

## Virtudes y veredictos

Un comentario sobre *Justice in Robes*, de Ronald Dworkin •

Cass R. Sunstein

### I

En las recientes audiencias de confirmación de sus nombramientos ante la comisión judicial del Senado,<sup>1</sup> los magistrados John Roberts y Samuel Alito insistieron en la importancia de “acatar el derecho” [*“following the law”*] y de distinguir entre los compromisos morales personales de los jueces, y sus propios criterios sobre la Constitución. Al señalar esta distinción, ambos candidatos recapitulaban una discusión desarrollada durante los debates presidenciales de 2004, cuando a los entonces candidatos se les preguntó qué clase de persona designarían para la Corte Suprema. El presidente Bush respondió que “elegiría a alguien que no permitiera que sus opiniones personales obstaculizaran el camino del derecho; alguien que interpretara estrictamente la Constitución de los Estados Unidos”. El senador Kerry estuvo de acuerdo, y agregó: “no creo que necesitemos un buen juez conservador, pero tampoco creo que necesitemos un buen juez liberal. (...) Quiero asegurarme de tener jueces que interpreten la Constitución de los Estados Unidos conforme a derecho”.

Durante más de tres décadas, Ronald Dworkin ha sido el analista más influyente y esclarecedor respecto a la perspectiva según la cual los jueces pueden o deben simplemente “acatar el derecho”. En esta recopilación de ensayos recientes, Dworkin explora las relaciones entre el derecho y la moralidad<sup>2</sup>, elaborando los argumentos que había presentado en sus trabajos anteriores y contestando algunas objeciones destacadas. Dworkin está de acuerdo en que los jueces tienen que ser, en general, fieles y rigurosos con los materiales jurídicos existentes, pero insiste en que no están simplemente “siguiendo” algo. Con frecuencia las leyes son poco claras. Dworkin sostiene que cuando los jueces están resolviendo conflictos reales, tienen que guiarse por el principio que coloque a las decisiones previas dentro de la perspectiva más clara posible. Por esta razón, la labor de interpretación requiere que los jueces piensen seriamente en las exigencias de la moralidad, y podrían terminar así orientando el derecho en direcciones novedosas y dramáticas. Sobre esta base, Dworkin argumenta que algunas de las decisiones más controvertidas de la Corte Suprema, comúnmente objetadas por ser formas de “activismo liberal”, son

---

• Traducción de Leonardo García Jaramillo, con la colaboración de Cecilia Hopp, publicada con las autorizaciones de Cass Sunstein y Linda Gerth, editora de *The New Republic*, en donde el ensayo fue publicado originalmente (mayo 22, 2006). Algunos cambios menores incluidos en esta versión contaron con la aprobación del profesor Sunstein. *Todas las notas al pie de página corresponden al traductor.*

1. Sunstein se refiere aquí a dos nombramientos distintos, ya que John G. Roberts fue nominado a la Presidencia de la Corte Suprema (*Chief Justice*), donde se posesionó el 29 de septiembre de 2005, mientras que Samuel A. Alito fue nominado a Magistrado Asociado (*Associate Justice*) tomando posesión del cargo el 31 de enero de 2006. Ambas designaciones fueron realizadas por el Presidente Republicano George W. Bush.

2. Véase en particular la introducción del libro, titulada: “El derecho y la moral”, publicada por la Revista (Año 8, Número 1, pág. 5-34)

perfectamente defendibles. El caso *Roe v. Wade*, en el cual se protege el derecho de las mujeres a abortar, es sólo un ejemplo, y Dworkin deja pocas dudas de que daría la bienvenida a las decisiones judiciales que ampliaran el derecho a la intimidad.

Para observar cómo opera el enfoque de Dworkin, supongamos que la Corte Suprema debe decidir si la Constitución garantiza a los pacientes con enfermedades terminales el derecho al suicidio asistido por un médico. El texto mismo de la Constitución prohíbe a los estados privar a las personas de “la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal”<sup>3</sup>. Durante varias décadas, la Corte ha proferido muchas sentencias interpretando la cláusula del debido proceso. En algunas de tales sentencias, la Corte ha dicho que el gobierno no se puede entrometer en ciertas decisiones sumamente íntimas (tales como el derecho a vivir con miembros de la propia familia). Frente a la prohibición legal del suicidio asistido por un médico, Dworkin considera que la Corte tiene que emitir un juicio moral<sup>4</sup>. Debe preguntarse cuál principio guarda una mayor correspondencia con las decisiones anteriores. El enfoque de Dworkin impone un requisito que denomina “integridad”<sup>5</sup>. Los jueces no sólo tienen que ajustar decisiones judiciales establecidas previamente sino que deben también “justificarlas” mediante la identificación del principio que las esclarezca de la mejor manera posible.

## II

A muchas personas no les gusta el método de Dworkin y han planteado una serie de críticas que procuran eliminar los juicios morales de las decisiones judiciales. Los magistrados asociados Antonin Scalia y Clarence Thomas consideran que la Constitución debe ser interpretada conforme a lo que significaban sus artículos, secciones y enmiendas en la época de su ratificación. En un momento de su audiencia de confirmación, Alito también se expresó en términos claramente originalistas al decir: “pienso que debemos observar el texto de la Constitución y considerar el significado que alguien habría extractado del mismo al momento de su adopción”. Los originalistas consideran que su perspectiva capta verdaderamente lo que significa serle fiel al documento fundacional. De igual forma acusan a sus contradictores, aquellos comprometidos con la concepción de una “Constitución viviente”, de infidelidad con el documento tal como se encuentra actualmente.

En una de sus discusiones más enérgicas Dworkin explica por qué rechaza el enfoque de Scalia en favor de otro que faculta a los jueces a plantear posiciones morales ambiciosas.

---

3. Sunstein alude aquí a la Quinta Enmienda, que dice: “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.”

4. Para la postura de Dworkin sobre esta cuestión puede consultarse también la introducción a su libro *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, la cual se encuentra en español, como “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, en el No. 7 (jul.-dic.) 2002, de la Revista Mexicana de Derecho Constitucional.

5. En castellano, puede consultarse el ensayo de Albert Calsamiglia “El concepto de integridad en Dworkin” (en: *Doxa* No. 12, Alicante, 1992).

Dworkin acepta un tipo de originalismo que denomina “semántico”, en virtud del cual es importante empezar “preguntando qué es –a partir de la mejor evidencia disponible– lo que los autores del texto en cuestión procuraron expresar”, pero rechaza el “originalismo basado en las expectativas”, el cual concibe a la Constitución conforme a las expectativas originales de los padres fundadores sobre cómo deberían ser interpretadas sus palabras.

Para comprender la diferencia entre estas dos formas de originalismo hay que tener en cuenta la provisión constitucional que impide que los estados nieguen a las personas “la igual protección de las leyes”<sup>6</sup>. Es evidente que los autores de tal provisión no tenían la intención de prohibir la discriminación por motivos relacionados con el sexo o la orientación sexual. Para los originalistas de la expectativa tal discriminación es aceptable, pero para los originalistas semánticos esta conclusión es mucho menos clara. La respuesta versa respecto a si la discriminación sobre la base del sexo o de la orientación sexual realmente priva a las personas de la “igual protección de las leyes”. Tal asunto, desde el punto de vista de Dworkin, requiere un juicio moral, no uno histórico.

Dworkin dice que cuando nos preguntamos por el significado de los conceptos constitucionales, tales como “castigo cruel e inusual” o la “igual protección de las leyes”, tenemos que escoger entre “una lectura moral abstracta basada en principios” y “una lectura concreta anticuada”. La lectura moral abstracta basada en principios insistiría en que lo que “los autores pretendían era prohibir aquellos castigos que son, de hecho, crueles así como inusuales”. La lectura concreta anticuada prohibiría los castigos que eran considerados crueles e inusuales en el momento en el que fueron consignados en el texto. Dworkin argumenta a favor de una lectura abstracta sobre la base de que es la que mejor se ajusta con lo que la Constitución realmente dice. “Los redactores eran estadistas cuidadosos que sabían cómo emplear adecuadamente el lenguaje que hablaban” y “es de suponer que (...) utilizaron un lenguaje abstracto debido a que estaban intentando sentar principios abstractos”. Los magistrados Scalia y Thomas son originalistas de la expectativa, por lo que Dworkin los acusa de cierta infidelidad con la misma Constitución.

Dworkin no considera que la lectura abstracta les permita a los jueces hacer cualquier cosa que quieran. Su obligación de “ajustar” el documento constitucional y las decisiones judiciales previas, impone verdaderas restricciones. Dworkin mismo cree que, por ejemplo, la idea de ciudadanía igual en principio requiere “al menos un estándar mínimo decente en materia de vivienda, nutrición y cuidado médico”. Pero los tribunales no pueden insistir en tales estándares porque al hacerlo estarían “injertando en nuestro sistema constitucional algo que (desde mi punto de vista) no se ajusta al mismo en absoluto”.

Con todo, en el caso de que a los jueces les estuviera permitido proponer un principio que guardara mayor afinidad con las sentencias anteriores, podrían orientar el derecho hacia novedosas y sorprendentes direcciones. De esta forma, Dworkin piensa que la

---

6. Tal protección constitucional deriva de la Decimocuarta Enmienda. Por ser una de las más extensas, se incluye aquí sólo la sección puntual: “1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la igual protección de las leyes.”

Corte se equivocó al negarse a reconocer un derecho, por parte de los pacientes agonizantes, al suicidio asistido por un médico. Enfatiza que, de acuerdo con su enfoque, aquellos que interpretan la Constitución tienen que “realizar nuevos juicios morales sobre asuntos que dividen profundamente a los ciudadanos, tales como el aborto, el suicidio asistido y la justicia racial”<sup>7</sup>, pero tienen que tomar tales decisiones en el interés de la fidelidad con la Constitución, y no en oposición a ella.

### III

Dworkin es consciente de que muchas personas objetan la concepción de la labor judicial que defiende por cuanto la juzgan altamente anti-democrática. ¿Por qué deben ser los jueces, en lugar de los ciudadanos, quienes establezcan los juicios morales relevantes? Dworkin replica distinguiendo dos concepciones de democracia: en la primera, las mayorías políticas están facultadas para responder a todas las cuestiones relativas a la política y la moral; en la segunda, el ideal democrático “significa autogobierno por parte de todas las personas que actúan como miembros de una empresa conjunta cooperativa con iguales derechos”. Esta concepción de democracia, que denomina asociativa [*partnership conception of democracy*]<sup>8</sup>, requiere que los ciudadanos “no sólo tengan un igual derecho de votar en las elecciones, sino también una igual voz, tanto en las deliberaciones públicas formales como en los intercambios morales informales”. La democracia asociativa requiere asimismo que las personas tengan “una igual participación en el gobierno” y “una esfera íntima dentro de la cual sean libres de tomar por sí mismas la mayoría de las decisiones religiosas y éticas”. Dworkin admite que la función judicial que sustenta es inconsistente con la democracia mayoritaria, pero rechaza dicha concepción de la democracia por ser poco atractiva. Por el contrario, los tribunales constitucionales al procurar alcanzar la integridad, promueven de hecho la democracia asociativa porque contribuyen a asegurar sus precondiciones.

Dworkin también sabe que algunas personas no desean que los jueces “construyan interpretaciones a gran escala de los principios morales fundamentales” (en este punto, yo soy uno de los principales blancos de Dworkin). De acuerdo con quienes están a favor del “minimalismo judicial”, los jueces deben permitir que el derecho “evolucione lentamente, incrementándose mediante la analogía en lugar que a partir de grandes principios, probando sus pasos uno a uno, intentándolo poco a poco, para hacer que el derecho funcione mejor”. El problema es que no podemos saber si algún paso en particular “funciona” sin hacer referencia a algún principio general. Los partidarios del minimalismo no desean que los jueces realicen ambiciosas afirmaciones teóricas, lo cual no siempre es posible, debido a que las respuestas que otorgan en sus sentencias presupondrán algunas veces una posición teórica ambiciosa. Éste es el problema con el razonamiento analógico: “Las analogías sin principios, son ciegas. ¿Cuál analogía debió haber adoptado la Corte Suprema

---

7. Este punto que destaca Sunstein lo había examinado Dworkin con detenimiento en *Freedom's Law*. Dentro de otros ejemplos de tales cuestiones que dividen a los norteamericanos cuando se intenta aplicar el lenguaje abstracto de la Constitución a controversias políticas, se encuentran la eutanasia, la acción afirmativa, la pena de muerte, la pornografía, la homosexualidad y la censura.

8. Véase, puntualmente, Ronald Dworkin, “The Partnership Conception of Democracy”, en: *California Law Review* No. 86, 1998.

cuando le correspondió decidir si las mujeres tienen derecho a abortar en la primera etapa del embarazo? En algunos casos un aborto es como un infanticidio, en otros como la ablación del apéndice y, en otros, como la destrucción de una obra de arte”. El razonamiento analógico podría requerir un tipo de ascenso teórico en virtud del cual los jueces terminen por adoptar posturas polémicas, incluso si están tratando de evitarlas.

El rechazo de Dworkin al proceder judicial minimalista está vinculado con su rechazo general al pragmatismo como una explicación del razonamiento jurídico. Así, dedica mucho espacio a la obra de Richard Posner, quien desde hace mucho tiempo se viene describiendo como pragmatista y es un crítico particularmente severo del recurso a la teoría moral en el derecho. Posner sostiene que los jueces no deciden y no deberían decidir sus casos sobre la base de argumentos morales polémicos y, en cambio, deben pensar en las consecuencias de una u otra forma de proceder. Dworkin dirige un devastador ataque contra Posner argumentando que realmente no elude la teoría moral y que no tiene argumentos convincentes para sustentar su afirmación en virtud de la cual los jueces pueden y deberían proceder de la forma en la cual sugiere. ¿Cómo es posible que los jueces decidan casos sobre, por ejemplo, segregación, intimidad o matrimonio homosexual sin recurrir a afirmaciones morales de uno u otro tipo? La versión del pragmatismo que sustenta Posner “es vacía, porque si bien insiste en que los jueces deben decidir sus casos de manera tal que produzcan las mejores consecuencias, no especifica cómo deben decidir los jueces cuáles son las mejores consecuencias”.

#### IV

Por más de treinta años Dworkin ha estado involucrado en un debate complejo y detallado con los positivistas jurídicos H.L.A. Hart y sus numerosos epígonos. Los positivistas jurídicos, puntualmente, insisten en una separación radical entre el derecho y la moral; consideran que una declaración sobre lo que es el derecho no tiene porqué implicar en absoluto algún juicio moral. Hart intentó presentar una explicación puramente descriptiva, y moralmente neutra, del concepto de derecho. Una de sus afirmaciones más influyentes fue que el derecho se cualifica como tal en virtud de una “regla de reconocimiento”, la cual es una convención social, no una cuestión que atañe a la moralidad. Es una convención, por ejemplo, la que establece que la Constitución de los Estados Unidos es derecho en los Estados Unidos, tal como no lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Dworkin objeta que la teoría de Hart “no es una descripción neutra de la práctica jurídica” y que, de hecho, tal descripción no es posible. Para sustentar dicha objeción Dworkin reafirma su aserción en virtud de la cual en situaciones complejas cuando los jueces deben “decidir qué es el derecho (...) tienen que interpretar las decisiones judiciales anteriores para determinar cuáles principios las justifican mejor, y entonces decidir cuál de tales principios se requiere en el caso nuevo”. Los principios morales, que no son reconocidos por alguna convención, pueden volverse centrales en las decisiones judiciales, por ejemplo, sobre si un contrato determinado es válido, si una persona ofendida puede recibir una compensación por el agravio que presuntamente sufrió o si una facultad puede expulsar a algún estudiante con fundamento en su orientación sexual. En respuesta a Dworkin, algunos positivistas dicen que cuando las fuentes del derecho dejan lagunas, los

jueces sencillamente tienen la discrecionalidad para completar el derecho. Otros positivistas sostienen que los argumentos morales son admisibles si, y sólo si, la regla de reconocimiento relevante los hace admisibles. Hart mismo reconoció que “la regla de reconocimiento puede incorporarse como criterio de validez jurídica de conformidad con principios morales o con valores sustantivos”, tal como parece hacerlo la Constitución.

Dworkin considera que tales respuestas resultan bastante inadecuadas. La razón es que una sociedad puede carecer de una “convención” para establecer la regla de reconocimiento. Por lo tanto, los desacuerdos entre las personas sobre el derecho vigente no pueden resolverse haciendo referencia a una regla como esa; sólo pueden ser resueltos, en cambio, respondiendo las preguntas morales relevantes. Los jueces que deciden a favor de proteger el derecho a la intimidad o el matrimonio entre parejas del mismo sexo, son incapaces de confiar en una convención. Tienen que pensar sobre lo que requiere la moral. Cuando la Corte Suprema finalmente presenta respuestas a los temas más controvertidos, su tarea es interpretativa en el sentido propio de Dworkin. La Corte tiene que intentar ajustar y justificar los materiales jurídicos pre-existentes.

## V

En una discusión que no involucra directamente al derecho pero que se encuentra muy relacionada con su crítica a Hart, Dworkin cuestiona la afirmación, asociada con Isaiah Berlin, de que nuestros compromisos morales más profundos son plurales y conflictivos. Muchas personas creen que están comprometidos tanto con la libertad como con la igualdad, pero saben que estos dos ideales pueden entrar en conflicto. Por ejemplo, un impuesto sobre la renta severamente progresivo podría promover el objetivo de la igualdad, pero también podría comprometer la libertad. Berlin sostuvo que los conflictos entre los valores que están profundamente arraigados, pueden originar una especie de tragedia o, al menos, algún perjuicio considerable, por lo que estamos de hecho forzados a sacrificar uno en favor del otro. Dworkin es escéptico respecto de esta explicación, puesto que haya o no un conflicto “depende de cómo concibamos estos valores abstractos”; si los concebimos de manera adecuada podemos evitar el conflicto. Si ofrecemos “una explicación que nos muestre lo que es beneficioso respecto a la libertad, la igualdad o la democracia, de forma tal que podamos observar por qué cualquier compromiso de estos valores no es simplemente inconveniente sino perjudicial”, el aparente conflicto puede desaparecer fácilmente. Puede que un impuesto sobre la renta severamente progresivo no comprometa en absoluto la libertad.

Dworkin sostiene que es posible que “las concepciones más atractivas de los principales valores liberales estén articuladas de forma correcta”. En contra de Berlin, Dworkin dirige la misma crítica que planteó contra Hart –aquella en virtud de la cual las “definiciones o análisis de los conceptos ‘igualdad’, ‘libertad’, ‘derecho’ y el resto, son tan sustanciales, normativas y comprometidas como cualquiera de las opiniones que se enfrentan en las batallas políticas que surgen sobre tales ideales”-. La razón es que tales definiciones y análisis son interpretativos en lugar que simplemente descriptivos.

Aunque los argumentos de Dworkin en este libro se extienden sobre numerosos temas, se enfocan principalmente en el Derecho Constitucional, y gran parte del libro se lee como

una serie de réplicas ampliadas hacia varias personas (incluyendo Scalia y Posner) quienes han rechazado su explicación de que los juicios morales controversiales son importantes en la determinación del significado de la Constitución. La ocasión que Dworkin escogió para presentar sus argumentos es extraordinariamente oportuna debido a que estamos viviendo un período en el cual tal explicación se encuentra bajo una enorme presión. Además, Dworkin es muy convincente en dos puntos generales. Primero, está en lo correcto al enfatizar la importancia tanto de “adaptar” como de “justificar” las nuevas decisiones judiciales con las anteriores. Cualquier argumento sobre el significado de la Constitución generalmente obliga a considerar las decisiones previas, y hacerlo de una forma tal que procure establecer el mejor sentido posible de las mismas. Esta afirmación ayuda enormemente a aclarar qué es todo lo que trata la argumentación jurídica. Y segundo, Dworkin también está en lo correcto al decir que cualquier teoría de la interpretación constitucional tiene que ser defendida en términos morales o, al menos, políticos. Quienes escojan una teoría de la interpretación y rechacen otras no pueden decir que están simplemente siguiendo la Constitución o a quienes la redactaron; tienen que estar dispuestos a proporcionar argumentos morales o políticos por su propia cuenta.

## VI

El problema es que las afirmaciones más específicas de Dworkin no se siguen de estos dos importantes puntos. Los jueces no tienen por qué considerar a la Constitución como si fuera la encarnación de unos ideales abstractos, o como si los autorizara a invalidar leyes democráticamente aprobadas cuando contraríen sus mejores juicios acerca de cómo tales ideales son entendidos apropiadamente. Supongamos que esos juicios sean poco dignos de confianza –y que los jueces estén totalmente conscientes de sus propias limitaciones en el campo de la teoría moral–. Por esa precisa razón los jueces podrían adoptar un enfoque sobre la interpretación que limite su propia capacidad para proporcionar juicios morales en casos particulares o para esgrimir tales juicios como armas en contra del proceso democrático. De hecho, los jueces podrían adoptar ese enfoque basados en que es el que mejor se adapta y justifica nuestras propias prácticas. Considero que éste es el verdadero punto ciego [*“blind spot”*] en los argumentos de Dworkin en materia de Derecho Constitucional, por lo que es necesario repensar su enfoque sobre el derecho en general.

Para considerar el problema, empecemos con el originalismo. Dworkin es partidario del “originalismo semántico”, el cual exige que los jueces se sometan a lo que los redactores de la Constitución quisieron decir, pero discrepa radicalmente del “originalismo basado en las expectativas” en virtud del cual los jueces tienen que someterse a utilizar los conceptos conforme a los significados dados por los redactores. Pero en este punto Dworkin entiende mal a sus adversarios. Los originalistas sofisticados, como Scalia, se interesan no por la intención de los redactores sino por la de los ratificadores –“Nosotros, el pueblo...”–, quienes eran los autorizados para hacer que la Constitución fuera derecho vigente. Ni siquiera los más originalistas se enfocan en las “intenciones”, esperanzas o expectativas de los redactores, ya que, al contrario, dirigen su atención hacia el significado público original del Documento. Los originalistas consideran que la Constitución tiene que ser interpretada de forma tal que se adapte al significado público original de quienes la

ratificaron. Insisten en que los conceptos poseen significados públicos y que la tarea de la interpretación constitucional es descubrir los significados que tenían en el momento histórico de su ratificación.

Dworkin podría utilizar fácilmente este punto para su propia ventaja. Podría sostener que el significado público original consiste en compromisos morales abstractos, mas no en juicios concretos. Pero si está jugando aquí el juego de los originalistas, tal como parece que está haciendo, la controversia que plantea no avanza o falla en la respuesta a una pregunta histórica: ¿Consiste el significado público original en compromisos abstractos o concretos? Dworkin parece estar inexplicablemente seguro de que, como una cuestión histórica, la Constitución fue concebida para contener ideales abstractos. Resulta que hay una considerable literatura histórica sobre esto a lo que Dworkin no hace referencia; y no queda claro en absoluto que la conclusión de Dworkin sea correcta respecto a sus fundamentos históricos.

Pero quizás Dworkin realmente no cree que la historia debe tener la última palabra. Sería posible que creyera que la cuestión es cómo debemos interpretar los conceptos que están en la Constitución, y a lo mejor tal cuestión es interpretativa y no simplemente histórica. Dworkin podría pensar adecuadamente que si lo mejor es considerar la Constitución como un compromiso que comprende principios abstractos, entonces eso es precisamente lo que debemos hacer. ¿Pero por qué exactamente debemos hacerlo? Supongamos que los originalistas pueden afirmar que su enfoque teórico se adapta, adecuada o extraordinariamente, a áreas del derecho muy importantes, que para la mayor parte de las decisiones más importantes de la Corte, en tales áreas, se corresponden bastante bien con la comprensión original. Supongamos también que los originalistas pueden sustentar que su enfoque produciría mejores resultados que otro que les pida a los jueces preguntar y responder a cuestiones morales a gran escala. Los originalistas bien podrían enfatizar que los jueces no son expertos en asuntos morales y políticos, y que sus juicios acerca de qué es lo que requiere la realización de la justicia (por no mencionar a la “democracia asociativa”) pueden ser poco fiables, confusos, parcializados o, incluso, perversos. De ser así, tal vez podamos determinar el mejor sentido de la Constitución si la interpretamos con miras a adaptarla con la comprensión de los ratificadores.

Dworkin no proporciona un argumento claro en contra de esta posición. No muestra que el tipo de originalismo que sustenta Scalia falle al adecuar y justificar el derecho constitucional existente. Sin embargo, está en lo cierto al afirmar que la Constitución no debe ser interpretada con el objetivo de adaptarla a las expectativas concretas de personas fallecidas muchos años atrás. En diversas áreas, el derecho constitucional actual va mucho más allá de la comprensión original que tuvieron los redactores y los ratificadores ¡y demos gracias a Dios por eso! La Constitución es entendida ahora como prohibitiva de la discriminación por motivos de raza u orientación sexual por parte del gobierno nacional, incluso aunque ninguna de sus estipulaciones fuera entendida originalmente como prohibitiva de tales discriminaciones. La Constitución es utilizada actualmente para incluir una amplia protección a la libertad de expresión, yendo así mucho más allá de la comprensión original. En muchos ámbitos el originalismo fracasa al articularse con nuestras prácticas, y en muchos de tales ámbitos el originalismo empeoraría nuestro sistema constitucional, en lugar de mejorarlo.

## VII

Pero, incluso si rechazamos el originalismo, no se sigue que los jueces deban adoptar e imponer por su propia cuenta principios morales a gran escala (¡y denominar “fidelidad” lo que están haciendo!). Supongamos que insistimos en que cuando los jueces invalidan alguna ley debido a sus propias convicciones morales, factiblemente podrían errar. En la historia norteamericana es fácil encontrar ejemplos, dentro de los cuales podríamos señalar, no tanto *Brown v. Board of Education*, sino en cambio, digamos, *Lochner v. New York* (la cual invalidó la legislación que regulaba los topes máximos de las horas de trabajo), *Adkins v. Children’s Hospital* (invalidó la legislación sobre el salario mínimo), *Buckley v. Valeo* (invalidó la reforma sobre la financiación de las campañas políticas), *First National Bank of Boston v. Bellotti* (invalidó restricciones a discursos corporativos), *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (invalidó la ley *Beachfront Management*), *City of Boerne v. Flores* (invalidó la ley de restauración de la libertad religiosa), *United States v. Morrison* (invalidó parte de la ley sobre violencia contra las mujeres), *Adarand Constructors v. Peña* (invalidó una política de discriminación positiva). Estoy seguro de que Dworkin rechazaría la mayoría de estas decisiones con base en fundamentos morales<sup>9</sup>.

Resulta desconcertante que Dworkin no se haga cargo del riesgo de error judicial en el ámbito moral. Para su significativo reconocimiento, Scalia y otros se preocupan mucho por ese riesgo, pero hay formas más interesantes de asegurar que la Corte opere de una forma tal que armonice con su propia falibilidad. Posner desea ofrecer una de tales formas. En contra de Posner, Dworkin está en lo cierto al decir que el desacuerdo moral puede escapar al problema de si las consecuencias son buenas. Pero Posner tiene la esperanza de que si somos capaces de tener un sentido adecuado de las consecuencias, diversas personas podrían alcanzar de forma apropiada un acuerdo independientemente de lo que piensen sobre los asuntos morales más amplios. Supongamos que un significativo incremento en el salario mínimo reduciría el empleo debido a que se volvería mucho más costoso contratar personas. Si así fuera, personas con diversos criterios podrían rechazar significativos aumentos en el salario mínimo. O, de otra parte, supongamos que ciertos sistemas de vales [*vouchers*] mejoren la educación y que, además, lo logren sin ocasionar disputas religiosas ni favorecer algún credo religioso en particular. De ser así, la Corte Suprema podría defender y mantener tales programas (como en efecto lo hizo) a pesar de los desacuerdos fundamentales sobre teología y el significado de las garantías religiosas consagradas en la Constitución. Dworkin correctamente llama la atención a los pragmatistas jurídicos por desatender la dificultad de evaluar las consecuencias sin tomar una posición moral; pero algunas veces entender las consecuencias puede conducir a diversas personas, con perspectivas morales muy diferentes, a la misma conclusión.

Es por razones similares que la Corte podría intentar, siempre que pueda, basar sus propias decisiones sobre el principio menos controversial; es decir, aquel que pueda ser

---

9. Dworkin analizó críticamente el caso *Buckley v. Valeo* en “The Curse of American Politics” (*The New York Review of Books*, October 17, 1996). Asimismo Rawls (“*The Basic Liberties and their Priority*”, 1983) retoma este punto y critica a la Corte Suprema por bloquear la legislación sobre la reforma a las campañas políticas en este mismo caso.

aceptado por ciudadanos que sostienen perspectivas enfrentadas sobre la política y la moral. En diversos contextos, la vida social y el derecho son posibilitados debido a lo que he denominado “acuerdos incompletamente teorizados” (acuerdos sobre las prácticas o los juicios respecto a la incertidumbre o el desacuerdo existentes sobre la teoría moral o política abstracta que los justifica). Las personas que discrepan sobre el significado de la “igual protección de las leyes” son capaces ahora de acordar que el gobierno no puede ejercer actos de discriminación en contra de las mujeres. Quienes sostienen diferentes perspectivas sobre los fundamentos del principio de la libertad de expresión, son capaces ahora de admitir que el gobierno no puede censurar el disenso político, a menos que exista un peligro claro e inminente. El esfuerzo de los jueces por eludir las cuestiones más polémicas, así como su reticencia a invalidar leyes sobre la base de los principios más abstractos, no tienen que estar basados en una cruda concepción de la democracia mayoritaria. Tales esfuerzos pueden, en cambio, basarse en la humildad sobre la propia capacidad de los jueces para el razonamiento moral abstracto. Dworkin acierta al decir que la analogía es ciega sin principios, pero algunos principios son más controversiales que otros. Con frecuencia es posible para la Corte decidir de una forma tal que eluda las controversias más generales.

Por esta razón es importante distinguir entre dos afirmaciones diferentes. La primera es que cualquier aproximación a la interpretación jurídica requiere algún grado de defensa moral o política. Sobre este punto, los argumentos centrales de Dworkin son correctos. El razonamiento jurídico funciona de manera usual intentando “adaptar” decisiones pasadas y “justificarlas”, procurando hacerlas parte de un sistema coherente y con sentido. Gran parte del tiempo los políticos y los jueces ignoran el hecho de que las sentencias judiciales sobre principios y asuntos concernientes a la política pública, desempeñan un rol ineludible en la determinación de lo que es el derecho. En casos polémicos, los patrones de votación de los legisladores designados por el partido Republicano difieren sistemáticamente de los patrones de votación de los legisladores designados por el partido Demócrata, y es absurdo decir que esto sucede porque uno u otro grupo “acata el derecho”. De manera contraria a un mito popular (en algunas ocasiones repetido en las páginas de *The New Republic*), los jueces generalmente adhieren a las perspectivas de los presidentes que los nominaron para ocupar dicho cargo. El énfasis que plantea Dworkin sobre el papel de los juicios morales en el derecho ayuda a explicar por qué.

La segunda afirmación de Dworkin es que la Corte Suprema debe adoptar un enfoque que requiere que los magistrados realicen juicios a gran escala respecto al significado de nuestros ideales más altos. Considero que la Corte debe, la mayor parte del tiempo, negarse a asumir tal rol debido a que los jueces falibles deben evitar vincularse, en casos particulares, con los problemas más fundamentales en la moral y la política. Ninguna teoría de la interpretación puede eludir la controversia moral y política, pero es posible adoptar, con fundamentos morales y políticos, una teoría de la interpretación que invite a los jueces a negarse a desplegar sus propios juicios morales y políticos utilizándolos como armas en contra del proceso democrático.