctica de la revisión judicial de las leyes “enhance accuracy” (209). El viejo argumento de legitimación del control judicial alegando su superioridad frente a la alternativa de que la propia mayoría sea llamada a decidir si tiene derecho a hacer lo que ha dicho que tiene derecho a hacer, late en este párrafo, claro.

Pero, este desarrollo clama por una pregunta obvia: ¿por qué Dworkin cree (por qué deberíamos creer) que no hay mayor accuracy en la decisión comunitaria sobre las cuestiones “choice-insensitive”? Aquí su respuesta: *“If we were to accept certain assumptions, cardinal among which is the assumption that people are on average more likely than not to decide choice-insensitive issues correctly, then we would conclude that the more people who vote for a particular such issue, assuming equal impact, the more likely it would be that the majority would vote for the right side. But there is no a priori ground for accepting those assumptions...”* (206/7).

Como se puede ver, Dworkin rechaza enfáticamente la pertinencia del teorema de Condorcet. Curiosamente, sin embargo, no se refiere a él expresamente, ni se ocupa de argumentar en su contra, sino simplemente de manifestar su rechazo; y en la nota al pie que incorpora para explicarse, asocia esa idea no a un argumento de

---

<sup>42</sup> Dworkin usará este modo argumental en el futuro para discutir con Waldron sobre el ámbito de la decisión mayoritaria, para sostener que no hay razones para que la mayoría decida qué debe decidir la mayoría.

racionalidad como el de Condorcet, sino a la metafísica de la “voluntad general”. Lo único que tiene para decir en relación con este punto es: *“whether I think it more likely than not that any particular person will reach the right decision about capital punishment depends on what I think the right answer is, not on any general observations about the average man or woman’s skill in moral philosophy”* (207)<sup>43</sup>.

**Podemos cerrar esta reconstrucción sintetizando que: la distinción entre valores “participatorios” y “distribucionales”, la idea de “ex ante accuracy” y la distinción entre cuestiones “choice-sensitive” y “choice insensitive” conformarán el marco para definir los contornos de su “dependant conception of democracy”; con un esquema institucional bastante simple y básico para el juego democrático, y un espacio particular para la decisión judicial, que según nuestro autor no ofende los ideales participatorios y mejora la accuracy de las decisiones en cuestiones choice-insensitive.**

Si el diseño estuviera bien cerrado en términos institucionales y fuera analíticamente consistente, Dworkin podría haber terminado su teoría sobre la democracia en este punto, y haberse limitado a repetirla en las décadas posteriores. *Pero no sólo no hizo eso, sino que prácticamente olvidó este trabajo en sus artículos posteriores –no obstante haberlo incluido prácticamente sin edición alguna en su libro de 2000. Y creo que eso se debe a que las soluciones argumentales que Dworkin son notable y aparentemente desafortunadas.*

---

<sup>43</sup> La referencia a “any particular person” equivoca el tipo de argumento del teorema de Condorcet, que es agregativo, no distributivo. A su vez, la referencia a “what I think the right answer is” no impugna el punto del teorema de Condorcet, que funciona precisamente considerando qué pensamos sobre cuál es la respuesta correcta. Por lo demás, la referencia de Dworkin a las “average man or woman’s skill in moral philosophy” no puede ser despegada, por su propia formulación, de un puro elitismo.

### *B.3.- Crítica interna a la justificación de la “dependant conception” of democracy*

#### B.3.1.- Sobre los Valores Distribucionales y Participatorios

Empecemos por las dos dimensiones de valor o consecuencias de los procesos políticos. Creo que Dworkin falla en –o mejor dicho, ni siquiera intenta seriamente– articular consistentemente el juego entre la satisfacción de los valores participatorios y los distribucionales, a la luz de la variable “accuracy”. No explica en modo alguno por qué el marco institucional debería diseñarse en base a los arreglos que mejor honren mejor los objetivos “participatorios” (agenciales, simbólicos y los inefables comunales) y no en base a los “distribucionales”.

Simplemente afirma que los elementos participatorios van dándole forma a diseño institucional, pero no argumenta por qué deberíamos hacer que ellos guíen dicho formato, si es que estamos comprometidos con una concepción dependant que tiene –en su propia concepción– a los valores distribucionales (y a la “accuracy” de las decisiones) como fundamentales.

Sin ese argumento, la respuesta de nuestro autor queda incompleta; no tenemos ninguna razón para aceptar a priori las exigencias de los “participatory goals” en el diseño institucional, en el marco de una concepción “dependent”, y no parece haber nada más que la “path dependency” de la que hablamos, que es insuficiente a todas luces.

Pero más grave, y recíprocamente, tampoco tenemos razones para buscar la satisfacción del objetivo de “accuracy ex ante” de la decisión, que –conceptualmente– Dworkin asocia a los resultados “distribucionales”, por sobre la realización plena de

los resultados u objetivos participatorios. No hay razón alguna –en el argumento de Dworkin- por la que debiéramos buscar “accuracy” distribucional, en las decisiones choice-insensitive por sobre la más plena realización de los valores participatorios - agenciales y simbólicos. Y eso es lo único que era imprescindible que argumente<sup>44</sup>.

Dworkin evade dicha cuestión de manera ostensible: *“The question whether a dependent conception must acknowledge the more serious, ex ante, form of conflict [entre los diferentes objetivos que debe perseguir] is necessarily complex, and can hardly be decided in advance of a more detailed examination of institutional design than we are now undertaking. But nothing has yet emerged, in our limited study here, to show that ex ante conflict between the different goals a dependent conception should recognize is inevitable”* (208).

La evasiva es monumental –e inaceptable. Pues nada más evidente que el hecho de que la definición misma de cuestiones “choice-sensitive” y “choice-insensitive” es un punto grave, sistémico e insoluble de tensión ente tales valores. Si la comunidad no puede decidir qué cuestiones puede decidir la comunidad (dado que esa es una “choice insensitive” issue), la ofensa a los valores participatorios es prima facie monumental; y dicha alienación (eventualmente justificable o no) se hace en deferencia a la accuracy respecto de los valores distribucionales. La tensión es obvia, sistémica y fundamental, y claramente anticipable aún en el nivel de generalidad en el que Dworkin eligió mantenerse.

Nuestro autor pretendió construir una concepción dependiente de la democracia, pero no exclusivamente dependiente en términos sustantivos, sino también

---

<sup>44</sup> Es fácil apreciar, en la clave que Dworkin había construido en IdJ que los valores participatorios parecerían apuntar a la dimensión legitimidad, y los valores distributivos a la dimensión justicia, y que Dworkin no tiene claro cómo tratar, en el marco de una “dependant conception” dicha tensión. Volverá a ella en la última etapa, veremos con qué grado de éxito.



participatorios. Sin embargo, fracasa en dicha articulación, pues su diseño es inconsistente e implosiona en el conflicto de ambas dimensiones.

### B.3.2.- Participación-Distribución y Cuestiones Sensibles e Insensibles a las Elecciones

Advierto otra falla analítica en este trabajo de Dworkin, más significativa aún. Las dos distinciones fundamentales que utiliza para construir y delinear el contenido de su concepción (valores o consecuencias distribucionales/participatorios y cuestiones choice-sensitive/-insensitive) son inconsistentes, y dan lugar a una posición teóricamente contradictoria.

Tal como entiendo el aparato conceptual de este trabajo, Dworkin debe afirmar que las cuestiones distribucionales fundamentales sobre recursos y oportunidades materiales –así como las cuestiones fundamentalmente morales sin consecuencias distribucionales materiales, que como dijimos no quedan captadas por la idea “distribucional”- no pueden sino ser “choice-insensitive”. Dado que se refieren a cuestiones fundamentales de principio, y al nervio de la “igualdad de recursos”, no habría forma de justificar consistentemente que respecto de ellas “[its] correct solution, as a matter of justice, depends essentially on the character and distribution of preferences within the political community” (204), que según él son propias de las “choice-sensitive”.

Pero en tal caso, y dada la forma en que Dworkin ha entendido la “igualdad de recursos”, es falso –o mejor dicho, es contradictorio- que afirme que “*the decision whether to use available public funds to build a new sports center or a new road system is typically choice-sensitive*”, como afirma en la página 204.

Tal afirmación es inconsistente porque se trata de una decisión sobre cómo distribuir los recursos públicos, en términos de cargas y beneficios para las personas, que potencialmente facilitarán o dificultarán algunos planes de vida, harán más costoso o más barato lograr el éxito en la vida personal; y por lo tanto deben –en sus propios términos- reflejar un sistema consistente con la igual consideración y respeto por todos; tal que, por ejemplo, las preferencias externas no deben contar en la decisión, ellas no pueden ser discriminatorias, etc.

La mera “distribución de las preferencias” no es (no puede ser, consistentemente) un criterio de justicia para tales decisiones, en la propia visión de Dworkin. Ella debería resultar de un adecuado reflejo de igual consideración y respeto, debería evitarse el peso indebido de prejuicios, etc. No hay razón alguna para decir que en relación con esta distribución de los recursos la igual consideración y respeto se abstiene de bloquear, por ejemplo, las preferencias externas. Tampoco hay razón alguna para alegar que en este asunto existe –a priori- “intederminación moral”, tal que todas las respuestas son iguales en su valor (la respuesta “la mayoría odia a los deportistas y por lo tanto elige construir caminos” no puede ser indiferente para la igualdad de recursos).

Sencillamente, eso no es lo que Dworkin pensaba en su tesis sobre la igualdad de recursos entendida como una cuestión moral fundamental, como una cuestión de principios, de justicia distributiva, relativa a la realización de la igualdad de consideración y respeto; al punto de hacer “dependiente” a la democracia de llegar a correctos resultados o consecuencias distribucionales.

*Toda decisión pública no trivial que tenga consecuencias distribucionales –y toda decisión pública no trivial las tiene, obviamente- debe reflejar adecuadamente, e instanciar consistentemente, el esquema de igualdad de recursos y las exigencias de*

*igual consideración y respeto; y por lo tanto no puede ser “choice-sensitive”, porque la determinación de lo que demanda la igual consideración y respeto no es, para él, “choice-sensitive”.*

Así es como las distinciones con las que Dworkin construía la inteligibilidad de su concepción colapsan y se destruyen mutuamente.

Ni hablar de las cuestiones que aquí podríamos llamar “puramente morales” y que como anticipáramos, Dworkin ni siquiera acertaba a mapear en la caracterización de las consecuencias distribucionales. Cuando ejemplifica acerca de qué tipo de cuestiones son “choice-insensitive” menciona como ejemplos *“the decision whether to kill convicted murderers or to outlaw racial discrimination in employment...”* (204). Nuestro autor nunca aclara si entiende que estas decisiones tienen impacto distribucional o no, pero es claro que el segundo caso lo tiene, notablemente; y es claro que la categoría no capta inteligiblemente –ni incluye, ni excluye– el primer caso<sup>45</sup>.

Pero, insistimos, cuestiones tales como cuál es el nivel de impuestos, a qué uso destinar los recursos públicos, etc. constituyen –en su propia teoría– cuestiones distribucionales fundamentales, en los que se involucran las exigencias de la igualdad de recursos, que son típicamente morales, acerca de cómo tratar a la gente con igual consideración y respeto, y que por lo tanto, no deberían ser –en sus propios términos– choice-sensitive.

---

<sup>45</sup> Dado que Dworkin estima que respecto de los “recursos personales” (o inmateriales, tales como los talentos y la salud) no es pertinente el test de la distribución igualitaria de recursos, podríamos presuponer que no consideraría los valores distribucionales en relación con ellos, pero en tal caso, debería identificar y definir tales valores, que vendrían a conformar una tríada con los “distribucionales” y los “participatorios” –o redefinir los participatorios para comprender esta dimensión–, lo que no haría son complicar notablemente el ya de por sí poco inteligible aparato que ha tratado de presentar el autor.

Dworkin no tiene -ni podría tener, porque su aparato conceptual no lo permitía- una distinción entre decisiones públicas con impacto distribucional que sean choice-sensitive y choice-insensitive. Tampoco tiene, ni podría tener, una distinción entre decisiones puramente morales -sin impacto distribucional, si es que las hubiera- que sean choice-sensitive y choice-insensitive.

Si a ello le sumamos que la cuestión sobre el carácter “choice-sensitive” o “insensitive” de una cuestión es para Dworkin “choice-insensitive”, advertimos dónde termina llevándonos el esquema de nuestro autor: *No queda espacio alguno para la acción democrática participatoria, mayoritaria. En una concepción en la que las cuestiones de distribución de los recursos constituyen una cuestión moral fundamental, asociadas al principio más básico de justicia sustantiva de las instituciones, así como lo son las cuestiones clásicamente morales sobre la vida, la libertad y la muerte, etc. no queda lugar para decisiones políticas, públicas “choice-sensitive”*<sup>46</sup>.

Y como se recordará, al final del día, Dworkin no nos presentaba ninguna justificación o argumentación positiva para tomar las decisiones “choice-insensitive” (que terminan, conceptualmente, siendo todas las significativas) de manera consistente con los valores participatorios y distribucionales. Al contrario, se había

---

<sup>46</sup> Se podría alegar que la teoría de la Igualdad de Recursos, particularmente con su mecanismo de seguros para transformar la llamada “brute luck” en “option luck” implica un campo significativo de cuestiones distribucionales que se resuelven de manera que sensible a las elecciones. Sin embargo no creo que ello implique que Dworkin trataría tales cuestiones –decisiones sobre la protección de la salud o frente a la discapacidad, o el desempleo- como decisiones políticas “choice sensitive”. En su conceptualización, las cuestiones “choice-sensitive” son un caso de lo que Rawls llamaría “justicia puramente procesal”; mientras que su esquema de seguros es un caso de “justicia procesal imperfecta” (o en el mejor de los casos, perfecta); pero en modo alguno, un caso de justicia puramente procesal, donde “el carácter y distribución de las preferencias” es lo que esencialmente constituye la respuesta justa. La propia preocupación de Dworkin por las influencias indebidas por las preferencias externas en las decisiones públicas refuerza mi punto. No creo que Dworkin admitiría la justicia de decisiones distributivas sobre temas de salud, desempleo, discapacidad, si ellas se basaran en preferencia externas prejuiciosas y discriminatorias hacia las personas con discapacidad, etc. Su esquema de seguro no es un dispositivo de procesamiento ciego de preferencias traducidas a políticas públicas.

limitado a decir que en relación con esta clase de cuestiones debíamos, en principio, seguir los diseños requeridos para la otra categoría –que sólo podrá operar para cuestiones triviales, sin consecuencias morales ni distribucionales relevantes.

Esto ya era en sí llamativo, pues implicaba que las decisiones más importantes se administraran en base al diseño para las menos importantes, lo cual no tiene mucha sensatez.

La salida de Dworkin se podía explicar, por razones de funcionalidad, si hubiera una diferencia significativa de tipo cuantitativo en favor de las “choice-sensitive”; pero ahora sabemos que en todo caso, podría haberla pero precisamente favor de las choice-insensitive, dado lo que acabamos de explicar.

Lo único que decía nuestro autor era que podíamos dejar de lado ese sistema si tuviéramos un proceso que mejorara la “accuracy” sin ofender el núcleo de los valores participatorios. Pero no ofrece tal diseño; salvo que se estimara que propone efectivamente un gobierno de jueces; cosa que no hace. Y de hecho, su punto de justificación del control judicial encuentra su quicio retórico en la (supuestamente) limitada categoría de cuestiones sobre las que maximiza su accuracy. Sólo que los criterios para esa categorización son inconsistentes, contradictorios y al final del día ininteligibles<sup>47</sup>.

**Creo que al final del ejercicio, la construcción de Dworkin colapsa conceptualmente. Acaso eso explique que en el futuro nuestro autor haya archivado las herramientas de la “dependant conception”, el “output test”, la**

---

<sup>47</sup> En la página 207 dice que analizará “...a special arrangement for the decision of certain choice-insensitive issues that I believe does satisfy the two conditions...”. Pero la supuesta autolimitación se desvanece en la página 209; donde deja claro que en realidad su posición sobre el control de constitucionalidad comprende la revisión de todas las decisiones de las legislaturas sobre cuestiones “choice-insensitive...that rejects putative rights against majority decision”. O como lo dice al cerrar su análisis: “constitutionalism is an improvement in democracy so long as, but only so long as, its jurisdiction is limited to choice -insensitive issues of principle”. Esta limitación es una puerta gigante.

**distinción entre “valores participatorios” y “valores distribucionales” y “ex ante accuracy” para pensar la democracia -lo que no se entiende bien es por qué insistió en incluir este texto en SV, en el año 2000<sup>48</sup>.**

**Cuando descarte todas esas herramientas, comenzará a delinear encontrar su concepción definitiva.**

Por ahora, estamos llegando al final de la década de los 80, Dworkin aparece pues cada vez más decidido a explorar interpretativamente la democracia, desde adentro, y a buscar consistencia entre su teoría de la adjudicación, de la interpretación y de la legitimidad.

En estos momentos su argumentación es todavía confusa, insatisfactoria, en buena parte evasiva e inconsistente –está atado a una idea instrumental de la democracia, y no puede articular dentro de ella la tensión entre justicia y legitimidad. A su vez, carece todavía de un rival conceptual adecuado y definido de manera interesante –no tiene claro con quién debe pelearse.

Habrá que esperar unos años para que dé ese paso.

Pero para ello necesitará un puente, una concepción satisfactoria sobre la vida comunitaria colectiva, sobre la práctica de la comunidad política, que sea consistente con la idea del derecho como práctica interpretativa que había construido, magistralmente en IdJ. Ese puente será escrito en “Liberal Community”, y allí empezará una nueva etapa.

---

<sup>48</sup> Lo cierto es que la “igualdad de recursos” se llevó toda la atención en ese libro, y el capítulo IV parecía cuanto menos anacrónico en ese entonces, dado que FL ya había visto la luz, y su trabajo sobre la democracia en ese momento era tanto más sofisticado que este intento de 1987. Ver “Sovereign virtue revisited”, donde Dworkin afirma que la igualdad de recursos se lleva “a lion’s share of comments”, Ethics 113, 2002, University of Chicago, pág. 106

**3.- TERCERA ETAPA: LA CONSTRUCCIÓN DE LA CONCEPCIÓN  
“ASOCIATIVA” (“COMMUNAL”, “CONSTITUTIONAL”, “PARTNERSHIP”)  
DE LA DEMOCRACIA, Y DE SU RIVAL, LA CONCEPCIÓN  
MAYORITARIANISTA (DESDE “LIBERAL COMMUNITY” E “IDC” HASTA  
LDP)**

**A.- “LIBERAL COMMUNITY”<sup>49</sup>. LA COMUNIDAD POLÍTICA COMO UNIDAD DE  
ACCIÓN Y RESPONSABILIDAD**

Tal como diré luego, al presentar el texto en SV, este artículo de 1989 explora el ideal político de “community” (211).

Dworkin se ocupa aquí de defender la tolerancia liberal contra críticas provenientes de diversas escuelas, en particular el comunitarismo; pero abrazando una idea robusta (lo más robusta que un liberal puede abrazar, acaso) de la vida comunitaria, y de la dimensión política de la comunidad y sus prácticas institucionales colectivas. Cerrará así el círculo abierto en LE y que avanzara –aunque sin éxito- en “What is Equality? Part IV” al caracterizar los valores y el sentido interpretativo de la comunidad política autogobernada.

Veamos qué elementos incorpora en este artículo a su imponente arsenal argumental:

Dworkin evalúa el ideal comunitario y la tolerancia liberal a la luz de la democracia, y se refiere por primera vez al “mayoritarianismo”, que incluso subdivide

---

<sup>49</sup> El proceso de elaboración y publicación de este texto y IDC fue simultáneo. De hecho, en las versiones iniciales publicadas Dworkin se remite en cada uno a la conferencia que dio lugar al otro, e incluso los plantea como forthcoming. Tratamos primero este trabajo porque es el puente hacia la concepción de la democracia que defenderá desde IDC.

en “sustantivo” –la posición según la cual la visión de la mayoría debe decidir la forma del ambiente ético de una comunidad democrática, y debería ser el contenido de las normas - y “procedimental” –la postura de que el derecho debe ser hecho por funcionarios políticos elegidos por la mayoría.

En lo que constituye su primer ataque directo al mayoritarismo, al que considerará “*politically the most powerful argument against liberal tolerance*” (215), Dworkin afirmará en este texto que: “*we must reject the claim that democratic theory assigns a majority complete control of that [the ethical, as well as the economic, what is self evident] environment...Each member of the majority has a right only to a fair impact on his environment –the same impact as any other single individual. He has no right to the environment that would make it easiest for him to raise his children to hold his favored opinions. He must try to do his best, to that end, in the environment fairness provides*” (214). Luego agrega, “*if we insist that the value of the resources people hold must be fixed by the interaction of individual choices rather than by the collective decision of majority, then we have already decided that the majority has no right to decide what kinds of lives everyone must lead*” (215).<sup>50</sup>

La parte del artículo más sustanciosa para nuestra agenda se encuentra en la discusión de Dworkin con quienes él decide llamar “civic republicans” (223) y que luego llamará también “comunitaristas”.

Los civic republicans afirman una premisa fundamental que Dworkin considera correcta e importante, y marca lo significativo de su paso teórico hacia el campo de las prácticas comunitarias interpretativas, que diera desde su “law as interpretation”.

---

<sup>50</sup> Es curioso que Dworkin no parezca advertir que su individualismo de la igualdad de recursos también conduce –por la “mano invisible” de las preferencias individuales que determinan los costos de oportunidades relativos- a resultados distribucionales que serían relativamente semejantes a las resultantes de decisiones mayoritarias (si la mayoría de la gente no quiere comprar mis productos, yo no podré dedicarme a su producción).



Nuestro autor endosa la idea de que “...*political communities have a communal life, and the success or failure of a community’s communal life is part of what determines whether its members’ lives are good or bad*” (223). El punto será, pues, construir una interpretación adecuada de esa “communal life”, de donde Dworkin comenzará a extraer los rasgos constitutivos de su futura idea de la democracia.

Dworkin llama “integration” a este fenómeno en que consiste la “communal life”, y que tiene su clave en la idea de “unit of agency” (224).

La integración, la vida comunal, supone la identificación de una unidad de agencia ética que ya no es pura y exclusivamente el individuo –ni una función agregativa de acciones individuales aisladas. El ejemplo que diera Rawls sobre una “healthy orchestra” es celebrado por Dworkin como una imagen iluminadora de esta específica “unidad de agencia”. Ahora bien, lo que constituye esa unidad de agencia comunal no es alguna transformación metafísica, sino, simplemente las prácticas y actitudes de quienes la reconocen y constituyen. Proyectando el modelo a las “comunidades políticas”, Dworkin dirá “*the formal political acts of a political community –the acts of its government through its legislature, executive, and judicial institutions- meet all the conditions of collective agency...Our practice identify these formal political acts as acts of a distinct legal person, rather than of some collection of individuals citizen*”(230). Luego agregará –de manera más polémica y no argumentada, pero típica del liberalismo institucionalista: “*These formal political acts of the community as a whole should be taken to exhaust the communal life of a political body, so that citizens are understood to act together, as a collective, only in that structures way*” (232).

Dworkin también afirmará, sin argumentar el punto, que “*An integrated citizen accepts that the value of his own life depends of the success of his community in*

*treating everyone with equal concern...They will share an understanding that politics is a joint venture in a particularly strong sense: that everyone, of every conviction and economic level, has a personal stake...in justice not only of himself but for everyone else as well (234).*

Por supuesto, dado este encuadre, resulta imprescindible responder cuál es el rol del conflicto, o el desacuerdo, en semejante visión: *“disagreement persist against that background, as it is desirable that it should. But it is a healthy disagreement among partners whose interest coalesce, who know that they are not antagonists in interest, who knows that they win or lose together...Of course all this is utopian. We can scarcely hope that a thoroughly integrated political society will ever be realized...But we are now exploring utopia, an ideal of community we can define, defend, and perhaps even grope our way toward” (234).*

Hasta aquí la idea de una “comunidad liberal” integrada; veamos cómo esa idea de comunidad se traduce en una idea de democracia

.

**B.- “IGUALDAD, DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN: NOSOTROS EL PUEBLO EN LOS ESTRADOS”.** LA PRESENTACIÓN DE LA CONCEPCIÓN “COMMUNAL” DE DEMOCRACIA.

Al mismo tiempo que escribía “Liberal Community” Dworkin daba forma a este artículo clave en su construcción sobre la democracia. Interesantemente, el trabajo en cuestión nunca incluido en sus libros, si bien fue citado reiteradamente en artículos posteriores.

Bien puede decirse que el trabajo –originado en una conferencia dictada en Canadá– resume todo lo que estuvo construyendo en los años anteriores: elabora

expresamente la concepción de la democracia con la que rivalizará desde ese momento y hasta el final de su vida –“la concepción estadística”, que luego llamará “mayoritarianista”- y da forma completa a su propia concepción –que en ese momento llamará, la concepción “communal”, y luego será la “concepción constitucional”, y finalmente la “partnership conception”.

El texto comienza expresando la centralidad del problema democrático: *“sabemos que en las complejas democracias representativas la voluntad de la mayoría no puede gobernar siempre. Pero normalmente aceptamos que en una democracia la mayoría debería gobernar; creemos que a pesar de que son necesarias en la práctica las estructuras institucionales que aíslan de la opinión popular a los funcionarios, son también indeseables en principio...es así que la revisión judicial no es no democrática excepcionalmente, o cuando funciona mal...sino que constantemente no lo es, cuando funciona correctamente. O eso cree la mayoría de los comentaristas y académicos...”* (44).

Para comenzar, y marcar la ambición que lo guiará, Dworkin rechazará expresamente –**aunque sugerentemente dirá que tiene alguna simpatía por ella**- adoptar la posición liberal clásica que afirma o reconoce que la Constitución [en sus cláusulas de bill of rights] no es democrática, pero justifica esa situación en base a la idea de “que la democracia no es todo” (46)<sup>51</sup>. Contra esa posición, Dworkin sostiene aquí que *“la democracia no es sólo un derecho entre otros, sino una teoría acerca de cómo una comunidad debería decidir qué otros derechos respetará...la real contraposición, digamos, no es entre democracia y otros valores, sino entre métodos democráticos y métodos elitistas para decidir qué otros valores se reconocerán”* (46).

---

<sup>51</sup> A mi modo de ver, esa era –claramente- su posición en la “primera etapa”, cuando veía a los derechos como límites, o restricciones para evitar los desvíos de la democracia.

En su revisión de la familia de respuestas que sostienen que la democracia no debe ser considerada como comprometida por la constitución o los derechos, pero que no le resultan satisfactorias, Dworkin dirá –luego de descartar las propuestas “historicistas/originalistas” y “deferentes”- que *“la respuesta más interesante al problema de la democracia es el refinado enfoque que en su forma más elegante presenta John Hart Ely”* (48). En esta ocasión matizará mucho su crítica a Ely –si la comparamos con el oscuro intento que había realizado antes- y dirá, simplemente, que el éxito de su tesis es *“sólo un éxito parcial”* (49)<sup>52</sup>, pues no tiene buenas respuestas –consistente con la democracia- para algunos de *“las más directas y obvias cláusulas de la Constitución [como las relativas a] libre ejercicio de la religión, las cláusulas del bill of rights que regulan el proceso y el procedimiento criminal, o las que niegan a la mayoría el poder de imponer penas crueles o inusuales”* (49)<sup>53</sup>.

Aclarado esto, Dworkin se pone en los hombros la tarea de defender como consistente con el valor de la democracia la existencia de instituciones que adopten métodos elitistas para decidir qué valores se reconocerán. No es un desafío nada fácil.

Para ello comienza asociando la discusión de la democracia con lo que había dicho en “liberal community”: *“la democracia, como cualquier otra forma de gobierno, implica acción colectiva...debemos reconocer unidades de acción en las cuales los actores son grupos, no individuos particulares. Expresamos que en una democracia el gobierno es **por** el pueblo. Con eso queremos decir que el pueblo, en forma colectiva, hace ciertas cosas...”* (49, énfasis en el original).

---

<sup>52</sup> Recuérdese que antes consideraba a su proyecto como radicalmente mal concebido.

<sup>53</sup> La ambición de reconciliar los Derechos con la democracia, que había identificado y criticado en Ely, es ahora la propia agenda de Dworkin. La diferencia, tal como el propio Dworkin parecía entenderlo en aquel momento, aunque no lo expusiera en estos términos, parecería ser que Ely intentaba ese camino “procedimentalizando” los derechos, mientras que él lo hará “sustantavizando” la democracia.

En ese momento, distinguirá dos formas de entender la “acción colectiva” y la “democracia”: para la concepción “estadística”, *“en una democracia las decisiones políticas se toman en función de los votos o decisiones o deseos de los ciudadanos individualmente considerados...la democracia es diferente de otras formas de gobierno porque en ésta la función en cuestión es mayoritaria, o al menos pluralista, mientras que en otras formas se realizan funciones estadísticas distintas...”* (51).

Dworkin afirmará que la “concepción estadística” no es deseable –además de recordar las complicaciones del teorema de Arrow a la posibilidad de tal agregación de intereses. En el desarrollo de su crítica recorrerá cosas que dijo con anterioridad. Primero rechazará la “respuesta epistemológica”, particularmente para las cuestiones “insensibles a las preferencias”, tal como lo había hecho en “What is Equality? Part IV?”.

Luego afirmará –sin explicar de dónde extrae o justifica esa idea- que *“cualquier justificación plausible de dicha concepción [la estadística] debe estar basada en la igualdad e imparcialidad; no en la probable corrección de las respuestas que alcance la mayoría”* (53). Como se ve, Dworkin descarta aquí que el test sustantivo (de la “accuracy”) para analizar la democracia.

El argumento posible para la concepción estadística basado en la “igualdad” lo construirá una vez más leyendo –y descartando- la idea de “igualdad de poder político” (impacto/influencia; vertical/horizontal) con la argumentación que ya hiciera en “What is Equality? Part IV”.

Hay, sin embargo, una formulación de la complejidad de la cuestión, que me interesa destacar, pues permite comprender mejor el pensamiento de Dworkin.

Al presentar esta posible defensa igualitaria de la democracia (estadística), Dworkin afirma: *“Si el argumento es acertado si [igualdad fuera igualdad de poder*

*político, y eso implica mayoritarismo] entonces uno de los más fundamentales ideales políticos –el de que una organización política debe tratar a sus miembros como iguales- contiene un dilema en su núcleo. Un aspecto de la igualdad –el input, la dimensión procedimental- recomienda un sistema político en el cual la mayoría es libre de privar a las minorías del otro aspecto que requiere la igualdad; a saber, un interés igual y una parte igual en el gobierno. Es así que la pregunta acerca de si tratar a las personas como iguales realmente significa hacer igual el poder político, es de gran importancia ...” (54). La formulación de esta posible tensión ilustra cómo el pensamiento de Dworkin se va focalizando, cada vez más, en explorar de qué manera puede decirse que la democracia realiza el principio de igualdad, de manera consistente.*

En todo caso, al comenzar su propia construcción, Dworkin enriquecerá la idea de “acción colectiva” para afirmar que –tal como él la entiende- dicha práctica implica “unidad de responsabilidad” (tal que los individuos comparten la responsabilidad colectiva) pero no “unidad de juicio” (los individuos retienen el juicio individual, y no hay una unidad colectiva de juicio). Esa distinción será clave para darle forma a los elementos de su idea de “democracia como integración”: *“En una democracia genuina, el pueblo gobierna no en forma estadística sino comunitaria. Considera a su nación como una unidad colectiva de responsabilidad....pero mientras que el pueblo constituye una unidad de responsabilidad distintiva, no conforma una unidad colectiva de juicio...cada ciudadano insiste en que sus convicciones políticas son, en todo sentido relevante, asunto suyo; que es responsabilidad particular suya decidir qué espera de su nación para considerar que hizo lo correcto, y si ha tenido éxito, y en qué medida” (62/63).*

Las instituciones de la democracia deben realizar tres principios, en los cuales se expresa una unidad de agencia integrada, tal que “los ciudadanos individuales figuren como miembros iguales” (64). Estos principios explicarán, o mejor dicho, justificarán instituciones importantes que Dworkin entiende como aceptadas por todos como rasgos básicos de una democracia valiosa, con lo que podrá explicar que su concepción resulta adecuada como una interpretación de los arreglos democráticos –al menos como lo entienden, según él, los estadounidenses y canadienses.

Encontramos así el **“principio de participación”**<sup>54</sup> -que explica el sufragio universal, cargos públicos abiertos a todos, arreglos distritales diversos, libertades políticas tales como las de expresión y protesta- el **“principio de interés”**<sup>55</sup> –que explica una robusta concepción de la ciudadanía, que no incluya sólo el voto, sino también las condiciones materiales de vida- y el **“principio de independencia”**<sup>56</sup> - que conduce a las libertades políticas fundamentales, tales como las de asociación, expresión, religión, y la libertad de conciencia que reclama tolerancia a moralidades

---

<sup>54</sup> “A cada persona debe ofrecérsele un rol que le permita a marcar una diferencia en el carácter de las decisiones políticas, y la fuerza de ese rol...no debe estar estructuralmente fijada, o limitada por suposiciones acerca de su valía, talento o habilidades” (64).

<sup>55</sup> “las decisiones colectivas deben reflejar igual consideración por los intereses de todos sus miembros...una persona no pertenece a una unidad colectiva...a menos que sea tratada por los otros miembros como tal, y tratarla de ese modo significa aceptar que el impacto de la acción colectiva en la vida e intereses de ese miembro es tan importante para él éxito final de la acción como el impacto en la vida e intereses de cualquier otro. La cuestión acerca de cómo la comunidad trata a sus miembros es parte de lo que determina si estos pertenecen, y , por lo tanto, si las decisiones políticas son tomadas por un agente colectivo que los incluya” (67)

<sup>56</sup> “se hace necesario para...que la democracia comunitaria sea entendida en una forma integrada en lugar de monolítica. Los ciudadanos...deben ser alentados a considerar que el juicio moral y ético es responsabilidad propia en lugar de responsabilidad de la unidad colectiva...un gobierno democrático no debe determinar el pensamiento de los ciudadanos acerca de cuestiones del juzgar político, moral o ético...” y agrega en la nota la pie “en cualquier caso de acción comunitaria integrada, debe trazarse una línea entre lo privado y lo colectivo...”. El principio “...no...prohíbe a la comunidad intentar modificar las opiniones de los ciudadanos por medio de la persuasión; esto es, a través de medios que mejoren las habilidades cognitivas, no que las deterioren. Pero...se subvierte cuando la comunidad adopta medios coactivos, ocultos o indirectos para dar forma a las convicciones de sus ciudadanos”. (68). Ya veremos que este principio experimenta cambios sustantivos unos años después.

sexuales y personales impopulares como parte de las condiciones mismas de la democracia.

Interesantemente, Dworkin terminará afirmando que con su concepción, se puede lograr mejor –o más plenamente- la agenda que intentaba Ely, y que nuestro autor consideraba sólo parcialmente lograda: argumentar que las disposiciones del bill of rights no atentan contra la democracia sino que *“son necesarias para generarla”* (72). Según Dworkin, Ely se quedaba corto, porque suponía una idea “estadística” de la democracia, y con la “descripción comunitaria” encontramos que “muchas más disposiciones restrictivas serán, entonces, candidatas para tener un status estructural” (72).

Por si hiciera falta, nuestro autor aclara: *“No es mi intención sostener la absurda afirmación de que toda restricción del poder mayoritario mejora la democracia, sino sólo que la gama de restricciones que la mejoran es mucho más amplia y variada una vez que reconocemos que el gobierno por el pueblo es comunitario y no estadístico”* (72)

**Esta es la primera vez que afirma argumentalmente la compatibilidad entre Derechos y –una concepción normativa de la- Democracia, y entre restricciones a la mayoría y mejor democracia. La transformación de su pensamiento notable, porque es notable la transformación en su visión de la democracia y la vida comunitaria.**

Consistentemente con este giro, al volver, al final de su trabajo, al derecho y la democracia, afirma algo que no había dicho claramente con anterioridad; algo que necesitaba decir –dado que tenía que conseguir una integración de la teoría del derecho y la teoría de la legitimidad-, y, tal vez, recién ahora se sentía cómodo para decir, a saber: *“que, en una democracia, toda interpretación del derecho*



*constitucional debería considerar, justamente, el hecho de la democracia. Debemos preferir interpretaciones de las cláusulas...que sean consistentes con los principios democráticos...” (74). Pero, inmediatamente agregará: “Pero la moneda tiene otra cara...cualquier interpretación de nuestras democracias debería ser consistente con el hecho de que rechazamos el mayoritarismo irrestricto. En la medida en que veamos a la democracia como estadística, y por lo tanto implacablemente mayoritaria, estos dos requisitos para una acertada interpretación de nuestro derecho no podrán ser satisfechos...Sin embargo, cuando cambiamos a la concepción comunitaria de la democracia, la integridad se pone nuevamente a nuestro alcance ...” (74).*

Seguidamente Dworkin mostrará con unas breves pinceladas esa vinculación, que por primera vez establece, entre democracia e “interpretación judicial”: Así, dirá por ejemplo, que *“el principio de interés permite apreciar la sensatez del enfoque que ha desarrollado la Suprema Corte de los EEUU para interpretar la abstracta cláusula de igual protección. Las distinciones elaboradas por la Corte, como el examen laxo y estricto, y los test de relación racional y de interés compulsivo, si bien toscos y abiertos a mejoras, son respuestas a las necesidades que impone el principio de interés a la interpretación judicial...” (75). De manera más arriesgada, afirmará que “el principio de independencia sugiere una estrategia para evaluar la jurisprudencia de la Suprema Corte acerca de la privacidad...” en relación con la discusión del Aborto (76 y sig.). Dworkin sostendrá que dicho principio veda la política de prohibición del aborto pues ella implicaría la “suposición de que una comunidad tiene derecho a establecer estándares morales para el conjunto de sus ciudadanos, [lo que] claramente lo contradice [contradice a dicho principio]. En una democracia comunitaria genuina, “gobierno del pueblo” quiere decir un gobierno*

*que permita que cada persona sea responsable del desarrollo de su propia personalidad ética y moral...”( 77).*

**Como se ve, Dworkin mantiene sus argumentos sustantivos clásicos (sobre igualdad y privacidad) pero ahora afirma que: (a) que en la argumentación sobre interpretación constitucional debe incluirse la interpretación de las condiciones, principios o valores de la democracia, (b) que tales principios proveen parámetros de evaluación o chequeo de propuestas interpretativas, (c) que su concepción, y los principios que endosa, proveen un ámbito de justificación a las ideas liberales igualitarias.**

Sin embargo, no podemos entusiasmarnos demasiado, todavía. Dworkin rechazará que la evaluación de consistencia con la democracia sea definitiva para la interpretación constitucional, y dejará completamente indeterminado el impacto que debería tener –acaso porque recién comienza a explorar el asunto. En tal sentido, afirma *“Por supuesto, aun si decidimos que las leyes estrictas contra el aborto son inconsistentes con una democracia comunitaria...no se sigue que tales leyes sean inconstitucionales, porque hay muchas cosas relevantes para el juicio constitucional que van más allá de la moralidad política”* (78). No nos dice cuáles son.

Su punto, en este momento de su desarrollo filosófico, es que parece haber encontrado en su nueva concepción de la democracia un camino confiable para una teoría integrada, y por eso, cerrará su artículo afirmando: *“en la concepción comunitaria, la democracia y las restricciones constitucionales no son antagonistas, sino que, en principio, van de la mano”* (78).

**C.- “FREEDOM’S LAW”. LA CRÍTICA TOTAL AL MAYORITARIANISMO, Y LA AFINACIÓN DE SU CONCEPCIÓN “CONSTITUCIONAL” DE LA DEMOCRACIA**

**En 1996, Dworkin dio un paso cualitativo en su proyecto. La introducción de Freedom's Law libró las amarras del barco constitucional para adentrarlo sin retorno a la moralidad. Al mismo tiempo, su concepción de la democracia se desató casi totalmente de la dependencia instrumental a la justicia sustantiva o distribucional.**

Si bien al final de "IDC" todavía se protegía afirmando que había muchas cosas relevantes para el juicio de constitucionalidad que iban "más allá de la moralidad política", en Freedom's Law, parece confiado y seguro en afirmar, básicamente, que no hay nada más allá de moralidad política, en la lectura constitucional, al menos respecto de las "abstract clauses" –las que establecen derechos, fundamentalmente: *"The moral Reading proposes that we all...interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice...The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law"* (2).

En este trabajo, Dworkin asume el desafío de explicar que su "moral reading" es consistente con el ideal democrático<sup>57</sup>; y -un poco más lejos- tratará de argumentar que la estructura política de la revisión judicial, que acepta la lectura moral, no es inconsistente con el ideal democrático.

Su argumentación afirma que el rechazo a la lectura moral, y la posición que critica a la revisión judicial alegando que sería *"elitist, antipopulist, antirepublican and antidemocratic... rests... on a popular but unexamined assumption about the connection between democracy and majority will..."*(6). Según nuestro autor *"When*

---

<sup>57</sup> Dice Dworkin: "...the only substantial objection to the moral reading...is that it offends democracy..." (15)

*we understand democracy better, we see that the moral Reading of a political constitution is not antidemocratic, but, on the contrary, is practically indispensable to democracy...”* (7). Veamos pues cómo deberíamos entender la democracia.

*C.1.- La “premisa mayoritaria” y la Concepción Constitucional. El argumento central*

Para ello Dworkin nos invita a recordar, antes que nada, que *“Democracy means government by the people...”* (15). Pero, sabemos, existe una profunda controversia sobre lo que esto significa o implica, y Dworkin asocia esa controversia con la *“profound philosophical dispute”*, a saber: *“Should we accept or reject what I shall call the majoritarian premise?”* (15).

La premisa mayoritaria, dice nuestro autor: *“is a thesis about the fair outcomes of a political process... [lo fundamental para la democracia sería que] the decision that is reached is the decision that a majority or plurality of citizens favors, or would favor if it had adequate information and enough time for reflection”* (15/16).

Dworkin aclara que *“the majoritarian premise does not deny that individuals have important moral rights the majority should respect...”* (16). Acepta que en ocasiones *“the will of the majority should not govern ... but it does insist that in such cases, even if some derogation from majoritarian government is overall justified, something morally regrettable has happened, a moral cost has been paid...supposes, in other words, that is always unfair when a political majority is not allowed to have its way...”*(16/17)

Por su parte, Dworkin argumentará que, tal como el entiende el asunto, un gobierno es democrático en la medida en que asegure *“democratic conditions of equal status for all citizens”* (17).

A la hora de articular el argumento en favor de su concepción por sobre la “mayoritarianista”, las enfrentará en relación con los valores políticos de libertad, igualdad y comunidad, a fin de analizar qué concepción los favorece o menoscaba.

**Comienza por la libertad:** Posiblemente, argumenta, la concepción mayoritarianista se construye para asegurar la libertad positiva, de modo tal que el establecimiento de restricciones constitucionales que *“limits what a majority can enact... compromi[s] the community’s freedom”* (21). Dworkin afirma – sensatamente- que esta idea de libertad (la de los antiguos) *“must be based on a communal rather a statistical reading of government by the people ... [but] on the communal reading, however, liberty is a matter not of any relation between government and citizens one by one, but rather of the relation between government and the whole citizenry understood collectively .... Positive liberty so understood, is the state of affairs when ‘the people’ rules their officials, at least in the final analysis, rather than vice versa”* (21).

Basado en la idea de acción colectiva communal, Dworkin asocia la libertad positiva con las condiciones de membrecía moral: *“If I am a genuine member of a political community, its act is in some pertinent sense my act, even when I argued and voted against it...”*(22).

Llegado a este punto, Dworkin afirma que el *“majoritarianism does not guarantee self-government unless all the members of the community in question are moral members, and the majoritarian premise acknowledges no such qualification”* (23). Esa es la falla fundamental del “mayoritarianismo”, su carencia de una

**teoría consistente acerca de la membrecía moral, de las condiciones en las que una comunidad es una comunidad genuina, legítima, podríamos agregar ahora, recordando IdJ.**

Por el contrario, y a diferencia de su rival, *“the constitutional conception presupposes democratic conditions. These are the conditions that must be met before majoritarian decision-making can claim any automatic moral advantage over other procedures for collective decision...the democratic conditions are the conditions of moral membership in a political community. So...not just that positive liberty is not sacrificed whenever and just because the majoritarian premise is ignored, but that positive liberty is enhanced when that premise is rejected outright in favor of the constitutional conception of democracy...”* (23/24)

Esas condiciones son las que ya había anticipado en “Law’s Empire” e “IDC”. Son de dos géneros: **“estructurales”** (básicamente, constituir “una genuina” comunidad política, en sentido histórico, sociológico) y **“relacionales”** (*“a political community cannot count anyone as a moral member unless it gives that person a **part** in any collective decision, a **stake** in it, and **independence** from it”* - 24).

**Sin embargo, lo que Dworkin no hace aquí (y me temo que no hará jamás) es plantear por qué bajo esas condiciones, el mayoritarismo no debería proveer la forma institucional por excelencia para la toma de decisiones que mejor honra las condiciones relacionales. En efecto, en “IDC” Dworkin había sostenido que ciertos derechos contra las mayorías se explicaban como consistentes con tales condiciones, pero ahora reconoce que el mayoritarismo no afirma que no hay derechos contra la mayoría; por lo tanto, el caso importante contra los procedimientos y decisiones mayoritarias debía ser hecho**

**aún luego de afirmar las condiciones relacionales de la membrecía moral, y asociarlas a derechos. Sin embargo, Dworkin evita hacerlo.**

Por el contrario, pasa directamente a un segundo punto de evaluación de las concepciones rivales.

**En relación con la igualdad,** afirma que el mayoritarismo sólo podría entenderse como asociado a la “igualdad política”<sup>58</sup>. Construyendo sobre lo que había afirmado en trabajos anteriores Dworkin afirmará que “*we cannot capture political equality if we define it as equality of political power*” (27). A tal efecto repetirá su argumento en contra de la igualdad vertical/horizontal, de impacto/influencia.

Descartado ese camino, Dworkin afirmará que para el modelo estadístico de acción colectiva “*political equality...must be defined as a matter not of power but of the kind of status I discussed in connection with the conditions of democratic self-government*” (28). Pero, ese modelo “*makes little sense of the idea that political equality is compromised whenever majority will is thwarted. And that idea is silly anyway, if we have the statistical reading in mind*” (28). Por eso, “*the egalitarian argument for the majoritarian premise seems initially more promising...from the perspective of the communal reading...from that perspective...political equality is the*

---

<sup>58</sup> El autor afirma: “there is nothing in majoritarianism that could be thought automatically to promote any other form of equality, particularly not economic equality. True, if a society’s economic structure is pyramidal, with progressively more people at progressively lower economics levels, then universal suffrage and majoritarian decisions might well push toward greater economic equality. But in the US and in other advanced capitalist countries...people in the majority often vote to protect their own wealth against the demands of those worse off than they are” (26). El argumento es pésimo; tanto que parece más bien una evasión. En efecto, presupone que la visión mayoritarista asumiría acríticamente –o defendería- el estado de la política que él describe, lo cual es falso. El mayoritarismo, asociado a la igualdad económica podría recomendar, por ejemplo, voto obligatorio –además de universal- para alinear mejor los incentivos favorables a la participación política de las clases más desaventajadas, por decir lo más obvio. Lo cierto es que, en todo caso, Dworkin parece no interesado en comparar los vínculos entre concepciones de la democracia e igualdad distribucional, descartando así lo que había sido central en su agenda en “What is equality?, Part IV”

*state of affairs in which the people rule their officials, in the final analysis, rather than vice versa” (28).*

Como vemos, Dworkin termina describiendo la igualdad política –como status– con las mismas palabras con que describiera la libertad política, lo cual debería merecer alguna aclaración mayor que su referencia a que *“liberty and equality are, in general, aspects of the same ideal, not, as is often supposed, rivals...” (29)*; pues Dworkin no había llegado a presuponer identidad entre estos dos ideales, que él ciertamente integró en “What is Equality? Part III”, pero no fusionó en una sola cosa.

Lo cierto es que una vez que igualdad política significa lo mismo que libertad política, su argumentación decanta al mismo punto que hemos considerado unos párrafos más arriba. En sus propias palabras *“this argument is exactly the same as the argument considered in the last section...” (29)*.

**Para terminar su caso, Dworkin aborda la relación entre democracia comunidad (o fraternidad) (29).** Su blanco de ataque aquí serían los reclamos del republicanismo o el comunitarismo –que ya había atacado en algunos aspectos en “Liberal Community”.

En un par de párrafos que lamentablemente demandarán una larga cita, Dworkin alega que los comunitaristas *“...rely on a dubious though rarely challenged assumption: that public discussion of constitutional justice is of better quality and engages more people in the deliberative way the communitarians favor if these issues are finally decided by legislatures rather than courts. This assumption may be inaccurate for a large number of different reasons... there is no necessary connection between a citizen’s political impact of influence and the ethical benefit he secures through participating in public discussion of deliberation. The quality of the discussion might be better, and his own contribution more genuinely deliberative and*



*public spirited, in a general public debate preceding or following a judicial decision than in a political battle culminating in a legislative vote or even a referendum...Although the political process that leads to a legislative decision may be of very high quality, it very often is not...Even when the debate is illuminating, moreover, the majoritarian process encourages compromises that may subordinate important issues of principle. Constitutional legal cases, by contrast, can and do provoke a widespread public discussion that focuses on political morality...I put the suggestion that judicial review may provide a superior kind of republican deliberation about some issues tentatively, as a possibility, because I do not believe that we have enough information for much confidence either way...I do not mean, of course, that only judges should discuss matters of high political principle. Legislatures are guardians of principle too, and that includes constitutional principle...the argument of this section aims only to show why the ideal of community does not support the majoritarian premise, or undermine the moral reading, any more effectively than do liberty and equality...We must set the majoritarian premise aside, and with it the majoritarian conception of democracy” (30/31).*

Seguidamente, nuestro autor lleva el punto a la cuestión institucional del control de constitucionalidad, para afirmar: *“Certainly it impairs democracy when an authoritative court makes the wrong decision about what the democratic conditions require –but no more than it does when a majoritarian legislature makes a wrong constitutional decision that is allowed to stand. The possibility of error is symmetrical. (32/33).*

Y agrega, lo que tal vez es el núcleo más abstracto de su planteo, y que no había sido dicho con esa claridad: *“The real, deep difficulty the constitutional argument exposes in democracy is that this is a procedurally incomplete scheme of government.*

*It cannot prescribe the procedures for testing whether the conditions for the procedures it does prescribe are met” (33).*

¿Cuál es, entonces el camino para definir o evaluar si estas condiciones se realizan o no con diversos arreglos institucionales? Dworkin aclara que *“the moral Reading is consistent with all these institutional solutions to the problem of democratic conditions. It is a theory about how certain clauses of some constitutions should be read...It is not a theory about who must ask these questions, or about whose answer must be taken to be authoritative<sup>59</sup>. So the moral reading is only part, though it is an important part, of a general theory of constitutional practice. What shall we say about the remaining questions, the institutional questions...? I see no alternative but to use a result-driven rather than a procedure-driven standard for deciding them. The best institutional structure is the one best calculated to produce the best answers to the essentially moral question of what the democratic conditions actually are and to secure stable compliance with those conditions. A host of practical considerations are relevant, and many of these may argue forcefully for allowing and elected legislature itself to decide on the moral limits of its power. But other considerations argue in the opposite direction, including the fact that legislators are vulnerable to political pressures of manifold kinds, both financial and political, so that a legislature is not the safest vehicle for protecting the rights of politically unpopular groups...People can be expected to disagree about with structure is overall best, and so in certain circumstances they need a decision procedure for deciding that question, which is exactly what a theory of democracy cannot provide. That is why the initial*

---

<sup>59</sup> Irrumpimos aquí con un comentario sobre este pasaje de Dworkin: Interesantemente, en la página 2 había dicho que la moral reading es “...a particular way of reading **and enforcing** a political constitution...” y en el párrafo siguiente agregaba: “the moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law. But **political morality is inherently uncertain and controversial, so any system of government that makes such principles part of its law must decide how interpretation and understanding will be authoritative...**” (el resaltado nos pertenece).

*making of a political constitution is such a mysterious matter, and why it seems natural to insist on supermajorities or even near unanimity then, not out any conception of procedural fairness, but rather out of a sense that stability cannot otherwise be had...the situation is different, however, when we are interpreting an established constitutional practice, not starting a new one...” (34).*

**La respuesta puede parecer un tanto decepcionante por su énfasis en “practical considerations” (ya veremos que algo parecido ocurrirá en JxH); pero debe enfatizarse, a fin de mostrar el giro conceptual de Dworkin, el elemento notablemente original de su argumento: El test de resultado mediante el cual deben juzgarse los diseños institucionales, ya no es un test de resultado sobre “distributional consequences” o sobre “accuracy” de las decisiones, sino sobre cuál produce “the best answer to the essentially moral question of what the democratic conditions actually are”**

### *C.2.- Afinaciones y proyecciones*

En diversos artículos incluidos en el libro, Dworkin acudió a esta misma distinción, para analizar algunas controversias.

En *“Verdict Postponed”*, relativo al tratamiento de la Corte Suprema de los casos de Aborto, Dworkin afirmaba intensamente que en la “concepción communal” de la democracia la *“Court has good constitutional reason for denying majorities the power to limit some personal liberties, that decision may also advance rather than defeat democratic values...the...communal...insist that democracy is government of, by and for not the majority but the people as a whole”* (70) y que *“a radical attack on established constitutional rights would indeed promote the first, majoritarian*

*conception of democracy”* (70). En una llamativa nota, alegaba además que: *“Insisting that controversial issues of moral principle be decided in ordinary politics is likely to have other antidemocratic consequences as well. Moral issues are particularly likely to produce a legislative paralysis that only the courts, immune to de pressures of special interest minorities, can break, for example.* (nota 17, pág. 358, citando “Griswold” como un ejemplo).

En *“Gag rule and affirmative action”* vuelve a contraponer y rechazar el mayoritarismo, afirmando de manera interesante: *“America’s principal contribution to political theory is a conception of democracy according to which the protection of individual rights is a precondition, not a compromise, of that form of government”* (150, en la página 325 repetirá este concepto de *“granting basic rights as a precondition”*)

Al presentar la parte II de su libro, en la que incluye discusiones sobre sexo, y libertad de expresión afirma, en relación con este último valor, y criticando la doctrina de la Corte Suprema *“...it would have been a better decision had the main opinion relied less on the instrumental idea that free speech makes democracy work better, and more on the different idea I just distinguished, that **free speech is itself a constitutive element of democratic fairness**”* (166, el resaltado nos pertenece)

Hay que esperar a las últimas páginas del libro para que Dworkin cierre sus alegaciones sobre la democracia y la constitución. En la última escena de su discusión con Hand, en el capítulo 17 afirma: *“It is therefore an inescapable question whether, in the end, the interpretations of the legislatures or those of the judges will prevail...[and] there is, as Hand pointed out, no logical space for anything in between. Hand chose the interpretations of the legislators who had been elected by the people, and his argument needs to be answered...He was right in saying that a*

*nation is sick when its most important collective moral decisions are reserved for specialists who decide in isolation and furnish the public with only Delphic verdicts. But he wrongly rejected an apparently paradoxical possibility that was difficult to see ... but is more evident now: that individual citizens can in fact exercise the moral responsibilities of citizenship better when final decisions involving constitutional values are removed from ordinary politics and assigned to courts, whose decisions are meant to turn on principle, not on the weight of numbers or the balance of political influence. It is true, of course, that when political controversies are decided by legislatures...the decision is likely to be governed by what most people want. That is desirable when an issue turns on the question of what is in the best interests of the community as a whole, and the gains to some group are balanced against losses to others. In such matters, numbers should count. But they need not count...in matters of fundamental principle...In such cases, it is important that the public participate in the decision, but [for the reason] that self-respect requires that people participate, as partners in a joint venture, in the moral argument over the rules under which they live” (344).*

Hay, como se puede ver, una distinción relevante para Dworkin entre “*citizen’s power over a collective decision*” y “*citizen’s role as a moral agent participating in his own governance*” (344). Esto último es lo determinante para el carácter democrático de una comunidad. Y esto, “*is sometimes better protected if the mechanisms of decision are not ultimately majoritarian*” (344)<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Como se puede apreciar, Dworkin parece listo para reclamar una intensa participación agencial de la ciudadanía en las decisiones públicas, pero no por razones del tipo que el deliberativismo afirmaría (es decir, que las mejores decisiones resultan de la participación de los afectados en ella), sino, simplemente, como correlato del “status” de miembro de la comunidad, como correlato del título de ciudadano de la comunidad. Precisamente por eso, puede afirmar, sin ponerse colorado, que su rol de ciudadano puede a veces fortalecerse cuando se alienan ciertas decisiones del seno comunitario. Seguidamente veremos el raro momento en que Dworkin fue infectado por el aguijón deliberativo.

Habiendo dicho eso, Dworkin vuelve al punto de que los debates parlamentarios posteriores, o incluso previos a un referendun son raramente de buena calidad, incitan a los “compromisos” lejos de los principios (344/5) mientras que en los casos constitucionales judiciales el debate es a menudo de mejor calidad (345).

Dworkin afirma, *“I must be careful not to overstate my point...There are many arguments for limiting the constitutional power of judges (and many others for expanding those powers) that I have no considered here...In any case, however, the civic benefits of public discussion I described can be realized only when judges and the public cooperate in securing them”* (346).

**El argumento del libro es realmente monumental. Dworkin parece tener respuestas a todas las preguntas, y una concepción consistente y articulada.**

**Al final del camino las respuestas apuntan a cuestiones de sensatez y sabiduría política a la luz de lo que la historia y los experimentos de la comunidad relevante hayan producido. Esto tal vez sea poco satisfactorio analíticamente, pero no es caprichoso o arbitrario.**

**En todo caso, Dworkin ha metido la democracia en el corazón del sentido constitucional, ha fusionado ambos elementos en la práctica interpretativa de la lectura moral, y ha despojado a la democracia de un elemento instrumental respecto de decisiones sustantivas o de la producción de resultados distributivos determinados. Es especialmente significativa su referencia a los derechos como “precondiciones de” o “consustanciales a” la democracia, superando el corset “contrademocrático” que inicialmente se veía obligado a defender.**

**En términos institucionales, el test del carácter más o menos democrático de ciertos arreglos también se desplaza de su relación con la sustancia de los resultados distributivos o decisorios que el eventual arreglo produzca, para girar**

**en torno a su realización mayor o menor de las condiciones democráticas que Dworkin identifica.**

**D.- “THE ARDUOUS VIRTUE OF FIDELITY: ORIGINALISM, SCALIA, TRIBE, AND NERVE”. PRECISIONES SOBRE LA “PARTNERSHIP CONCEPTION”**

Este artículo de 1997 fue incluido luego como capítulo 5 de JcT. Hasta donde hemos podido investigar, fue en este trabajo donde Dworkin utilizó por primera vez la expresión “partnership conception” para caracterizar su posición. La ambición del artículo es discutir diversas sofisticaciones del originalismo, pero me interesa un pasaje en el que Dworkin se explaya un poco más sobre las implicancias institucionales de las tres condiciones de su concepción de la democracia –a fin de defender la institucionalidad de la revisión judicial como no incompatible con la democracia, claro.

Dice Dworkin: “...Imaginemos que definimos a la democracia de otra forma [diferente del mayoritarismo], entendiendo que significa autogobierno de todos actuando conjuntamente como miembros de igual estatus de una empresa conjunta cooperativa...la regla de la mayoría es democrática sólo cuando se dan y se mantienen ciertas condiciones previas: las condiciones democráticas de la igual membresía. De qué condiciones se trata?...En primer lugar, no puede haber democracia...a menos que todos los ciudadanos tengan la oportunidad de desempeñar un igual papel en la vía política, lo que no sólo significa un igual derecho de voto, sino una igual voz en las deliberaciones públicas formales y en los intercambios morales informales. Tal es el derecho que en principio garantiza la Primera Enmienda. En segundo lugar, no puede haber una democracia...si la gente

*no tiene, como individuos, un mismo interés (stake) en el sistema político. Debe entenderse que a la hora de determinar cuál es el interés colectivo hay que tomar en consideración los intereses de todos y hacerlo de la misma manera. Entiendo que ésta es la exigencia que se encuentra detrás de la Cláusula de igual protección...En tercer lugar, no puede haber una empresa conjunta democrática a menos que a los individuos se les conceda una esfera privada en la que sean libres de tomar por sí mismos las decisiones que tienen un contenido más ético y religioso, respondiendo únicamente a su propio juicio y conciencia...Nadie puede considerarse a sí mismo miembro pleno e igual de una empresa organizada cuando ésta pretende autoridad para decidir lo que él entiende que el autorrespeto exige que decida por sí mismo. Esta es la base de la garantía de la libertad religiosa...y de la independencia de las decisiones éticas fundamentales...garantizada...por la cláusula del debido proceso” (152/3).*

Seguidamente, Dworkin ataca el punto de la revisión judicial: *“la tesis de que el control judicial es esencialmente incoherente con la democracia fracasa si se adopta una visión asociativa de la democracia...no quiero afirmar que la democracia constitucional exija positivamente una estructura como la nuestra...bien se puede pensar que habría sido mejor residenciar tal responsabilidad en un órgano especialmente elegido...Pero ésta es otra cuestión...Pensar que el concepto de democracia puede dictar qué instituciones deberían tener o no la última autoridad interpretativa resulta insuficiente. Tal decisión, como argumento en Freedom’s Law, tiene que tomarse conforme a otras razones” (153)<sup>61</sup>.*

---

<sup>61</sup> Si bien en este artículo Dworkin comenzó a utilizar el término “partnership conception,” lo proclamó públicamente en un breve artículo titulado, precisamente “The Partnership Conception of Democracy”, publicado en , 86 Cal. L. Rev. 453 (1998) y que no fue incluido en sus libros. Allí, Dworkin realiza la siguiente afirmación, que consuma su giro acerca de la concepción de la democracia,



Un elemento significativo que quisiera destacar en esta caracterización de la “partnership conception” es la rígida separación entre la esfera privada, ética, y la esfera comunitaria, política o intersubjetiva. Así como en IDC Dworkin había afirmado que *“en cualquier caso de acción comunitaria integrada, debe trazarse una línea entre lo privado y lo colectivo...”*, tanto allí como en FL interpretaba el requisito de independencia vinculado a que la *“[community] must not dictate what its citizens think about matters of political or moral or ethical judgment, but must, on the contrary provide circumstances that encourage them to arrive at beliefs on these matters through their own reflective and finally individual conviction”* (FL, 26).

En “IDC” Dworkin asocia el requisito con la “independencia de juicio” sobre cualquier asunto político, moral o ético y el desarrollo individual de las habilidades cognitivas y las propias convicciones; pero a partir de este artículo lo reemplaza por la garantía de una esfera privada para decisiones éticas y religiosas, que podríamos llamar “auto-referentes” o relativas al “auto-respeto”. La diferencia filosófica es significativa a mi modo de ver, y creo que le resulta útil para preservar el rol intenso del poder judicial para garantizar la autonomía moral, que bajo la primera formulación tal vez debería redefinirse.

---

concebida como acción colectiva, communal, integrada con los derechos: “Citizens have shared responsibilities for political decisions in, but only in, a democracy that provides every citizen substantial equality of part an voice in its collective decision, that recognizes the equal importance of every citizen’s fate in deliberating and executing those collective decisions, and that guarantees each individual a sovereign immunity from such collective decisions over certain matters of conscience and faith that, as a matter of self-respect, people must decide for themselves. These conclusions have an important consequence. They merge two ideas that have often been thought to be opposed – democracy and constitutional rights- into the distinctive ideal of political partnership. We must understand it as the kind of partnership among citizens that presuppose individual rights as well as majoritarian procedures”.

Dworkin mantendrá este límite de la esfera de cuestiones privadas, aunque la distinción resultará problemática, una vez que se integren ética, moral y política, en una red única de valor.

**E.- “FREE SPEECH, POLITICS, AND THE DIMENSIONS OF DEMOCRACY”. EL MOMENTO DELIBERATIVO. UNA FLOR DE UN ARTÍCULO.**

En 1999, Dworkin volvió a ocuparse de la democracia, a la hora de discutir la regulación del rol del dinero en la política. En sus propias palabras *“our answer to a philosophical question –what is the best conception of democracy?- is likely to be decisive of whether we endorse or reject not only campaign expenditure limits but other ways of regulating our electoral process”* (353).

Este trabajo fue luego incluido como capítulo 10 en SV, y resulta una pieza única. En efecto, fue el único artículo en el que Dworkin incluyó una dimensión “deliberativa” como parte del núcleo de su concepción de la democracia, y fue la única vez en que admitió una potencialidad epistémica privilegiada a la deliberación colectiva.

Su preocupación por el pésimo estado de las prácticas de discusión pública en su país seguirían –de hecho inspiraron su libro de 2006- pero su afirmación de un componente deliberativo como central a la democracia fue una golondrina de un solo artículo. El que reseñamos a continuación.

Al anticipar su argumento, anuncia que *“I am not supposing that freedom of speech has only instrumental value, that it is nothing but a means to a more important end. On the contrary, that freedom is in itself a fundamental human right. Free speech and democracy are connected not instrumentally but in a deeper way, because the*

*dignity that freedom of speech protects is an essential component of democracy rightly conceived” (354). Veamos cómo lo hace en esta ocasión.*

*“The near universal agreement that democracy is the only acceptable form of government hides deeper disagreements of that character...government by the people can be understood in two radically different ways. On one view –the majoritarian conception- it means government by the largest number of the people....We can construct different versions of that general account of democracy. One is a populist version: A state is democratic, according to that version, to the degree to which government enacts the law or pursues the policy that is actually favored by the largest number of citizen at the time. A more sophisticated version of the majoritarian conception, however, insist that the majority’s opinion does not count as its will unless citizens have had an adequate opportunity to become informed and to deliberate about the issues. A state is democratic, on that more sophisticated account, when its institutions give citizens that opportunity, and then allow a majority of citizens to select the officials whose policies match their will. That sophisticated account is plainly more attractive than the populist one... According to the partnership conception, government by ‘the people’ means government by all the people, acting together as a full and equal partners in a collective enterprise of self-government...Citizens play two main roles in a mature democracy. They are, first, the judges of political contests whose verdicts, expressed in formal elections of in referenda or other forms of direct legislation, are normally decisive...Citizens are also, however, participants in the political contest they judge: they are candidates and supporters whose actions help, in different ways, to shape public opinion and to fix how the rest of the citizens vote. The majoritarian conception of democracy pays exclusive attention to the first of those roles...the partnership conception recognizes*

*both roles, because it supposes that in a true democracy citizens must play a part, as equal partners in a collective enterprise, in shaping as well as constitution the public's opinion” (357/8).*

Dworkin entiende claramente a la democracia como un concepto moral (interpretativo), y afirma *“We need a conception of democracy that matches [the] sense of democracy's value. The majoritarian conception fails to do this, because there is nothing inherently valuable about a process that allows a larger number of people to impose its will on a smaller number. Majority rule is not fair or valuable in itself: it is fair and valuable only when certain conditions are met, including requirements of equality among participants in the political process through which majority will is determined” (363)<sup>62</sup>.*

Para reconstruir y hacer más concreta su propia concepción, explicará que la democracia tiene tres dimensiones:

*“The first dimension ...is **popular sovereignty**, which is a relation between the public as a whole and the various officials who make up its government. Partnership democracy demands that the people rather than the officials be masters...The majoritarian conception demands popular sovereignty too, but it defines this not as a relation between the people generally and their officials but as the power of the largest number of citizens finally to have their way” (363, el resaltado nos pertenece).*

*“The second dimension ...is **citizen equality**...[it] demands that they [the citizens] participate as equals...The majoritarian conception of democracy insists on equal suffrage because only in that way can elections hope to measure the will of the largest number of citizens. The partnership conception insists on equal suffrage too,*

---

<sup>62</sup> La idea de que la “regla de la mayoría” no es “fair or valuable in itself” será revisitada por Dworkin, cuando argumente en contra de Waldron. Ver más adelante el comentario a DP.

*but it requires that citizens be equal not only as judges of the political process but as participants in it as well. That does not mean that each citizen must have the same influence over the minds of other citizens...But partnership democracy is damaged when some groups of citizens have no or only a sharply diminished opportunity to appeal for their convictions because they lack the funds to compete with rich and powerful donors” (364, el resaltado nos pertenece).*

*“The third dimension of democracy is **democratic discourse**. Genuine collective action requires interaction: if the people are to govern collectively...then they must deliberate together as individuals before they act collectively, and the deliberation must center on reasons for and against that collective action, so that citizens who lose on an issue can be satisfied that they had a chance to convince others and failed to do so, not merely that they have been outnumbered. Democracy cannot provide any genuine form of self-government if citizens are not able to speak to the community in a structure and climate that encourages attention to the merits of what they say. If the public discourse is crippled by censorship, or collapses into a shouting or slandering match in which each side tries only to distort or drown out what the others say, then there is no collective self-government, no collective enterprise of any kind, but only vote counting as war by other means” (364/5, el resaltado nos pertenece).*

Unas páginas después, cuando analiza cómo entender la libertad de expresión a la luz de estas dimensiones, Dworkin reflexiona sobre las ideas de Mill acerca de la libertad de expresión y su relación con el descubrimiento de la verdad, para comparar cómo entender mejor estas ideas a la luz de dos principios para regular la libertad de expresión. Me interesa resaltar un pasaje, donde afirma que su idea sobre cómo regular dicho valor “...permits and expanded and **even more plausible epistemic claim to be made, moreover, which is that a discourse from which no idea is formal**

*excluded is even more likely to secure truth if the discourse is further structured to encourage ideas to be inspected on their merits*” (381, el resaltado nos pertenece).

Misteriosamente, esta dimensión de “democratic discourse” desaparecerá en los trabajos del siglo XXI; lo cual resulta sumamente curioso si tenemos en cuenta que la preocupación por la deprimente calidad del debate público será el confesado combustible de su libro “DP”, de 2006.

El artículo en cuestión, que incorpora una nueva presentación de las condiciones democráticas y reivindica para la deliberación inclusiva una potencia epistémica, quedará como una reliquia de lo que podría haber ocurrido con la teoría de Dworkin, si hubiera perseguido ese nervio deliberativo.

En todo caso, terminamos esta etapa, en la que nuestro autor parece, finalmente haber logrado una salida a los dilemas que lo atormentaban, proyectando la democracia en el corazón de la moralidad política, integrándola con la constitución, y asociando sus reclamos y justificación con las condiciones de legitimidad, de ciudadanía moral en una comunidad política legítima, antes que con el resultado sustantivo de ciertas decisiones.

El derrotero teórico de nuestro autor tiene todavía un último movimiento que vale la pena considerar. Ya no se tratará aquí de un nuevo cambio en su concepción, o en los elementos que la definen –en lo sucesivo, Dworkin seguirá girando en torno a la concepción articulada a partir de “IDC” y “FL”-, sino a su ubicación en el universo ético/moral/político, que nuestro autor re-conformará en sus obras finales.

#### **4.- CUARTA ETAPA: LA “PARTNERSHIP CONCEPTION” COMO REALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE DIGNIDAD, Y PARTE DE LA RED DE VALOR ÉTICO, MORAL Y POLÍTICO (“DP” Y “JxH”)**

Dworkin enfatizó constantemente la interconexión moral de los asuntos políticos y legales. Su tesis original en DeS afirmaba que la mejor reconstrucción del derecho demandaba la inclusión de principios morales como parte significativa de los estándares jurídicos. En IdJ cristalizó esa impregnación moral en las prácticas sociales, institucionales, político-jurídicas, en la actividad interpretativa de construir, identificar y evaluar del sentido de tales prácticas y la mejor forma de realizarlo. En FL avanzó directamente hacia la idea de “lectura moral” una forma de interpretar y efectivizar la constitución política. A medida que daba esos pasos más generales, su visión de la democracia también evolucionaba, desde una mera práctica, a una práctica interpretativa, y –finalmente- a un concepto interpretativo, de la misma clase que el -llamado- concepto doctrinal de derecho<sup>63</sup>.

El último (y más radical) movimiento teórico de Dworkin fue postular que todo el universo de valor (ético, moral, político, jurídico) es interpretativo, y como tal es mejor comprendido (hacemos mejor sentido de él) integrándolo en una red interpretativa de apoyo mutuo. Para Dworkin, la parte de esa red relativa a la moral política tiene una estructura de árbol (ver JxH 405).

---

<sup>63</sup> La distinción entre diferentes conceptos de derecho, y la ubicación del “doctrinal” como interpretativo data de 2007 (ver JcT, introducción y el cap. VIII). Nino tenía razón cuando señalaba que Dworkin (y el positivismo) habían estado presos de esencialismo conceptual. Ver, Nino, Carlos; “Dworkin and Legal Positivism”, en *Mind* 89 (356):519-543..

**La democracia y el derecho son parte, pues, de la moral política -donde se discute libertad, igualdad, derechos) que fluye de la moral personal (donde discutimos el daño, las obligaciones, la ayuda), que fluye de la ética y las cuestiones de interpretación más generales (donde las cuestiones sobre la dignidad y qué es vivir bien se interconectan con las de responsabilidad moral, la interpretación y la verdad).**

La ambición de unir una concepción interpretativa de la democracia con una interpretación de la dignidad como ideal ético fue ensayada por Dworkin en sus últimas obras.

Aquí ofreceré una reelaboración sustantiva de su “partnership conception” - aunque le hará un significativo ajuste expositivo) sino más bien una reubicación de dicha concepción en el árbol y la red de valor. ¿Será posible un encaje tan perfecto?

#### **A.- “IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE?”. LA DEMOCRACIA Y LA DIGNIDAD**

En 2005 Dworkin dictó unas conferencias en la Princeton, que dieron lugar al libro más amargo que haya publicado. El primer párrafo de su primer capítulo expresa: *“La política estadounidense se encuentra en un estado lamentable. Discrepamos, ferozmente, sobre casi todo...Estos acuerdos no transcurren de manera civilizada, ya que no existe respeto recíproco entre las partes. Hemos dejado de ser socios en el autogobierno; nuestra política es más bien una forma de guerra”* (15).

El libro está inmerso hasta el barro en la parroquial discusión de su país, pero la aspiración del autor es general: *“Los temas de los que se ocupa el libro poseen un alcance internacional y no corresponden a ninguna década en particular...”* (13).



Dworkin plantea de este modo la gravedad que implica una fractura social irredimible en relación con la democracia: *“La democracia puede gozar de una buena salud aun careciendo de un debate político serio si existe un consenso amplio acerca de lo que hay que hacer. Puede ser una democracia saludable incluso sin existir consenso si posee una cultura del debate. Pero no puede mantener la buena salud si padece divisiones profundas y encarnizadas y carece de un debate real, porque entonces se convierte en una mera tiranía del número”* (21).

Nuestro autor ensayará aquí una forma particular y novedosa de fundamentar la democracia –asociándola a dos principios éticos de dignidad-, seguramente confiado en la realizabilidad de su proyecto final de JxH –que había anticipado ya en 1998<sup>64</sup>- y vería la luz definitiva en 2011.

La idea inspiradora de JxH, tal como la presentara en las conferencias de 1998, y la reseña en SV es que: *“a theory of political morality...should be located in a more general account of the human values of ethics and morality, of the status and integrity of value, and of the character and possibility of objective truth. We should hope for a plausible theory of all the central political values –of democracy, liberty, and civil society as well as of equality- that shows each of these growing out of and reflected in all the others...”*(ver SV 4).

En DP Dworkin delinearé el contorno final de los dos principios básicos -las dos dimensiones- de la dignidad humana: el principio del “valor intrínseco”<sup>65</sup> y el “principio de la responsabilidad personal”<sup>66 67</sup>. El libro explora cómo esos principios

---

<sup>64</sup> Ver SV, pág. 4, donde Dworkin se refiere a unas John Dewey Lectures, que dictara en la Univ. de Columbia con el título “Justice for Hedgehogs”.

<sup>65</sup> “toda vida humana tiene un tipo especial de valor objetivo...es algo bueno que la vida tenga éxito y que su potencial se realice y es algo malo que fracase y que su potencial se malogre” (24)

<sup>66</sup> “cada persona tiene una responsabilidad especial en la consecución del logro de su propia vida, una responsabilidad que incluye el empleo de su juicio para estimar qué clase de vida sería para ella una vida lograda...” (25)

apoyan interpretaciones sobre los derechos humanos, la igualdad económica, la religión, y –lo que nos interesa aquí- la democracia.

El giro teórico es significativo, ya que el proyecto consiste ahora en integrar la concepción de la democracia con los principios o ideales éticos más básicos y abstractos –e incluso consistente con otra serie de elementos, como una teoría de la verdad, etc. En todo caso, insisto, el punto es que ahora la democracia no debe compatibilizarse (solo con) con la justicia distributiva, o con la libertad, la igualdad y la fraternidad; sino con principios éticos más básicos relativos al ideal de la Dignidad.

Para hacerlo, pondrá en discusión a sus ya desarrolladas concepciones mayoritaria y “partnership”; siguiendo las líneas que ya reseñamos. Sin embargo, la presentación de su propia concepción recibirá matices interesantes, producto de su inclusión en una dimensión más completa y abstracta de ética y moralidad.

Dworkin afirmará “...*la concepción asociativa no considera a la democracia independiente del resto de la moralidad política; según esta concepción, necesitamos una teoría de la igualdad asociativa para decidir qué es o qué no es una decisión democrática, y necesitamos recurrir a las ideas de justicia, igualdad y libertad para construir tal teoría...la democracia es un ideal sustantivo no meramente procedimental...*” (170).

Para su concepción preferida, “...*las decisiones de una mayoría son democráticas sólo si se cumplen ciertas otras condiciones que protegen la condición y los intereses de cada ciudadano en tanto asociado de pleno derecho de esa empresa...una comunidad que ignora continuamente los intereses de alguna minoría*

---

<sup>67</sup> Esos principios fueron mencionados en la introducción de SV como “two principles of ethical individualism”. A su vez, en el cap. 6 de JxH llamará a estos principios, que son presentados allí como principios éticos, “self-respect” y “authenticity”, respectivamente.

*u otro grupo es precisamente por esta razón una comunidad no democrática, aunque elija a los representantes mediante impecables procedimientos mayoritarios” (168).*

Como se puede ver, el color democrático de una comunidad parece asociado en este momento, a ciertas “actitudes” a cierto modo de considerar a los otros. *“No damos trato de socio a alguien con quien discrepamos –lo tratamos como un enemigo o, en el mejor de los casos, como un obstáculo- cuando no hacemos ningún esfuerzo, bien sea para entender la fuerza de sus ideas opuestas, o bien para desarrollar nuestra propia opinión de un modo que la haga sensibles a las suyas” (169)<sup>68</sup>.*

En este libro Dworkin insiste en su afirmación de que el apoyo mayoritario no proporciona por sí solo algún tipo de razón moral a favor de aquello que la mayoría apoya; pero, por primera vez, dará un argumento para fundamentar su posición, junto con un ejemplo que luego se haría famoso, el del “*bote salvavidas*”. Vale la pena reconstruirlo pues dará lugar a una enriquecedora discusión con Waldron, que cerrará en “JxH”.

El recorrido de Dworkin es el siguiente: *“...Nada resulta más conocido que el principio del voto mayoritario...Sin embargo las razones que explican el amplio atractivo de esta idea no están claras. Si ... es una cuestión de justicia básica y natural válida para todos los contextos de decisión, entonces existe un poderoso argumento a favor de la concepción mayoritaria....Si, no obstante, el principio de la regla de la mayoría es justo sólo una vez que se cumplen ciertas condiciones previas de asociación, entonces podría argumentarse a favor de la concepción asociativa...De hecho, constituye un grave error pensar que el voto mayoritario es*

---

<sup>68</sup> Retengamos esta frase, para cuando analicemos, al final de nuestro trabajo, la conexión entre la democracia y la teoría de Dworkin sobre la “verdad moral” y la “responsabilidad moral”.

*siempre el método apropiado para tomar una decisión colectiva cuando un grupo está en desacuerdo acerca de lo que deberían hacer sus miembros...” (176/77).*

Allí Dworkin pondrá su ejemplo: *“imaginemos que un grupo de pasajeros está atrapado en un bote salvavidas en alta mar que se hundirá a menos que alguien – cualquier persona- salte o sea arrojado por la borda. ¿Cómo debería decidir el grupo a quién sacrificar? Parecería perfectamente justo sortear con cañas o dejar que la suerte decida de alguna otra forma. Esto concede a cada persona la misma oportunidad de permanecer con vida. Sin embargo, permitir que el grupo vote parece una pésima idea, puesto que el parentesco, las amistadas, las enemistades, las envidias y otros factores que no deberían importar resultarán entonces decisivos” (177).* Seguidamente, su explicación: *“En algunas circunstancias un grupo está en desacuerdo no sólo acerca de cómo deberían actuar sus miembros, sino sobre si es necesario que el grupo tome una decisión respecto del asunto en cuestión [algunos pueden pensar que debe tomarse una decisión colectiva y otros rechazan que deba hacerse tal cosa]....De modo que la regla de la mayoría no siempre es un procedimiento apropiado para la toma de decisiones” (177/8).*

A continuación, se encargará –por única vez- de rebatir el famoso “teorema de Condorcet”, que sin nombrar había desestimado en varios artículos anteriores<sup>69</sup>. Su “argumento” sostiene que *“...no tenemos en absoluto derecho a hacer esa suposición [la del teorema, según la cual cada miembro del grupo tiene una posibilidad mayor a 50 % de estar en lo correcto] cuando se trata de cuestiones morales fundamentales. Por el contrario, todos creemos que son muchas más las personas que se han equivocado acerca de estas cuestiones morales, a lo largo de la historia y hoy en todo*

---

<sup>69</sup> Es, por lo menos curioso, que Dworkin se refiera a Condorcet, simplemente como un “gran matemático”.

*el mundo, que las que han encontrarlo la respuesta correcta...".* Por supuesto, Dworkin no dirá absolutamente nada aquí, en favor de su elitista afirmación, ni sobre las condiciones que favorecen o dificultan el acercamiento a dicha verdad en cuestiones morales (la educación vs. la ignorancia, la soledad vs. la conversación, la intuición vs. la argumentación, etc., la buena fe vs. el capricho, la responsabilidad en la formación del juicio etc.).

Y para terminar su ataque al mayoritarismo analizará si la prosecución del bien común que exigimos a los gobiernos, es asociable con las preferencias mayoritarias. Como ya es clásico, rechazará tal idea afirmando que las *"cuestiones políticas"* no son similares a *"elegir entre canchas de baloncesto o teatros de variedades...[pues las cuestiones políticas de las que se ocupa en el libro] adquieren la apariencia de profundas cuestiones morales, no de estrategias respecto a cómo satisfacer a más personas..."* (178/9).

Cuando parece que tiene dicho todo lo que necesita, Dworkin se mete en camisa de once varas, planteando una pregunta muy valiosa, que responderá de manera muy defectuosa: *"De modo que no podemos suponer que el voto mayoritario sea el procedimiento más justo para la toma de decisiones colectivos siempre que exista desacuerdo entre las personas, ni tampoco que en toda ocasión sea el modo más efectivo o eficaz. No obstante ¿podemos decir al menos que...es el único método de decisión justo cuando debe tomarse una decisión política que parecería irracional dejar en manos de la suerte?"* (179)

Su respuesta inmediata es un escapismo: *"Esta afirmación tendría un mínimo sentido si todo gobierno se ejerciere mediante asambleas ciudadanas o referendos electrónicos. Pero, en un gobierno representativo, innumerables razones explican que la capacidad de las personas para influir en las decisiones políticas nunca sea*

*igual...*” (179) Luego de dar ejemplos sobre lo irrelevante que resulta la influencia de las personas en las decisiones de funcionarios de gobiernos representativos afirma que *“la concepción mayoritaria de la democracia, que condena la cesión de tales cuestiones a los tribunales [en vez de dejarlas en manos de la mayoría], no puede basarse en principio alguno de igualdad de poder político para justificar su posición”* (181).

Pero Dworkin tiene algo importante para decir –para argumentar por qué la dignidad justifica una concepción no mayoritarista de la democracia.

A la hora de presentar la reconstrucción de su propia teoría, Dworkin se ocupará de proyectar las dos dimensiones de la dignidad humana sobre *“los procedimientos correctos para alcanzar decisiones colectivas cuando nuestros desacuerdos persisten...[allí] necesitamos considerar no sólo las implicancias sustantivas sino también las implicancias procedimentales de los dos principios”* (182).

Dichas proyecciones procedimentales de los principios de Dignidad, consisten en básicamente en dos principios básicos para la democracia:

*“igualdad de consideración”*: este principio es una proyección del primer principio de dignidad. *“Debemos poner el máximo empeño en asegurar que nuestros representantes políticos actúen con igual consideración por todos, evitando que concedan sólo a algunos una consideración especial, y el mejor instrumento para conseguir este objetivo es el sufragio universal y aproximadamente igual... [Pero además] podemos proteger mejor la igualdad de consideración si consagramos ciertos derechos individuales en una constitución que deba ser interpretada por los jueces antes que por representantes electos, junto con la condición de que la constitución pueda reformarse sólo por supermayorías”* (182/3). Según Dworkin, la

suya es una “justificación consecuencialista” y “*supone que el criterio correcto para saber si un orden político muestra una genuina igualdad procedimental consiste en preguntar si es probable que este orden produzca políticas que respeten la igualdad sustantiva en la consideración por las vidas de las personas*” (183).

“*Autogobierno*”: éste es una consecuencia del segundo principio de la dignidad humana. Según Dworkin “*la igualdad de consideración es una condición necesaria de la legitimidad política. Pero no puede ser una condición suficiente, por sí sola, porque las personas carecen de derecho moral para ejercer una autoridad coercitiva sobre otras aun cuando actúen en interés de esas otras personas. Ello constituiría una clara violación del segundo principio de la dignidad*” (183/4). La salida consiste en afirmar que “*aunque someterme a la autoridad de los otros comprometería mi dignidad cuando no participo en sus decisiones, mi dignidad no se ve comprometida cuando participo, como un miembro igual, en esas decisiones*” (184)<sup>70</sup>. Así, “*este supuesto tiene una importancia crucial. Explica, si algo puede explicarlo, por qué es legítimo un gobierno democrático. Constituye además el nervio de la concepción asociativa de la democracia; debemos preguntar...qué derechos deben reservarse al ciudadano individual para que someterse a la voluntad de la mayoría de sus conciudadanos en otras circunstancias no comprometa su dignidad. Es obvio que el derecho a participar en las decisiones políticas... es esencial. Lo es también ... la igualdad de consideración de la mayoría por su destino ...la concepción asociativa requiere [también] alguna garantía de que la mayoría no impondrá su voluntad en [cuestiones de religión u otros valores éticos comparables]...Por tanto, según la concepción asociativa, los derechos constitucionales que protegen la libertad que los*

---

<sup>70</sup> Este argumento será repetido en JxH, y allí Dworkin lo calificará de “paradojal”, ver próxima sección, en la que analizamos dicho libro.

*individuos tienen para tomar sus propias decisiones éticas no comprometen la democracia, sino que más bien constituyen un intento de garantizarla...”(184).*

En las páginas finales de su trabajo Dworkin apurará algunas propuestas que califica como “radicales” tendientes a mejorar la calidad de la democracia de su país, que incluyen reformas educacionales tendientes a mejorar las capacidades de los ciudadanos para el debate público, reformas a los medios de comunicación, el financiamiento político y el proceso preelectoral, tendientes a mejorar la calidad, información e intercambio relativo a las cuestiones y candidatos políticos, e incluso – y sorprendentemente para algunos, tal vez- reformas a la Corte Suprema, proponiendo que sus integrantes tengan un término de duración de 15 años<sup>71</sup>.

Los pasajes en que Dworkin presenta sus propuestas están notablemente subargumentados, y parecen más bien un compromiso para mostrar que su teoría puede conducir a reformas institucionales concretas. Pero realmente no explica por qué (interpretativamente) ni cómo (causalmente) tales propuestas mejorarían la realización de las condiciones democráticas exigidas por la Dignidad. Todas estas ideas son defendidas por él como formas de maximizar la dimensión del “autogobierno”, bajo la idea de que nos autogobernamos significativamente cuando tenemos información y conocimiento sobre lo que debe decidirse políticamente. Pero nada en el texto permite identificar tales elementos ni conexiones.

---

<sup>71</sup> Sin dudas, si el Dworkin de DeS hubiera leído semejante propuesta, habría desatado irrefrenable la furia de Hércules. Pero en esta amarga década, Dworkin veía el amanecer de lo que llamaría “the Supreme Court Phalanx”, en *The New York Review of Books*, SEPTEMBER 27, 2007; y que impiadosamente describió de esta manera: “It would be a mistake to suppose that this right-wing phalanx is guided in its zeal by some very conservative judicial or political ideology of principle. It seems guided by no judicial or political principle at all, but only by partisan, cultural, and perhaps religious allegiance...”



*A.I.- Una primera crítica a la nueva configuración de la Democracia a la luz de las exigencias de la dignidad*

Como es fácil de apreciar –aunque Dworkin no lo afirma, ni lo niega- los dos principios de la democracia (igualdad de consideración y autogobierno) parecerían fundir los antiguos tres principios, que se presentaran en IDC y FL (participación, interés e independencia), pero con proyecciones sensiblemente diferentes. **El principio de “autogobierno” condensa los antiguos principios de “participación” e “independencia” –pero fortaleciendo la idea de participación en el autogobierno asociativo y no sólo “tener una parte”. Por otro lado, el principio de “igualdad de consideración” evoca el antiguo principio del “interés”, aunque robustecido notablemente, pues Dworkin apoya en él la justificación para el bill of rights y la asignación de potestad interpretativa a las cortes<sup>72</sup>.**

Lo relevante de esta presentación, insisto, es la vinculación de estos principios de la legitimidad política con los más abstractos principios éticos de la Dignidad que Dworkin ha presentado (valor intrínseco y responsabilidad especial), conformando la red entre ética, moral y política.

Sin embargo, la presentación es exageradamente esquemática. A mi modo de ver, y Dworkin tenía la carga de decir algo más sobre la relación entre ambos principios, tal como los formulara en esta ocasión.

Dworkin debía argumentar si había alguna prioridad lexicográfica entre “autogobierno” e “igualdad de consideración”; o si él confiaba en una integración de apoyo mutuo. Simplemente porque –tal como los construyó en esta ocasión- el

---

<sup>72</sup> En IDC las implicancias del “principio del interés” era mucho menos robustas, y justificaban fundamentalmente la protección contra la discriminación prejuiciosa contra las minorías.

espacio de uno y otro principio podrían estar en dinámicas de suma cero (el autogobierno podría reclamar autoridad para definir las condiciones de membresía; y a la vez, si las condiciones de membresía fueran muy demandantes –sin importar quien las defina- su contenido podría restringiría notablemente la extensión y profundidad del autogobierno)<sup>73</sup>. Pero no nos dice nada al respecto.

Mi impresión es que Dworkin habría confiado en la hipótesis de la integración – como buen erizo-, aunque me temo que ella no resulta interpretativamente alcanzable, ni institucionalmente realizable de manera consistente<sup>74</sup>.

Y de hecho, creo que implícitamente –casi por default- Dworkin terminará asignando una prioridad fundamental al primer principio por sobre el segundo (no creo que sea casual que lo enuncie primero), y dentro de éste, a la condición de independencia ética por sobre el autogobierno. Lo que constituye una significativa inconsistencia.

Por el contrario, a mi juicio, si uno de los dos principios debiera prevalecer, sólo podía ser el segundo; pues es el autogobierno quien debería definir las condiciones de igualdad de ciudadanía, en la medida que esta es una cuestión política o de moral intersubjetiva, que debe ser resuelta por la comunidad política, por exigencia de la propia idea de dignidad, una vez proyectada a dichas prácticas.

Por supuesto, tanto la (imposible e inestable) integración, como la primacía del segundo principio, implicarían que el avance de la legitimidad democrática asociativa recortaría notablemente el espectro de asuntos o derechos que quedan fuera de la

---

<sup>73</sup> Este es, como se ve, el dilema que Nino encontraba ínsito en la justificación de la democracia, cuando se planteaba el valor del autogobierno, pero sujeto a ciertas precondiciones que adquirirían la forma de derechos. Dworkin había eludido esto en sus primeras formulaciones de FL porque no había definido fuertemente un principio de “autogobierno colectivo”. Sin embargo, la tensión lo asecha ahora, aunque parezca no haberse dado cuenta de ello.

<sup>74</sup> Tampoco creo que Nino haya podido resolver el dilema de manera satisfactoria, por cierto.

autoridad colectiva, y que legítimamente podríamos asignar a una autoridad no colectiva/mayoritaria; algo que Dworkin nunca se sintió cómodo para hacer.

En efecto, lo único que quedaría afuera, por las propias exigencias de la dignidad, serían las “las cuestiones de religión u otros valores éticos comparables”, y –agregaría yo- las cuestiones relativas a la buena fe y responsabilidad interpretativa de las razones provistas para justificar las decisiones sobre las condiciones de igual ciudadanía (un test de la razonabilidad argumental, no sustantiva, que los deliberativistas estamos siempre dispuestos a favorecer, claro).

En todo caso, Dworkin nos estaba preparando un último acto en su agenda de integración del valor, presentará allí su última argumentación sobre la democracia, la legitimidad, la justicia, y la dignidad.

#### **B.- “JUSTICE FOR HEDGEHOGS”. LA DEMOCRACIA EN LA UNIDAD DEL VALOR**

Este libro constituye el esfuerzo definitivo de articular una visión filosófica comprehensiva que realice -y al hacerlo, defienda- la idea de unidad, integración y continuidad de los valores que llamaríamos éticos, morales y políticos, en los diversos planos de abstracción –desde el plano institucional hasta los más básicos relativos al valor básico de la vida humana.

La democracia estará presente, de manera significativa, ocupando un lugar relevante en la moralidad política. El tratamiento que dispensará a la democracia estará explícitamente enmarcado en la idea de “libertad positiva”, y vinculado –en su

red de valor- con las dos dimensiones de la “dignidad” que identificara como núcleo ético (y también moral) de su concepción<sup>75</sup>.

*B.1.- El argumento en favor de la “partnership conception”. Ultima presentación*

El camino general recorrido en este capítulo es en buena medida conocido en su sustancia, pero resulta original (y problemático) en su encuadre.

Dworkin comienza afirmando que la dignidad –tal como él la entendió- requiere “*independence from the government in matters of ethical choice*” (379), aunque no requiere lo mismo en materia de “*collective decisions about morality and justice...*”. En relación con tales decisiones “*my dignity requires that I be allowed a role in the collective decisions. What role must that be?*” (379)

La respuesta a esa pregunta, es una teoría interpretativa de la democracia<sup>76</sup>, y allí Dworkin presentará las dos concepciones rivales y las comparará en relación con los valores de “fairness” y “political equality”, para concluir que la concepción mayoritaria no ofrece ventajas en términos de fairness (hay una especie de empate, o de indeterminación de cuál es mejor en esa dimensión) y que la “partnership” ofrecería una mejor interpretación del valor de la igualdad. Luego de hacerlo explorará las proyecciones de ambas concepciones respecto de dos arreglos

---

<sup>75</sup> En el cap. 9 presenta los dos principios éticos, ya reseñados (203/4). Dworkin reconoce que ellos también se formulan y operan como principios políticos –como los presentó en LDP-, y morales – conformados de manera similar a la inviolabilidad kantiana y el antiperfeccionismo (ver JxH 203, 205 y 212).

<sup>76</sup> Ello es así por cuanto “the concept of democracy is an interpretative and much contested concept...We choose among competing conceptions by locating some distinct value or set of values that best explain, if any can, what is good about it” (379, 382/3).

institucionales: el gobierno representativo (vs. los referenda) y la revisión judicial (vs. la supremacía legislativa o mayoritaria en las decisiones públicas).

Dworkin presentará al mayoritarismo sin ninguna caridad hermenéutica. Dice cosas tales como: *“the majoritarian conception defines democracy only procedurally. The partnership conception ties democracy to the substantive constraints of legitimacy. Because legitimacy is a matter of degree, so, on this conception, is democracy”* (384)<sup>77</sup>. Asimismo, dirá que al mayoritarismo le interesa responder una pregunta, la siguiente: *“Which system is more likely to reliably enforce the reflective and settled will of a majority of citizens in the long run?”* (383)<sup>78</sup>.

Por oposición a ello, para Dworkin: *“The partnership conception of democracy ...holds that self-government means government not by the majority of people exercising authority over everyone but by the people as a whole acting as partners...”* (384). Para explicar la diferencia operativa entre ambas concepciones, afirma: *“...on the partnership conception a majority has no moral authority to decide anything unless the institutions through which it governs are sufficiently legitimate...”* (385).

En este punto, me interesa remarcar cómo JxH retoma el vínculo que se había insinuado –pero no desarrollado- en IdJ, entre **democracia y legitimidad**, entendida ésta como un asunto diferente al de la justicia de las instituciones o decisiones

---

<sup>77</sup> El “mayoritarismo” de Waldron, sin ir más lejos –y ni hablar del constitucionalismo popular- no capturado por Dworkin en esta descripción. Su tesis no es “sólo” procedimental; al contrario, se apoya en una visión sustantiva de la igualdad, que resulta honrada en su opinión por mecanismos participativos de decisión mayoritaria. Ver. “Law and Disagreement”, Oxford, 1999.

<sup>78</sup> Otra vez, una caracterización tramposa. Tal pregunta sólo es relevante si antes se estableció, como Waldron tratara de hacer, que la igual dignidad –cuando existen profundos desacuerdos y se debe tomar una decisión que obligará a todos- se honra de la mejor manera mediante procedimientos participativos, que concluyan en una decisión mayoritaria.

públicas. La “partnership” es posible si todos –más allá de los desacuerdos- “*respect the conditions of legitimacy...*” (384)<sup>79</sup>.

#### B.1.A .- La equidad. Quién decide: la mayoría, la suerte o quién?

En su evaluación comparativa de las dos concepciones Dworkin discutirá –por primera vez de manera explícita- las ideas de Waldron acerca de la democracia mayoritaria. Apoyándose una vez más en el ejemplo del bote salvavidas, emplazará la discusión como la pregunta acerca de si el voto mayoritario es el procedimiento más *equitativo* para tomar decisiones en cualquier contexto de decisión imaginable.

Su respuesta será que no siempre es así.

En particular, impugnará la equidad de dicho procedimiento para (a) los casos en que “*questions of fair procedure are controversial...[en los que] there is no default decision procedure to decide on decision procedures*”, (b) así como respecto de los casos en que “*a political community decides on the rights of an identified and disliked minority*”<sup>80</sup> (387).

---

<sup>79</sup> Dejemos dicho que así planteada la discusión –como requiriendo un análisis previo sobre la legitimidad y sus condiciones, antes de definir el alcance de la regla de la mayoría- no se llega a una respuesta sobre el rol de dicha regla o procedimientos en el marco de una comunidad legítima ¿es el procedimiento mayoritario el único justificable en tales comunidades, o no? ¿se puede justificar la alienación decisoria respecto de la mayoría en una comunidad legítima? ¿Es acaso incompatible con una comunidad respetuosa de la dignidad la institucionalización del principio mayoritario como criterio final para las decisiones políticas? Nada de eso responde –en sí mismo- el argumento que Dworkin decide emprender, dedicado a impugnar el mayoritarismo meramente procedimental.

<sup>80</sup> Dworkin rescata aquí, gracias a un recordatorio de Waldron, su idea de las “preferencias externas”. En el simposio de discusión del borrador de su libro, al responder a Waldron, dijo: “I could appeal to the same distinction [preferencias externas e internas] now to explain why a majoritarian process with no judicial or other check is not well suited to produce unbiased results...I could only use the distinction in this context to suggest that majoritarian politics should be qualified not abandoned. But that is all I do suggest. I assume that majoritarian procedures are appropriate –indeed sometimes necessary- in circumstances when they are fair. Judicial review is among the arrangements that might improve their fairness though, as I emphasize, it is not the only such arrangement” cfme. “Symposium: justice for hedgehogs : a conference on Ronald Dworkin's forthcoming book; Boston University. School of Law, 2010, pág. 1087.

Si bien Dworkin puede confiar, como dice en una nota, que su argumento consigue –pero sólo está diseñado para- impugnar la afirmación de que el voto mayoritario es “EL” procedimiento indiscutiblemente más equitativo siempre y en cualquier contexto de decisión colectiva; lo cierto es que su alegación no contiene un argumento positivo fuerte en favor de ningún otro camino decisorio<sup>81</sup>.

De hecho, lo único que parece tener para decir positivamente en su análisis de “fairness” es que nuestro compromiso con la dignidad de los ciudadanos “*requires that they have an important role in their own governance*” (387) y por eso rechazaríamos también la equidad de un “*autocratic or investment related procedure*” (387).

Su conclusión es, simplemente, que “*...none of these reasons for insisting on popular democracy rather than chance or aristocracy in politics favors the majoritarian over the partnership conception of what democracy means. Indeed, because the latter gives more constitutional protection to minorities, it might be expected to provide more stability and to more accurately identify and secure the general welfare*” (388).

**La salida del argumento parece una evasión: Lo que Dworkin debía argumentar (dado que estaba comparando dos modelos de democracia) era, tal como señalamos en nuestra última nota al pie, que la decisión colectiva mayoritaria, en base al voto universal, no es el procedimiento más equitativo, o que no es el que mejor realiza y provee el “*important role in their own governance*” que el principio de dignidad requiere, al menos prima facie, y comparado con cualquier otro mecanismos alternativos.**

---

<sup>81</sup> De hecho, la única salida que encuentra en el bote salvavidas es dejar que la suerte decida. Según Waldron, en conversaciones informales Dworkin le habría dicho que él esperaría que los náufragos conversarían hasta que pareciera claro qué es lo mejor (ver “A majority in a life boat”, op cit. 1051)

El remate argumental de Dworkin, por el lado de “*stability and [la posibilidad de]...more accurately identify and secure the general welfare*”, no tiene absolutamente nada que ver con “fairness”, tal como él mismo la entendiera, desde Law’s Empire<sup>82</sup>.

**En todo caso, Dworkin parece creer que, en este punto al menos, ha logrado un empate entre las concepciones rivales en el terreno de la “Fairness”, desmontando la alegación de que el mayoritarismo es intrínsecamente más equitativo siempre.**

B.1.B.- La igualdad política? Cómo se configura? ¿Cómo opera institucionalmente?

Dworkin cree que su “partnership conception” es superior en la dimensión de “political equality”, y por lo tanto, mejor que la concepción rival.

En su argumento se apoyará en el conocido recorrido por las dimensiones de “influencia” e “impacto”, para concluir, como lo hizo otras veces que estas métricas no tienen demasiado valor (salvo la igualdad de impacto como condición básica de ciertos arreglos) para agotar la igualdad política.

Lo interesante es que en esta ocasión formulará canónicamente, por primera vez, el significado que su concepción le da a la igualdad política, atando la igualdad de impacto a sus principios de dignidad. La igualdad política significa: “... *that no adult citizen’s political impact is less than that of any other citizen for reasons that*

---

<sup>82</sup> Tampoco el punto de la “mayor protección de la minoría”, pues no es claro quién puede ejercer ese rol dentro de la comunidad en el bote salvavidas. El único camino sería el de un “tercero imparcial”, pero difícilmente sea “fair” alienar a la comunidad de la decisión de ese modo, dado lo que la dignidad exige –tener una parte en la decisión.



*compromise his dignity –reasons that treat his life as of less concern or his opinions as less worthy of respect...[La igualdad así entendida] takes political equality to be a matter of attitude, not mathematics. It demands that the community divide political power, not necessarily equally, but in a way that treats people as equals” (388).*

Según Dworkin, *“political equality is a matter not of political power but of political standing...” (390). “Political equality requires that political power be distributed so as to confirm the political community’s equal concern and respect for all its members” (391)*<sup>83</sup>.

El error de la concepción mayoritaria sería, según Dworkin, que se apoya en una errada idea “aritmética”. Dicha concepción enfatiza, correctamente según nuestro autor, el valor del impacto igual, *“but it misunderstands the nature and hence the limits of that value...” (392)*. El argumento de la “igualdad política” demostraría, así, la superioridad interpretativa de la “partnership conception”.

Resulta fundamental, entonces, que Dworkin nos diga cómo ponderar esa vinculación que ha trazado entre igualdad de consideración e igualdad de impacto: *“The partnership conception does not automatically demand equal political impact...But it does demand this sometimes. When and why” (392, el resaltado nos pertenece).*

Para responder dicha pregunta Dworkin plantea una *“burden of argument”*, y la ejemplificará con el análisis de los dos arreglos institucionales que anticipamos – gobierno representativo y revisión judicial.

*El test de la partnership conception es el siguiente: “any significant difference in the political impact of different citizen’s votes is undemocratic and wrong unless it*

---

<sup>83</sup> Esta reconstrucción parece remitir al principio de “igualdad de consideración” que había mencionado en DP.

*meets two conditions, one negative and the other positive. First, it must not signal or presuppose that some people are born to rule others...Second, it must be plausible to suppose that the constitutional arrangement that creates the difference in impact improves the legitimacy of the community”* (392, el resaltado nos pertenece).

Veamos cómo opera el test.

En relación con el **gobierno representativo**, Dworkin afirma –correctamente– que “...*the majoritarian conception treats representative government as a necessary evil*” (393). Pero en su opinión el gobierno representativo no es un “automatic déficit” en la democracia ya que son los ciudadanos en general y no algún grupo particular aquellos cuyo poder político es disminuido por el otorgamiento de los enormes poderes que se otorgan a los funcionarios electos (394). Por lo demás, nuestro autor insiste con la “plausibilidad” de la idea de que tales funcionarios estén en mejor posición que las “asambleas populares” para proteger derechos individuales frente a “*dangerous swings in public opinión*” (394); de donde concluye que “...*there can be no general democratic requirement that fundamental issues be put to referenda...*” (394).

La cuestión, pues, dependerá de los detalles: “*there can be no algorithm for that test...reasonable people and politicians will disagree about which such structures improves the chance that the community will show equal respect and concerns for all and each. But that is the test the partnership conception offers, not the cruder mathematics of majority rule*” (394)<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Stephen Macedo argumenta que Dworkin sostendría la “questions of democratic institutional design” constituyen casos de “objective indeterminacy” (ver “Symposium...”, op. cit. pág. 1031). Si bien en su párrafo de respuesta a Macedo Dworkin afirma que está prácticamente de acuerdo en todo lo que aquel dice, creo que este juicio es errado. Dworkin es claro en que la definición de democracia no puede decidir las cuestiones de diseño, porque eso implicaría tratarla como un concepto criterial (ver, Symposium, op. cit. pág. 1085). Pero ello de ninguna manera implica una resignación a la indeterminación, y todo el tiempo Dworkin expresa su confianza en las preguntas y

Una vez más –como en la introducción a FL-, Dworkin termina sujetando la cuestión al barro de la historia, las prácticas políticas y los experimentos de cada comunidad: *“Using that test reveals embarrassments. The constitutional system of every mature nation is a cragged riverbed of historical compromises, ideals, and prejudices: these may serve no purpose now, but equally they signal no disrespect for anyone (394<sup>85</sup>). En muchos casos “...the inequalities cannot be justified...but their preservation reflects entrenchment and inertia rather than any sense of entitlement or disrespect for anyone...”(395). En tales casos, en la medida en que esas desigualdades no sirvan a ningún propósito valioso igualitario, las desventajas que expresan en la actualidad son arbitrarias, y “a failure to correct it, if any institution had the capacity to do so, would show and illegitimate insensitivity to the interests or opinion of those so disadvantaged” (395).*

*En relación con la revisión judicial* y su relación con la democracia, la aplicación del test de dos criterios lleva a Dworkin a las siguientes conclusiones: En primer lugar, es obvio que el poder de los jueces no implica discriminación por nacimiento ni riqueza, con lo que la cuestión de su consistencia con la democracia gira en torno a si: *“Is it plausible that judicial review improves democratic legitimacy overall?” (396).*

La respuesta de Dworkin es, en terminos interpretativos, bastante sorprendente –sorprendentemente deficiente: *“Any defense of judicial review as democratic...must argue that judicial review improves overall legitimacy by making it more likely that the community will settle on and enforce some appropriate conception of negative*

---

respuestas interpretativas para las prácticas políticas, como hemos venido citando. Si la sustancia institucional fuera “indeterminada” todo el proyecto interpretativo mostraría una limitación tan notable que ni siquiera justificaría el esfuerzo. No creo que Dworkin aceptara eso.

<sup>85</sup> El sistema indirecto de elección presidencial, y la composición del Senado en Estados Unidos son presentados como ejemplos en ese sentido.

*liberty and of a fair distribution of resources and opportunities, as well as of the positive liberty that is the subject of this chapter”.*

La considero sorprendentemente deficiente porque, según parece, al final del día, la distinción entre legitimidad y justicia (igualdad, libertad negativa, etc.), y la idea interpretativa de que el punto de la democracia era el de la legitimidad termina borrada, eliminada conceptualmente.

La democracia quedaría, una vez más, sometida a la instrumentalización respecto de valores políticos sustantivos –una especie de regreso a lo que era lo peor de la “dependant conception”, a la “accuracy es ante”, que Dworkin parecía – acertadamente- haber dejado atrás, cuando comenzó a asociar democracia y condiciones de ciudadanía moral, etc.

La respuesta de Dworkin es, además, llamativamente contextual, lo cual le quita bastante el atractivo “interpretativo” sobre el “valor de la democracia” que nos venía prometiendo. En sus palabras: *“Whether that argument can succeed for any political community obviously depends on a host of factors that vary from place to place. These include the strength of the rule of law, the independence of the judiciary, and the character of the constitution judges are asked to enforce. Judicial review may well be less necessary in nations where stable majorities have a strong record of protecting the legitimacy of their government by correctly identifying and respecting the rights of individuals and minorities...Nothing guarantees in advance that judicial review either will or will not make a majoritarian community more legitimate and democratic...History is not decisive of the large question whether judicial review can be expected to improve legitimacy in the future. But history counts. **I am denning ...that judicial review is inevitably and automatically a defect in democracy. But it***

*does not follow that any democracy has actually benefited from the institution...*”  
(398/399)<sup>86</sup>.

En algún lado Dworkin extravió el camino argumental al que debían conducir sus promesas sobre lo que realizaría con su argumentación –ver más arriba las citas al comienzo del análisis de este libro. Terminó respondiendo preguntas que no había hecho, evadiendo las que había hecho, y presentando conclusiones que no guardan correlación con lo que estaba analizando.

Veamos si podemos encontrar mejor el sendero que tenía trazado.

### *B.2.- El argumento extraviado Democracia, Legitimidad y Dignidad*

Empecemos por el final. Lo deficiente de las respuestas sobre el gobierno representativo y el control de constitucionalidad no es el carácter de la conclusión, sino su falta de argumento en los términos en que él mismo había planteado la cuestión. **Lo que Dworkin prometía era que mostraría “when and why” se podría justificar limitar la igualdad de impacto –lo que distingue a la concepción “partnership” de la “mayoritaria” (que parece prohibir todo desvío de dicha igualdad)- y la respuesta que encontramos es simplemente cuando sea mejor para la legitimidad;** que luego transforma (inconsistentemente) en **que se logre una**

---

<sup>86</sup> Al leer este argumento no puedo sino evocar el argumento de Martín Farrell, en *El Derecho Liberal*, cuando afirmaba: “De modo que si queremos saber si la protección de los derechos...debe dejarse en manos de los legisladores, o confiarse a la de los jueces, la pregunta que debemos contestar es la siguiente: ¿en cuáles manos se maximiza el respeto de esos derechos?”, ver “*El Derecho Liberal*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.120. Farrell concluía, claro e imperturbable: “Lo que he querido justificar –entonces- es la existencia del control judicial de constitucionalidad cuando el tribunal está integrado por jueces de una determinada ideología y calidad”, pág. 130. En ese mismo libro, Farrell sostenía –adecuadamente- que la diferencia entre Waldron y Dworkin se podía expresar diciendo que el primero creía que el control de constitucionalidad era antidemocrático y malo, y el segundo, que era democrático y bueno (pág. 118). Esa era la idea de Dworkin en LE, en efecto. En JxH, ya no lo es.

**concepción apropiada de los derechos, la igualdad de recursos, la independencia ética y la libertad positiva**, asunto que, al final del día, **dependerá del contexto y la historia**<sup>87</sup>.

Semejante argumentación no podía terminar sino como lo hace el capítulo en cuestión: “*we must keep our fingers crossed*” (399).

Para superar este sabor a poco (interpretativo) acerca de la democracia, tenemos una última vía de exploración.

Dworkin había sugerido, recordemos, que el concepto clave para evaluar diferentes concepciones de la democracia era el de “legitimidad” –las condiciones de legitimidad a la luz de los principios de la dignidad. Aunque en el momento crucial de su capítulo sobre la democracia se olvidó de ella.

Veamos pues cómo reconstruyó dicho concepto político fundamental en el mismo libro, unos capítulos antes, mientras tejía su red de valor, para ver si podemos ponerlo en red con la democracia, pues el análisis de este concepto aislado del análisis de la legitimidad en términos interpretativos, en una fragmentación inconsistente con la propia lógica del proyecto<sup>88</sup>.

Para eso debemos adentrarnos en el cap. 14 donde Dworkin analiza las “obligaciones” como concepto básico del universo moral, y dentro de estas, las “obligaciones políticas”. La pregunta por esta clase de obligaciones es postulada en

---

<sup>87</sup> Al principio del capítulo, Dworkin prometía la siguiente agenda: “...is the practice of judicial review...illegitimate because it is undemocratic...or is that practice rather a necessary and desirable corrective to democracy? Or –a third possibility- is ...actually essential to creating a genuine democracy? ...we cannot choose among them without choosing among conception of democracy and defending our choice...” (380).

<sup>88</sup> Como si Dworkin no terminara de sentirse cómodo con desvincular la democracia de las respuestas sustantivas. Como si acaso, temiera que dicha desvinculación lo dejaría sin argumentos para su defensa de la compatibilidad (o la no incompatibilidad) de la revisión judicial; o más complicado aún, para resistir la avanzada mayoritarista (no la avanzada ciega, sino la avanzada basada en la legitimidad de que seamos todos quienes decidamos las cuestiones morales y políticas fundamentales que nos atañen).

estos términos: “*Do we have an obligation to obey the laws of the state we happen to be born into? (simplemente en virtud de que son sus leyes)*” (318).

Dworkin rechazará el “anarquismo filosófico” y reivindicará que la obligación política es un tipo de obligación asociativa: “*we must have political obligations because we are related to our fellow citizens in some special way that gives each of us special responsibilities to the others independently of any consent*” (319).

Esta clase de obligación tiene en Dworkin un tinte paradójico: Un gobierno coactivo es esencial para nuestra dignidad, pero a la vez amenaza con hacer imposible nuestra dignidad (pues parece implicar el dominio de otros sobre nosotros, o de nosotros sobre otros).

La respuesta –interpretativa– de Dworkin es que la obligación política no viola la dignidad en la medida en que: “*we find ourselves in associations we need and cannot avoid but whose vulnerabilities are consistent with our self-respect only if they are reciprocal – only if they include the responsibility of each at least in principle, to accept collective decisions as obligations...*” (320)<sup>89</sup>.

Veamos ahora las condiciones en que las obligaciones políticas se sostienen. Ese es el campo de la Legitimidad. “*Legitimacy is a different matter from justice. Government has a sovereign responsibility to treat each person in their power with equal concern and respect. They achieve justice to the extent they succeed...Government may be legitimate, however –their citizens may have, in principle, an obligation to obey their laws- even though they are not fully, or even largely, just. They can be legitimate if their laws and policies can nevertheless reasonably be interpreted as recognizing that the fate of each citizen is of equal*

---

<sup>89</sup> Este argumento había sido utilizado en DP para explicar y justificar la consistencia del principio de “autogobierno”, como componente de su concepción de democracia, con los principios de dignidad.

*importance and that each has a responsibility to create his own life....that is, if it strives for its citizens' full dignity even if it follows a defective conception of what that requires...*" (321/322, el resaltado nos pertenece)<sup>90</sup>.

Con esta reconstrucción de la idea de legitimidad, podemos cerrar mejor el círculo sobre las concepciones de la democracia. Mejor de lo que el capítulo 18 lo hacía.

El test que Dworkin tenía a mano para evaluar la democracia a la luz de la dignidad y la red de valor, debería ser ni más ni menos, que el test de la obligación política, de la legitimidad; **pues esta proveía, en su propia estructura, el puente entre los principios de dignidad y la esfera política.**

Acaso la mejor formulación de esta forma integrada de resolver las ecuaciones múltiples de la dignidad, la legitimidad, la libertad y la democracia está en el inicio de su capítulo 17 (Liberty). Allí dijo: *"We must distinguish two very different questions. Both assume that government...is inevitably coercive. The first asks; By whom –and with whom- should I be coerced? ... The second principle of dignity explains why we should regard answers to these two questions, which seems so different, as both theories of liberty. People must be allowed responsibility for their own lives, and...that responsibility is compatible with governance by others only when certain conditions are met...First, everyone must be permitted to participate in the right way in the collective decisions that make up his governance, and second, everyone must be left free from collective decision in matters that his personal responsibility demands he decide for himself. Because responsibility has those two dimensions, so does*

---

<sup>90</sup> Sólo cuando existan manchas sustanciales a la justicia, sin canales políticos para limpiarlas, "then political obligation lapses entirely. The unfortunate citizens must contemplate, as I said, not just civil disobedience but revolution" (323).



*liberty. A theory of positive liberty stipulates what it means for people to participate in the right way. It offers, that is, a conception of self-government...*" (365, el resaltado nos pertenece).

**La mejor concepción de la democracia es (debe ser) la que mejor justifica la existencia de obligaciones políticas; y tales obligaciones se justifican en la medida en que reconstruyan las prácticas del gobierno político como consistentes con los principios de dignidad en su formulación ética y moral.**

No se trata entonces, ni de que la democracia realice la sustancia de la justicia, ni de que provea las condiciones de ciudadanía moral; sino de que el sistema exprese un honesto compromiso con la plena dignidad de los ciudadanos, pues en ello reside la legitimidad política.

Esto es lo que sugiere al final de su capítulo 15, sobre "conceptos y derechos políticos": "*In such a community [una que acepta los principios de dignidad], the distribution of political power must reflect both these principles: the structure and decisions of government must acknowledge both peoples's equal importance and their personal responsibility. A conception of democracy is a conception of how that challenge is best met through political structures and practices...*" (350).

Eso era lo que Dworkin debía argumentar al comparar mayoritarismo y "partnership conception"; eso era lo que debía evaluar para identificar los supuestos justificables de alejamiento de la igualdad de impacto, y analizar arreglos institucionales específicos tales como el gobierno representativo y el control judicial. Inexplicablemente, su argumentación en el capítulo relativo a la democracia, transcurrió por otros carriles y terminó en afirmaciones contextuales y sub-argumentadas, instrumentales a cuestiones sustantivas; como si se hubiera perdido por un instante en la propia red de conceptos éticos, morales y políticos.

En el punto B.4 arriesgo una idea sobre a dónde podría llevar la reevaluación de la democracia a la luz de los dos principios de dignidad y las ideas de Dworkin sobre la verdad y responsabilidad moral.

### *B.3.- ¿Dos asuntos mal resueltos en el último movimiento?*

Pero antes de ese ejercicio, quisiera detenerme en el análisis de dos puntos que estuvieron presentes en los análisis de nuestro autor desde FL, y que en mi opinión, resultan difíciles de mantener en el marco más complejo de JxH, aunque Dworkin no haya hecho ajuste alguno al respecto.

#### B.3.1.- La esfera de cuestiones éticas

Desde IDC Dworkin contrarrestó el robustecimiento de la vida comunitaria que fue reconociendo a partir de IdJ y sobre todo de Liberal Community, con la preservación de la independencia ética del individuo. Esa independencia fue presentada inicialmente como “independencia de juicio” individual. La comunidad era una unidad de acción y una unidad de responsabilidad, pero no era una unidad de juicio<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Decía allí: “una comunidad viola el principio de independencia tanto si vuelve irrelevantes las convicciones personales del individuo respecto de la cuestión de cómo conduce efectivamente su vida, como si le prohíbe tener tales convicciones” (70). Bajo ese principio, Dworkin argumentaba contra la prohibición del aborto en base a un “supuesto derecho comunitario a insistir en que ciertos estándares morales y éticos sean cumplidos por todos los ciudadanos” (77). En su opinión “...toda suposición de que una comunidad tiene derecho a establecer estándares morales [éticos, de acuerdo a su formulación en JxH] para el conjunto de sus ciudadanos, claramente lo contradice [al principio de la independencia]... ‘gobierno del pueblo’ quiere decir un gobierno que permita que cada persona sea responsable del desarrollo de su propia personalidad ética y moral...” (77)

Sin embargo, tal como ya señalamos, desde “The arduous virtue of fidelity...”, varió sutilmente esa caracterización, para transformarla en la reserva de una “*esfera privada en la que sean libres de tomar por sí mismos las decisiones que tienen un contenido más ético y religioso...*” (JCT, 152).

En JxH, Dworkin caracteriza la “ethical Independence” como asociada a dos dimensiones. Una de ellas es presentada en términos similares a esta idea de la esfera protegida: “*Some coercive laws violate ethical Independence because they deny people power to make their own decisions about matters of ethical foundation...These includes choices in religion and in personal commitments of intimacy and to ethical, moral, and political ideals...people have a right to Independence in such decisions, provided that they do no threaten the like Independence of other people*” (368/9). La otra dimensión es más sutil: “*Other laws violate ethical independence in virtue, not of the foundational character of the decisions they inhibit, but rather of government’s motives in enacting those laws. Government must not restrict freedom **when its justification assumes the superiority or popularity of any ethical values controversial in the community...***” (369).

Pues bien, yo creo que la segunda dimensión –basada en lo que asume la justificación estatal- es consistente y sigue la primera idea de “independencia de juicio” que Dworkin había mencionado. Ella expresa una adecuada y delimitable protección “antiperfeccionista”. **La independencia ética se viola cuando la comunidad -la mayoría, el gobierno- pretende decirle a las personas qué ideales éticos son mejores o peores.** El test pertinente se refiere a la clase de argumentos

empleados para justificar la decisión colectiva. Si resultan perfeccionistas, se viola la independencia ética. Impecable, creo<sup>92</sup>.

Pero la primera dimensión, destinada a blindar decisiones de “carácter fundacional”, o “matters of ethical foundation” –en la línea de la esfera blindada iniciada en “The Ardorous Virtue...”- es inconsistente, especialmente para quien argumenta la integración entre ética, moral y política.

Ello es así porque en JxH ya no hay esferas (no puede haberlas ya), sino una red de apoyo e integración mutua. Nada es más fundacional que nada más.

La ética y la moral intersubjetiva se brindan sentido y apoyo mutuo, para el último Dworkin, y su esperanza y pretensión de aislar las “matters of ethical foundation” no pueden ser exitosas.

Creo que la debilidad de su estrategia argumental sobre esa dimensión de la independencia se revela notoriamente cuando Dworkin debe agregar la frase - aparentemente inofensiva-: “*provided that they do no threaten the like Independence of other people*”. Ese es el fin de las esferas.

¿En qué sentido podría afirmarse, por ejemplo, que mi independencia ética en cuestiones religiosas está blindada si en el caso en que mi religión me ordenara sacrificar a mi hijo, -por ejemplo, o matar a los infieles- el estado estaría legitimado para impedirlo porque ello amenaza la independencia de otro (de mi hijo, o de terceros)?

Correlativamente, ¿en qué sentido puede reivindicarse, por ejemplo, que el aborto no viola la independencia ética de otras personas, frente a una comunidad que

---

<sup>92</sup> En este sentido, Dworkin expresa el mismo punto que hiciera Nino al justificar el control de constitucionalidad, en sus últimas obras, como una protección contra justificaciones perfeccionistas. Ver Fundamentos de Derecho Constitucional, pág. 699.

entendiera (habiendo formado su juicio de manera tan responsable como yo) que sí ocurre tal cosa pues el feto es una persona para su punto de vista? Los ejemplos podrían seguir, claro.

La pretensión de blindaje categorial de ciertas cuestiones como asunto de independencia ética sólo podía hacerse, con alguna confianza, cuando se suponía un abismo también categorial entre ética y moral intersubjetiva –o, más lejos en el tiempo, entre policy y principle. Pero no ya será una estrategia exitosa en un universo de valor integrado de apoyo mutuo. De hecho, los propios principios éticos son principios morales, como el propio Dworkin ha reconocido, y son también principios políticos, en JxH.

En todo caso, no puede ser una estrategia exitosa de distinción ex ante entre esferas (cuestiones religiosas pueden o no afectar la independencia de otros, cuestiones sobre el propio estilo de vida, pueden o no afectar la independencia de otros) y no puede plantearse la independencia en estas cuestiones como una condición de legitimidad de la autoridad política, cuando lo que se discutirá, por ejemplo, es si dicha amenaza existe.

Y, por si hiciera falta decirlo, el recurso al concepto de “amenaza” o, más aún de “daño” no resuelve la cuestión, pues ese concepto también es interpretativo y está plagado de valor<sup>93</sup>. Una vez que tengamos un desacuerdo sobre la existencia del daño a tercero (o de amenaza a la independencia de otro) no habrá forma de resolver la tensión. ¿Quién decide –yo o mi comunidad- si mi convicción religiosa de sacrificar a mi hijo, o matar a los infieles compromete o no su independencia? Si decide mi

---

<sup>93</sup> No podría haber, en el propio sistema de Dworkin, una noción no interpretativa de daño, en la que pudiéramos apoyarnos para saldar las controversias interpretativas sobre qué cuestiones son éticas o morales.

comunidad, entonces mi comunidad decide sobre cuestiones de “ethical foundation”, y yo no soy independiente en el sentido que Dworkin venía pretendiendo.

La cuestión tiene una obvia implicancia para la teoría de la democracia (para la legitimidad) y para el diseño institucional en términos de justificación del control de constitucionalidad.

Dworkin veía al control de constitucionalidad como un elemento potencialmente valioso para proteger el “principio de independencia”, o –podríamos decir ahora- “la independencia ética”, rechazando que la comunidad pueda reivindicar títulos para decidir sobre eso. Pero dicha habilitación no debería (no puede ya) estar justificada en términos de una esfera protegida de cuestiones fundacionales, sino –solamente- como una esfera frente a interferencias basadas en posturas perfeccionistas.

Por supuesto que en esta dimensión (control antiperfeccionista de razones) también existirán controversias y puntos de empate (quién decide si un argumento es perfeccionista o no?). Creo, sin embargo, que para una red integrada de valor, que adopta además una visión de la verdad moral independiente de hechos morales y atada sólo a argumentos -y que construye en el ejercicio de la responsabilidad interpretativa su camino hacia la verdad moral, como ocurre en JxH- la propia práctica de la argumentación moral, la propia evaluación de las razones, constituye un camino mejor integrado, que el de las supuestas esferas blindadas.

B.3.2.- El rol de los procedimientos -y decisiones- mayoritarios en una comunidad legítima

Dworkin siempre tuvo un fuerte recelo frente a los procedimientos y decisiones mayoritarias. Temía que los prejuicios sociales dominaran las decisiones, y desconfiaba de que los procedimientos decisorios mayoritarios de las democracias – típicamente los relativos a los cuerpos legislativos- tuvieran las condiciones institucionales adecuadas, y las capacidades epistémicas pertinentes, para adoptar decisiones ecuánimes e imparciales, mucho menos, correctas.

Este recelo puede encontrarse tanto en DeS como en JxH, según hemos reseñado, a los dos extremos de su larga contribución.

Sin embargo, cuando decidió enfrentar argumentalmente al “mayoritarianismo” a partir de IDJ y FL, no argumentó en base a esos recelos, sino de un modo mucho más sutil –y efectivo. Su argumento fue que la decisión mayoritaria o los procedimientos mayoritarios no eran equitativos en sí mismos, ni expresan un valioso compromiso con la libertad positiva o la igualdad moral en sí mismos; pues tales valores dependen de que la comunidad en cuestión construya su vida colectiva reconociendo un tipo de status, de rol y de independencia a sus ciudadanos –esos que resultan en la “partnership conception”, cuando se respeta los principios de participación, interés e independencia.

Como lo dijo en JxE: *“I assume that majoritarian procedures are appropriate – indeed sometimes necessary- in circumstances when they are fair”*<sup>94</sup>.

Así pues, el rechazo al mayoritarianismo no es, un rechazo a la regla o procedimientos mayoritarios, sino a su asociación directa con el procedimiento intrínsecamente realizador de los valores políticos fundantes (igualdad, libertad, equidad, etc.) y por lo tanto, el único conforme con la legitimidad.

---

<sup>94</sup> En su Response, en “Coloqioum...”, op. cit. pág. 1087. Allí agregaba “...Judicial review is among the arrangements that might improve their fairness...”

Dado que la legitimidad –en Dworkin- está un paso atrás (en el respeto por las condiciones de ciudadanía moral en FL, o de dignidad en JxH), una comunidad política legítima, tendrá, tal vez espacio para los procedimientos mayoritarios.

Quiero decir, si una comunidad cumple significativamente los requisitos de legitimidad, asociados, ¿podría esa comunidad podría ser institucionalmente mayoritarista en sus procedimientos y métodos decisorios, de manera consistente con la propia partnership conception? Si así fuera, la institucionalidad mayoritaria para todas las decisiones políticas quedaría justificada, y no por una concepción mayoritarista, sino como consistente con los presupuestos de la “partnership conception”<sup>95</sup>. *Sin embargo, Dworkin siempre terminaba atando –a priori- las condiciones de legitimidad a la existencia misma de procedimientos contramayoritarios.*

Es más, como se puede ver, en la cita que acabamos de realizar agrega una referencia a la revisión judicial como posible arreglo para mejorar la fairness. Ello sugiere que más bien se inclinaría por afirmar –de manera consistente con su inveterado recelo mayoritario- que una institucionalidad mayoritaria nunca pudiera considerarse como consistente con condiciones “fair”, o con una comunidad legítima en los términos que él ha construido dicha noción.

Dworkin querría argumentar que las condiciones políticas sólo podrán ser “fair” si la institucionalidad cuenta con salvaguardas contramayoritarias, para asegurar que nadie sea privado de su valor intrínseco, ni de su independencia para ejercer su responsabilidad (la revisión judicial es una de ellas).

---

<sup>95</sup> De hecho, en FL decía: “When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not...there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better. (17)



Pero si esa fuera su idea, lo cierto es que Dworkin nunca ha hecho un argumento interpretativo positivo que permitiera justificarla (salvo la vieja alegación de que la mayoría sería juez y parte).

Es más, difícilmente podría hacerlo sin caer en una petición de principio que exprese, ella misma, un prejuicio antimayoritario. Tal vez por eso, su último análisis sobre el gobierno representativo y el control de constitucionalidad se disolvió en cuestiones contextuales y terminó poéticamente encomendándonos a la suerte, con los dedos cruzados.

Ahora bien creo que JxH tiene material como para adoptar otro camino; uno que reivindique los procedimientos y decisiones mayoritarias como “apropiarte” o, más aun “necessary” para todas las decisiones comunitarias, en una comunidad legítima<sup>96</sup>. Ese material está en su fabulosa teoría sobre la “verdad moral” y la “responsabilidad moral” de la primera parte del libro.

En efecto, y dicho con la brevedad que demanda esta parte final del trabajo, Dworkin reivindica la verdad en cuestiones de valor contra el escepticismo; y rechaza las hipótesis del impacto causal contra el realismo. En su visión “*Moral judgments are made true, when they are true, by an adequate moral argument for their truth...by and adequate case for its truth...*” (37). Y estamos justificados en suponer que un cierto juicio moral es verdadero “*...when we are justified in thinking that our arguments for holding it true are adequate arguments*” (37). Pero nos ganamos ese derecho, cuando actuamos **responsablemente** en la formación de nuestros juicios y argumentos<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Con restricciones “argumentales” pero no sustantivas, como la prohibición de “argumentos perfeccionistas” por ejemplo.

<sup>97</sup> En el Capítulo 6 de JxH Dworkin desarrolla su interpretación de la “responsabilidad moral”

Pues bien, bajo tales ideas, creo que puede postularse consistentemente que la búsqueda de la verdad en cuestiones que nos interesan políticamente en una comunidad de iguales, demanda y justifica el ejercicio responsable de la argumentación colectiva, pública.

*En las cuestiones políticas, morales, valorativas en general, que nos interesan y nos desafían todo el tiempo en nuestras comunidades políticas tenemos la responsabilidad de buscar la verdad –con integridad y autenticidad; pero no la honramos, ni podemos reclamar nuestra verdad, o ganarnos el derecho de vivir con ella, si no hacemos el trabajo de sopesar nuestros argumentos con los de nuestros iguales, si no activamos conjuntamente los filtros contra nuestro prejuicios, si no esclarecemos y pulimos los presupuestos fácticos, causales, conceptuales, filosóficos que forman la red de nuestros juicios, exponiéndolos a la crítica de otros iguales.*

**Una verdad no desafiada colectivamente no es una verdad responsable, en una comunidad de iguales. Y esa responsabilidad es consistente con, y es demandada por, los mismos principios de dignidad que basan la teoría de Dworkin.**

**Construir una comunidad legítima es –debe ser- al mismo tiempo construir una comunidad de ejercicio de la responsabilidad moral en la búsqueda de la verdad moral.**

**La comunidad legítima se forma con la inclusión deliberativa más plena posible que permita realizar la responsabilidad moral en la formación de los juicios relativos a las cuestiones comunitarias. Y cuando dicha comunidad se logra razonablemente, la mayoría gana su derecho a vivir de acuerdo a su verdad. No por la tiranía de los números, no por el conteo de cabezas, sino por**

**respeto a su responsabilidad. En todo caso, nadie tiene un derecho mayor a ese, y eso es suficiente.**

*En una comunidad legítima dworkiniana -una comunidad responsablemente deliberativa en la búsqueda de los mejores argumentos, diría yo; tal vez, los procedimientos y decisiones mayoritarias –responsablemente participativos y deliberativos- son finalmente, siempre apropiados y necesarios.*

No es eso, insisto, lo que Dworkin dijo. Tampoco es, creo, lo que quisiera decir. Es, creo, lo que podría haber dicho, y lo que podemos decir nosotros con las herramientas de su teoría. Y, tal vez, hasta podría ser algo mejor para decir, en el camino de la búsqueda de los erizos.

#### *B.4.- La duda final de un erizo deliberativista frente a la Teoría de Dworkin*

Tengo dudas de que la “partnership conception”, tal como la ha terminado de construir nuestra autor, tenga el mejor caso para la legitimidad (sin duda no lo tiene para la justicia, salvo para un elitista moral).

Aunque me parece superior al mayoritarismo de Waldron –me parece mejor su idea sobre la legitimidad y sobre el contenido sustantivo de la dignidad-, su desinterés por las condiciones deliberativas, y las implicancias que su razonable realización –en términos de inclusión y razones públicas- tendrían para la superioridad de la decisión mayoritaria tomada en tales condiciones, la colocan, creo, en desventaja frente al ideal deliberativo, en los propios términos del proyecto del erizo<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Dicho sea de paso, Waldron también rechaza el deliberativismo; ver su “Participation: The Right of Rights”, en Proceedings of the Aristotelian Society New Series, Vol. 98, (1998), pp. 307-337)

También es claro que las instituciones contramayoritarias tienen un caso muy difícil para hacer para justificar una contribución, no contingente, a la legitimidad. Ni siquiera Dworkin, el mejor argumentador de los últimos 50 años, se animó al final de su carrera a hacer un argumento positivo; y debió conformarse con “mantener los dedos cruzados”.

El caso para estos arreglos es aún peor si las instituciones pro-mayoritarias son rodeadas por fuertes exigencias participativas (que tanto Waldron como Dworkin podrían hacer en el marco de sus concepciones) y deliberativas (para asegurar la responsabilidad en la búsqueda de la verdad).

Es una pena que Dworkin nunca haya querido discutir seriamente la superioridad de su concepción frente a las tesis deliberativistas que reivindican que las mejores respuestas para las cuestiones controvertidas públicamente, son las que resultan del ejercicio de procedimientos de discusión colectiva, incluyente orientada hacia el ejercicio de la razón pública con imparcialidad. Es una pena que se limitara a rechazar la confianza epistémica del deliberativismo –sin proveer una argumentación seria- y que no explorara más profundamente aquel asomo sugerido en el artículo de 1999.

Por mi parte, y como menciono en la sección anterior creo que a la luz de su último desarrollo sobre el tema de la verdad moral, con su apoyo último en la “responsabilidad” su edificio teórico nos abriría la puerta hacia el deliberativismo interpretativo, moral y político.

En efecto, en el comienzo de JxH Dworkin afirmaba: *“I argue...that we should treat moral reasoning as a form of interpretative reasoning and that we can achieve moral responsibility only by aiming at the most comprehensive account we can achieve of a larger system of value in which our moral opinions figure. That*

*interpretative goal provides the structure of adequate argument. It defines moral responsibility. It does not guarantee moral truth. But when we find our arguments adequate, after the kind of comprehensive reflection, we have earned the right to live by them. What stops us, then, from claiming that we are certain they are true? Only our sense, confirmed by wide experience, that better interpretative argument may be found. We must take care to respect the distance between responsibility and truth...”*  
(39).

Nuestra responsabilidad moral, y el respeto por la distancia entre ella y la verdad, nos reclaman la deliberación. No somos responsables si no deliberamos, si no nos comprometemos conjuntamente en la búsqueda de la verdad, si no tomamos a nuestros puntos de llegada como sujetos a derrota por nuevos y mejores argumentos. Y sólo cuando lo hacemos nos ganamos el derecho “to live by them”, o como diría Nino “tenemos razones para creer que tenemos razones para actuar”.

Si tuviera que adoptar una posición, creo que la legitimidad dworkiniana –que considero admirablemente planeada, en el marco de la red de valor- se ve mejor honrada por el deliberativismo que por la “partnership conception”. Sin embargo dicha exploración trascendería los objetivos y posibilidades de esta tesis. La cuestión filosófica, y evaluación de las implicancias institucionales correspondientes, relativas a estas concepciones competitivas, quedarán pues para alguna discusión posterior.

## **5.- CONCLUSIONES**

Es tiempo de sintetizar las conclusiones de nuestro recorrido interpretativo y crítico del derrotero de Dworkin por la democracia.

**1.-** Nuestra revisión acredita que la significación normativa de la democracia fue ocupando diversos lugares en su sistema teórico.

Inicialmente –en la primera etapa- su teoría del derecho, de la interpretación, de los derechos y de la legitimidad prácticamente no tenían relación fuerte con la democracia. En todo caso, ningún ajuste o concesión eran hechos en las tesis centrales de Dworkin en deferencia a la democracia, o a la búsqueda de consistencia con dicho ideal. Al contrario, la democracia era pobremente caracterizada, y sus reclamos argumentales descartados.

Posteriormente la democracia comenzará a ocupar un lugar relevante en la legitimidad y la justicia de la comunidad política, aunque –en la segunda etapa- Dworkin no acercará a construir una concepción funcionante de ella, tal que permita su encaje interpretativo con sus desarrollos en el campo del derecho y la moralidad política.

Será en la tercera etapa que Dworkin integrará la democracia, los derechos y las instituciones políticas relevantes en una concepción consistente, en las que las tres dimensiones se prestan apoyo, justificación y elementos interpretativos recíprocamente.

En la cuarta etapa, la ambición dworkiniana llegará más lejos, integrando estos elementos en una red más amplia de valor, entretejidos con el ideal ético de la dignidad. La democracia quedará allí asociada a las condiciones de legitimidad de las obligaciones políticas.

2.- Esas significativas transformaciones fueron acompañadas también por cambios en la posición de Dworkin sobre el sentido o valor moral/político que justifica a la democracia.

En este ámbito, nuestro autor comenzó por caminos en los que no veía en la democracia demasiado valor –limitándolo a los casos en resultaba pertinente agregar preferencias, para lo que los procedimientos mayoritarios son eficientes. Luego proyectó en la democracia un valor instrumental, o dependiente, como práctica para obtener resultados adecuados en términos de justicia distributiva o algún valor participatorio –en la segunda etapa. Más tarde, asoció el valor de la democracia al establecimiento de una comunidad política decente (igualitaria y libre) o legítima (comprometida de buena fe con la realización de la dignidad de sus miembros), en las etapas tercera y cuarta, respectivamente.

3.- Las condiciones, requisitos o prerrequisitos de la democracia pertinentes para realizar su valor fueron variando en su configuración y/o matices durante el recorrido de Dworkin, de manera acorde a los movimientos indicados en el punto anterior, a partir de la segunda etapa (en la primera, no había elaboración alguna sobre este punto).

Arrancamos así con las condiciones de una “comunidad de principio” en LE y las “consecuencias participatorias” en “What is equality?”, para pasar a los tres principios (“part”, “stake” and “independence”) de IDC y FL, y terminar –finalmente- con los dos principios (“igualdad de consideración” y “autogobierno”) en DP. En el camino, algunos ensayos peculiares, como aquél de 1999 que incluía tres “dimensiones” de la “partnership conception”: “popular sovereignty”, “citizen equality” y “democratic discourse”.

**4.-** Correlativamente, también experimentó transformaciones su juicio sobre determinados arreglos institucionales:

**4.1.-** La decisión mayoritaria primero fue vista como exclusivamente relevante para cuestiones de “policy” o de “agregación de preferencias” pero no para las de principio (primera etapa); luego, y cercano a ello, mantenía su status preferido, para cuestiones “choice-sensitives” (en la segunda etapa). En la tercera etapa la decisión mayoritaria es vista como relevante para definir cuestiones morales sustantivas, pero no las relativas a la configuración de los tres principios que conforman la democracia asociativa, y en la cuarta etapa, la decisión mayoritaria es vista como aceptable para tomar decisiones morales y políticas en la medida que se satisfagan las condiciones de legitimidad –que podrían incluir, en ciertos contextos, algunas limitaciones a la propia operación del principio mayoritario- , y sólo le queda vedado, a priori, el campo de las cuestiones éticas de responsabilidad personal.

**4.2.-** Los derechos constitucionales (el bill of rights) fueron vistos en los primeros tiempos como elementos externos a la democracia, que contrarrestaban sus desvíos, para luego ser concebidos como consustanciales a la democracia, o prerequisites para su funcionamiento (a partir de la tercera etapa).

**4.3.-** La revisión judicial fue originalmente vista como una interferencia justa a la operación democrática para asegurar la justicia sustantiva de las decisiones en cuestiones de principios morales (primera etapa); luego como una práctica consistente con la democracia, pues contribuía a realizar los resultados sustantivos (justicia) que la democracia debía realizar (segunda etapa); más tarde (en la tercera etapa) como una institución no inconsistente y potencialmente reforzadora de la democracia; y finalmente como una institución cuya contribución a -o interferencia con- la



legitimidad democrática resulta en última instancia contextual a las prácticas y la historia política de la comunidad.

5.- En todo este recorrido pueden observarse cómo la idea de la democracia se fue desplazando consistentemente con el entendimiento del “derecho” que Dworkin fue realizando (su paso del modelo de reglas y principios, al modelo interpretativo orbitando alrededor de la integridad), y de la progresiva interpenetración entre derecho, moral y política.

Lo que nunca cambió en todos estos años –tal vez hasta JxH, según como yo prefiero entenderlo-, fue el inocultable elitismo moral individualista en el que siempre abrevó nuestro autor. Dworkin no sólo descartó cualquier sentido a la construcción de prácticas colectivas de discusión moral (de principios); también manifestó su rechazo a cualquier asignación de valor epistemológico a los consensos o convergencias morales de la comunidad –cualquiera fuera la forma en que se hubieran construido. Es más, llegó a afirmar la convicción de que generalmente la mayoría de la gente tiene juicios equivocados en las cuestiones morales relevantes. Conjuntamente con eso, reivindicó en su momento –sobre todo en la primera etapa- el modo profesional, meditado, aislado de presiones indebidas, propio de la judicatura. Su última conversación con Waldron acerca de la influencia de las preferencias externas en las decisiones populares mayoritarias permite concluir que esa aversión elitista seguía presente hasta el final.

Sin embargo, creo que es factible aventurar que los desarrollos finales de su teoría de la verdad moral, y la responsabilidad moral, creaban la posibilidad de una salida de su elitismo individualista, y prestan base para una dinámica más comunicativa, más colectiva, en la construcción del razonamiento moral. No por un

fetichismo colectivista o populista, sino en base a un entendimiento interpretativo sobre cómo honrar mejor nuestra responsabilidad interpretativa en la búsqueda –siempre inacabada- de la verdad moral.

**6.-** Finalmente, Y sobre el grado de éxito alcanzado en JxH, en su pretensión de que su concepción definitiva de la democracia, establezca su superioridad interpretativa, y se engarce con otras interpretaciones de conceptos emplazados en el árbol de la moralidad política, y en la más amplia “red de valor”, podemos destacar lo siguiente:

**6.1.-** Dworkin parece perder algo de consistencia argumental al cerrar su caso sobre la democracia sin explorar más profundamente sobre la legitimidad y los arreglos institucionales.

**6.2.-** Más significativo aún, la insistencia de Dworkin con blindar un tipo de cuestiones, o un ámbito de decisiones individuales de la injerencia de la comunidad (una dimensión de la independencia ética, que venía trabajando desde décadas anteriores) resulta difícil de integrar con sus desarrollos sobre la red integrada de valor ético/moral/político, que disuelve en buena medida los límites de las esferas.

**6.3.-** En tercer lugar, el trabajo de Dworkin parece quedarse corto al analizar el rol y alcance de los procedimientos y decisiones mayoritarios en comunidades legítimas. Su antiguo prejuicio contramayoritario parece sujetar a Dworkin en una posición incómoda en esta materia.

**6.4.-** Finalmente, es posible que una reconfiguración de los elementos de su red interpretativa –su teoría de la verdad, de la responsabilidad moral, de la dignidad y la legitimidad- pudieran apoyar una justificación deliberativa de la democracia y de legitimidad de las decisiones mayoritarias; no por razones ontológicas, ni

epistemológicas, sino como un punto de confluencia de los reclamos de la responsabilidad y la dignidad en una comunidad legítima.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Dworkin, Ronald**

- Justice for Hedgehogs, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2011
- Freedom's Law, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1996
- Sovereign Virtue, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 2000
- Una Cuestión de Principios, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012
- El Imperio de la Justicia, Gedisa, Barcelona, 1992
- La Justicia con Toga, Marcial Pons, Madrid, 2007
- La Democracia Posible, Paidós, Barcelona 2008
- Los Derechos en Serio, Ariel, Barcelona, 1984
- Ética Privada e Igualitarismo Político, Paidós, Barcelona, 1993
- "The Partnership Conception of Democracy", 86 Cal. L. Rev. 453 (1998)
- Igualdad, Democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los estrados; en "Liberalismo, Constitución y Democracia", La Isla de la Luna, Buenos Aires, 2003
- The Supreme Court Phalanx, en The New York Review of Books. Sept. 2007
- Rights as Trumps, en "Theories of Rights, Jeremy Waldron editor, Oxford University Press, 1984
- Response, en "Symposium: justice for hedgehogs: a conference on Ronald Dworkin's forthcoming book"; Boston University. School of Law, 2010

### **Farrell, Martín**

- El Derecho Liberal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998

### **Gutmann, Amy**

- Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron; en "Democracia Deliberativa y Derechos Humanos", Harold Koh - Ronald Slye (cords.), Gedisa, Barcelona, 2004

### **Michelman, Frank**

- Democracy and Positive Liberty; en "Constitutionalism and Democracy", Richard Bellamy (ed.), Ashgate, 2006.

### **Nino, Carlos**

- La Constitución de la Democracia Deliberativa; Gedisa, Barcelona, 1996

- Dworkin and Legal Positivism, *Mind* 89 (356):519-543
- *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994

**Waldron, Jeremy**

- Participation: The Right of Rights; *Proceedings of the Aristotelian Society New Series*, Vol. 98, (1998), pp. 307-337
- *Law and Disagreement*, Oxford, 1999.
- A Majority in the Lifeboat, en “Symposium: justice for hedgehogs: a conference on Ronald Dworkin's forthcoming book”; Boston University. School of Law, 2010
- Deliberación, Desacuerdo y Votación; en “*Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*”, Harold Koh - Ronald Slye (cords.), Gedisa, Barcelona, 2004