

LA INTERPRETACIÓN Y EL DIÁLOGO DEMOCRÁTICO

Roberto Gargarella

Profesor de Filosofía de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Traducción del inglés original por Wendy M. Jarquín Orozco, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 01-09-2016
Aceptado: 26-09-2016

SUMARIO

I. Introducción.

II. La dimensión del problema.

III. El originalismo.

IV. El nuevo originalismo.

V. El constitucionalismo vivo/ La interpretación dinámica.

VI. El originalismo vivo (living originalism).

VII. Dworkin, la lectura moral y la "novela en cadena".

VIII. El diálogo democrático y la interpretación en una comunidad de iguales.

IX. Bibliografía.

I. Introducción.

En "La ardua virtud de la fidelidad" publicada en 1997, el profesor Ronald Dworkin escribió el siguiente párrafo:

La responsabilidad final para decidir lo que requiere la fidelidad en casos particulares se debe asignar a estos órganos -cortes, asambleas legislativas, u otras personas que actúan a través de un referéndum-. Es perfectamente posible para una Nación que tiene una Constitución escrita limitar el poder de las asambleas legislativas en lo relativo a asignar la responsabilidad final de la interpretación de esa Constitución a algunas instituciones -incluyendo al mismo legislador- distintas de las cortes. Mi pregunta es anterior a la designación institucional: ¿Qué debemos responder a la pregunta sobre el significado de nuestra Constitución, sin importar qué o quién tendrá la responsabilidad final de interpretarla? Dworkin (1997, 1251).

En ese sentido, Dworkin distingue dos preguntas fundamentales, una referida a la interpretación, y la otra relacionada con la autoridad (que tiene la responsabilidad de interpretar la Constitución). Más precisamente, la primera pregunta se refiere al significado de la Constitución y la otra se refiere a las cuestiones relacionadas con la designación institucional -básicamente, quién debería estar a cargo de interpretar la Constitución-. Aunque estas son cuestiones que se pueden analizar de manera separada, el hecho es que muchos de nosotros pensamos que deberían ser tratadas en conjunto. Por ejemplo, para aquellos que creemos que la mejor interpretación constitucional es la que resulta de un colectivo, inclusive, de un proceso de diálogo, la pregunta acerca de cuál es la mejor interpretación (la pregunta sobre el significado de la Constitución), está íntimamente relacionada con la cuestión institucional de la que se ha hecho mención.

Sin embargo, dado que es común tratar esas cuestiones por separado, voy a hacer lo mismo en las siguientes páginas, lo cual me permitirá mostrar los problemas relacionados con las principales estrategias interpretativas. Finalmente, abordaré la cuestión relacionada con la autoridad.

II. La dimensión del problema.

La pregunta acerca de la interpretación es quizás la más relevante de todas las cuestiones legales. Si las facultades de Derecho tuviesen que enseñar una única materia -un solo curso- este debería estar relacionado con la teoría de la

interpretación. Y esto es así, en primer lugar, porque debido a la omnipresencia de la interpretación: no podemos dar una respuesta constitucional a un problema legal sin participar en un ejercicio de interpretación en torno a la Constitución. En segundo lugar, y dada la omnipresencia de la interpretación, la vida, la libertad o la propiedad de "Nosotros, el pueblo" depende fundamentalmente de la manera en la que interpretamos la Constitución. Por ejemplo, dependiendo de la interpretación que se haga de la cláusula constitucional sobre la prohibición de "tratos crueles e inusuales", una persona podría ser condenada, o no, a la pena de muerte.

Ahora, si las leyes y los textos constitucionales fuesen totalmente o casi totalmente transparentes; o si la interpretación legal solo estuviese reservada a los casos extremos (muy "duros"), entonces no estaríamos frente a un gran problema -la interpretación no precisaría ocupar una posición central dentro de la teoría del derecho, y no tendríamos que preocuparnos por quién interpreta la Constitución. Desafortunadamente, este no es el caso: ya que razonablemente discrepamos acerca del significado de algunas cuestiones constitucionales (Waldron 1999a). Del mismo modo, si compartiéramos las mismas teorías o fórmulas interpretativas, no tendríamos que preocuparnos por la interpretación de la Constitución, o sobre las cuestiones relativas a quién la interpreta. Desafortunadamente, esto no es así. Por el contrario, existen numerosas teorías interpretativas, que hacen que nuestro problema sea todavía más preocupante. Con el fin de comprender la gravedad de este asunto, permítanme hacer algunas observaciones preliminares.

En primer lugar, las teorías sobre la interpretación son muy diferentes en cuanto a su naturaleza, contenido y consecuencias. Por el momento, podemos clasificar las teorías existentes principalmente en dos grupos. Uno de los grupos, denominado *originalismo*, incluye enfoques tradicionales o conservadores, para reconocer cuál era el significado original de la Constitución. Otro grupo, denominado *constitucionalismo vivo* (*living constitutionalism*) incluye enfoques prospectivos, que tratan de mantener "vivo" el sentido de la Constitución, en lugar de dejarlo anclado en un momento del pasado.

En segundo lugar (aunque no necesariamente) con mucha frecuencia, las teorías originalistas nos llevan a interpretaciones muy diferentes, si no opuestas, a las sugeridas por el constitucionalismo vivo (de hecho, es probable que este hecho explique la aparición y persistencia de uno y otro enfoque). La razón por la cual, en principio, se obtienen resultados tan diferentes, parece obvio, sobre todo cuando se tiene en cuenta la edad de las Constituciones. Por lo general, una interpretación de la Constitución que está anclada en el pasado va a producir resultados que están en tensión con los producidos por las teorías interpretativas

ancladas en el presente o en el futuro. Por ejemplo, imaginemos la cuestión sobre si el derecho a la privacidad impide o no que la homosexualidad sea criminalizada. Lo más probable, es que las teorías que buscan una respuesta en el origen -imaginemos lo que pensaban los constituyentes acerca de esta cuestión un siglo o dos siglos atrás- van a plantear respuestas más bien conservadoras; entonces para una respuesta contraria deberíamos tratar de plantear la cuestión enfocándonos en el presente (más liberal, en general, en materia de moralidad personal).

En tercer lugar, con el fin de decidir un caso, los intérpretes en general, y los jueces en particular, pueden elegir entre uno u otro enfoque interpretativo, sin ningún problema, ningún reproche, ninguna amenaza institucional: nadie los va a responsabilizar o sancionar por haber elegido una interpretación o la opuesta. Peor aún, nadie les va a llamar la atención, incluso si eligen un enfoque interpretativo hoy y mañana el contrario, y si presentan una tercera opción pasado mañana -ni siquiera por el uso, de manera inconsistente, de ambas aproximaciones interpretativas en el mismo caso. Solo excepcionalmente nos encontraremos con jueces, particularmente de las Supremas Cortes de Justicia, que van a utilizar constantemente una sola aproximación interpretativa a fin de decidir todos los asuntos. En este sentido, el juez conservador del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Antonin Scalia, puede ser uno de esos casos excepcionales de un juez fuertemente comprometido con una sola teoría interpretativa -en su caso, la teoría originalista-. La ventaja que ello presenta es que (aun cuando no compartamos su punto de vista), al menos sabemos cómo va a actuar este juez en los asuntos que le son asignados, pero el hecho es que esta situación particular -conocer el camino interpretativo que elegirá el juez- es muy poco común.

Ahora, la situación anterior crea un tremendo problema para el estado de derecho, sobre todo si se quiere mantener su promesa de tratar a todos como iguales ante la ley. Lo manifestado anteriormente significa que, ante cualquier caso difícil, el intérprete/juez puede -jubilosa y discrecionalmente- elegir una ruta interpretativa o la contraria, sabiendo que nadie va a ser capaz de reprocharle institucionalmente el resultado de su elección y que no importa si su elección de hoy fuera diferente a la que hizo ayer o a la que va a hacer mañana. Sin embargo, para la persona que está esperando una respuesta de la ley -para la persona que está pidiendo justicia- la elección del intérprete de la teoría A en lugar de la B, es simplemente decisiva. Lo más probable, es que cuando un juez conservador se decanta por la teoría originalista, esto lo llevará lejos de donde puede llegar un juez liberal a favor del constitucionalismo vivo. Particularmente en cuestiones tales como el control de armas, el consumo personal de drogas, el aborto, la eutanasia, la sodomía, etc., etc., el significado de la ley parece totalmente depen-

diente de los puntos de vista teóricos e ideológicos de los jueces, y de las teorías interpretativas que usa (Sunstein, Schkade *et al* 2006). Por lo tanto, para aquellos que nos preocupamos por el Estado de Derecho y la igualdad, esto es una situación terrible, un resultado inaceptable: la ley parece no estar bien preparada para cumplir su promesa principal de igualdad, que por cierto es la que le dota de legitimidad. La ley parece no estar bien preparada para tratarnos como iguales.

III. El originalismo.

Bien es cierto que la situación anterior podría hacernos desear tener jueces como Scalia, que al menos parece estar comprometido con el uso de una única vía interpretativa. La mala noticia es que las principales teorías interpretativas que tenemos a la mano también parecen ser incapaces de cumplir lo que prometen. Y esto es así porque muchas de ellas son internamente defectuosas y, peor aún, también se aplican de manera inconsistente. Voy a tratar de ser un poco más preciso a este respecto, revisando primero algunos enfoques originalistas, y luego algunas alternativas al originalismo, relacionadas con el constitucionalismo vivo.

A pesar de que no es posible identificar un solo momento como el origen del originalismo, existe una obra que parece haber sido decisiva en el renacimiento y en el desarrollo de esta teoría: *El Gobierno de los jueces* de Raoul Berger. En este sentido, resulta interesante observar que Berger, al igual que muchos doctrinarios de su época, fue muy crítico de la Corte Warren, es decir, de la Corte que, con razón o no, llegó a simbolizar la igualdad racial y la protección de las "minorías discretas e insulares". El punto es relevante, entre otras cosas, porque también muestra la forma en la que el originalismo, al menos tradicionalmente y en sus orígenes, estaba vinculado con el conservadurismo -(re)apareció como una reacción en contra de un grupo de jueces y doctrinarios que consideraron que la ley existente no apoyaba la discriminación racial u otro tipo de opresión de las minorías desfavorecidas¹. Para muchos de estos defensores del originalismo, lo que sus adversarios estaban haciendo era utilizar el texto de la Constitución como excusa para imponer su propia ideología (liberal): querían hacer (lo que creían) justicia, en lugar de aplicar la ley. En palabras de Berger, a través de la forma discrecional en la que estaban leyendo la Constitución, «los jueces, que son prácticamente inexplicables, inamovibles, e irreversibles, se han apoderado

¹ A pesar de que el mismo Berger afirmó que él reivindicaba compartir "los principios políticos estándar de la izquierda moderada del partido demócrata." Quería colaborar con los jueces que tuvieran la "pretensión de identificarse (los principios liberales) con los mandatos constitucionales."

del control del propio destino del pueblo» -una idea que se convirtió en el centro del desarrollo de la doctrina jurídica moderna-. Para los originalistas comprometidos, la democracia requiere aplicar la Constitución, o cambiarla en caso de que no la compartamos en absoluto. Lo que resulta inaceptable es acomodarla a nuestro gusto a través de la interpretación legal (en lugar de modificarla a través de la política).

Hay muchos argumentos que se pueden ofrecer en defensa del originalismo. En primer lugar, se podría hacer referencia a los mismos testimonios de la «generación de los padres fundadores», muchos de los cuales parecían estar abiertamente en favor del originalismo. Por ejemplo, James Madison o Alexander Hamilton creían que la estabilidad política y la coherencia dependían en gran medida de este ejercicio originalista. Del mismo modo, James Wilson declaró que la primera y más importante máxima de interpretación legal requiere «descubrir el significado» dado por los constituyentes a una cláusula en particular (Berger 1977, 20).

Una segunda y más relevante línea de argumentación en defensa del enfoque originalista es aquella que está basada en la democracia: el originalismo garantizaría la soberanía del pueblo. La idea sería que los intérpretes siguieran la voluntad democrática del pueblo, como se expresa en un momento determinado, es decir, en el momento en el que fue escrita y ratificada. Este es el enfoque que ha seguido, por ejemplo, Robert Bork -que presentó su punto de vista en *The Tempting of America*-. Para Bork, los jueces están limitados en su tarea a través de "la única cosa que se puede llamar ley", es decir, los textos legales y constitucionales, tal como se entendían en general, en el momento de ser aprobados" (Bork 1990, 9).

Un tercer argumento, se deriva de la oposición a la discreción judicial. La idea sería evitar que los jueces ocupen el lugar de los políticos y de las ramas políticas -tendencia que ha ido adquiriendo importancia con los años-. El originalismo ofrece una manera interesante para evitar que los jueces puedan sustituir a los políticos por su propia (buena) voluntad. Se pide a los jueces "que atenen sus manos" al "mástil" de la historia, en lugar de hacer esfuerzos para encontrar lo que ellos creen que es la mejor lectura posible de la Constitución, se pide a los jueces que se limiten a estudiar la historia legal y que aprendan de ella: esto es lo que se supone que deberían hacer en el caso de que tuviesen problemas para entender lo que la ley dice en la actualidad.

Por supuesto, se podría objetar que los originalistas son conservadores; que no quieren que las cosas cambien, sino que continúen siendo como lo eran en el pasado, no obstante, estos no son buenos argumentos en contra pues los origina-

listas podrían responder que lo que quieren es tomar en serio la voluntad de la gente (tal y como se manifiesta en la Constitución). Es decir, que el originalismo no se planta en contra de la reforma legal o constitucional, ni a favor de las tradiciones *per se*. La idea es, en cambio, lo siguiente: si se quiere cambiar la Constitución, porque no gusta más, o porque se está profundamente en desacuerdo con ella, entonces debería reformarse, en lugar de intentar modificarla por asalto, a través de métodos ilegales y no democráticos.

A pesar de todo esto, el hecho es que la defensa del originalismo es tarea bastante difícil de realizar, ya que incluso los argumentos más interesantes que se pueden ofrecer en su defensa parecen ser demasiado frágiles. Piénsese, por ejemplo, en los argumentos esgrimidos en los párrafos anteriores. El primero, relacionado con los testimonios de la "generación de los padres fundadores," parece fatalmente circular: ¿Por qué debemos buscar las respuestas a nuestros problemas de interpretación en nuestra historia constitucional, más aún cuando nos cuestionamos si es adecuado mirar de nuevo la historia en busca de respuestas legales? (Además -y esto no es sorprendente- otros estudiosos del derecho niegan el hecho de que la mayoría de los constituyentes estadounidenses favorecieron la comprensión originalista de la Constitución. Véase, por ejemplo, Jefferson Powell 1985).

En cuanto al segundo argumento, el democrático, la respuesta obvia es la siguiente: «¿Qué se quiere decir con la democracia» O, más precisamente, ¿Por qué asociar la democracia con lo que «el pueblo» dijo hace doscientos años, y no con aquello con lo que puede estar de acuerdo colectivamente hoy? ¿Por qué debemos pensar que el «pueblo» habló una sola vez, y hace tanto tiempo? ¿En qué sentido respetamos la democracia, cuando mantenemos que la única expresión de la voluntad fundamental del pueblo es la que surge en la convención constitucional o mediante una enmienda constitucional? (Ackerman 1993). Para aquellos de nosotros que asociamos la democracia con un debate público e inclusivo, el argumento democrático presentado por los originalistas parece innecesario e injustificadamente limitado.

Así mismo, no está claro lo que significa tomar en serio el originalismo -en otras palabras, lo que significa seguir las intenciones originales de los constituyentes- o el significado que debe darse al hecho de que todas las convenciones constituyentes en las sociedades democráticas fueron y van a ser reuniones plurales, compuestas de grupos que se diferencian fuerte y razonablemente en relación con la mayoría de las cuestiones públicas básicas. Es decir: es propio de la naturaleza de una convención constituyente reunir a miembros de los diferentes sectores de la sociedad, con ideas diferentes o incluso opuestas. Por ejemplo, en

América, la mayoría de las convenciones constituyentes fundamentales se forman con representantes de los grupos liberales y conservadores, que difieren significativamente en sus puntos de vista tanto sobre la organización de los poderes cuanto sobre la declaración de los derechos. Como resultado de ello, es de esperar, naturalmente, encontrar demandas sociales, políticas y jurídicas en tensión, que probablemente se recogen en el texto constitucional. En muchas ocasiones, el texto permitirá la inserción de demandas que son comunes entre todos los participantes; en otras ocasiones se incluirá algunas de las peticiones que provienen de un grupo y algunas otras demandas procedentes de otros grupos; todavía en otros casos, incluirá algunas afirmaciones abstractas o generales, destinadas a permitir a un acuerdo que sería imposible en un nivel más básico. Un ejemplo típico de los tipos de acuerdos que salen de los conjuntos plurales aparece en este párrafo escrito por Cass Sunstein en su libro "La Segunda Declaración de Derechos", Sunstein ilustra brevemente las discusiones que tomaron parte en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Él dice:

El filósofo Jacques Maritain jugó un papel importante en las deliberaciones que llevaron a la declaración. Sorprendentemente, la gente con puntos de vista radicalmente opuestos habían podido ponerse de acuerdo sobre los derechos humanos fundamentales. Maritain solía decir, "Sí, estamos de acuerdo acerca de los derechos, pero con la condición de que nadie nos pregunte por qué." Según Maritain, el único objetivo viable era llegar a un acuerdo "no sobre la base de las ideas especulativas comunes, sino sobre la base de las ideas prácticas comunes, no en la afirmación de una y la misma concepción del mundo, del hombre y del conocimiento, sino en la afirmación de un único cuerpo de creencias que orientase la acción.» (Sunstein 2006, 179).

La historia es interesante porque revela el funcionamiento real, que se espera de los órganos plurales: pues muy probablemente, los acuerdos serán demasiado básicos, vagos e imprecisos. Estas dificultades, por lo general acuerdos ambiguos, presentan un problema significativo para los originalistas dispuestos a encontrar el único y preciso significado de una determinada cláusula. Bajo la luz de las historias de este tipo, la búsqueda está condenada al fracaso: una investigación histórica adecuada revelará la presencia de puntos de vista opuestos, en lugar de puntos de vista individuales o sintéticos.

Sin embargo, los problemas para el originalismo son por lo general mucho más complejos que los mencionados. Permítanme ilustrar esta afirmación con algunos ejemplos y preguntas. La cuestión es cómo tomar las «intenciones ori-

ginales» en serio, a pesar de la pluralidad que distingue a estos debates constitucionales. Tomemos el caso en el que existan dudas acerca de cómo interpretar el alcance de las facultades del Poder Ejecutivo definidos en la Constitución ¿Deberíamos tratar de resolver esa controversia mediante la investigación de la voluntad del redactor principal o la ideología de la Constitución (por ejemplo, James Madison, que promueve un sistema de «pesos y contrapesos»)? ¿O debemos ceder ante la voluntad del redactor que presentó la defensa más articulada de esa institución en particular -el Ejecutivo- (por ejemplo, Alexander Hamilton, que prefiere tener un sistema inclinado a favor del Ejecutivo)? ¿O debemos prestar más atención a la voluntad del redactor más influyente en la redacción de esta cláusula en particular (por ejemplo, Gouverneur Morris)? ¿O deberíamos preferir o tomar en consideración las opiniones prevalentes dentro del grupo político dominante? O tal vez preferimos las opiniones que prevalecieron en el grupo que fue más influyente en la redacción de esta cláusula en particular. Y, ¿qué pasa con los puntos de vista de esas mentes constitucionales que fueron muy influyentes en la Convención Constituyente, pero que permanecieron ausentes en los debates (por ejemplo, Thomas Jefferson)? La Constitución Argentina de 1853, por ejemplo, fue básicamente el producto del gran jurista Juan Bautista Alberdi, que no estuvo presente en los debates ¿Qué importancia se debe dar a estos puntos de vista, vis a vis los puntos de vista de los que realmente participaron en la Convención Constituyente?

Ahora, imaginemos que decidimos dar prioridad a la voluntad de uno de los miembros de la Convención que fue decisiva en la redacción de una cláusula particular de la Constitución ¿Cómo tomar en serio las opiniones de este redactor? ¿Se deberían considerar sus opiniones desde la perspectiva de su participación en los debates de un artículo determinado, o de la generalidad de la Constitución, o se debería tomar desde la perspectiva de su teoría general...? ¿Cómo podemos analizar todo aquello que esta persona dijo o escribió tanto en razón del medio (cartas, artículos en los periódicos) como del tiempo (antes o después de la Convención Constituyente)? Piénsese, por ejemplo, en los documentos del *El Federalista*, que normalmente se toman como documentos interpretativos decisivos: estas piezas fueron escritas en los periódicos locales, únicamente por tres miembros de la Asamblea Constituyente, que sostenían diferentes puntos de vista, por lo que una vez cerrado el debate llegaríamos a la conclusión de que todos los elementos de los que se ha venido hablando (tiempo, lugar, modo) plantean problemas adicionales relevantes para una visión originalista.

Todavía hay muchos problemas más en los que se debería pensar. Por ejemplo: ¿En qué nivel de abstracción o generalización deberíamos leer las cláusulas

particulares que están en juego? En este sentido Ronald Dworkin escribió: en un nivel bajo de abstracción, la cláusula de la igualdad puede entenderse como referida únicamente a los miembros del grupo afroamericano. No obstante, si utilizamos un alto nivel de abstracción, la lectura de dicha cláusula incluiría otros conflictos significativos en materia de igualdad -incluyendo, por ejemplo, la igualdad de género, la igualdad entre nacionales y extranjeros, etc. (Dworkin, 1986).

Además existen otros problemas relacionados, por ejemplo, con las «intenciones» de los redactores ¿Cómo podemos conocer esas intenciones? ¿deberíamos tener en cuenta únicamente sus palabras expresas? ¿o sería necesario considerar sus planes, esperanzas o expectativas? ¿podríamos hacer hipótesis tratando de descubrir su voluntad no explícita, en los casos en que no encontramos las respuestas explícitas? ¿por qué? ¿cómo?

Al final, el problema es que el originalismo no puede darnos lo que prometió dar -esto es, aquello que dio sentido y atracción al punto de vista u opinión, o lo que se conoce como la certeza interpretativa-. Siguiendo a Mark Tushnet, el originalismo apela, por una parte, a un método hermenéutico basado en la historia y que a la vez es contrario a toda arbitrariedad, pero por otro lado, pretende dejar de lado dicho método con el fin de seleccionar las opiniones constitucionales pertinentes. En esta tarea, el originalismo no solo está obligado a reconstruir el pasado, sino que debe hacerlo de manera creativa, subvirtiendo la certeza que proclama. En consecuencia, se produce que la discreción del intérprete que los originalistas pretenden evitar, entra en el terreno de juego por la puerta de atrás (Tushnet 1988, 36-9). En palabras de Cass Sunstein, resulta prácticamente imposible que los intérpretes constitucionales consigan evitar la adopción de decisiones morales. El originalismo requiere (como todas las teorías interpretativas) basarse en una moral o en una teoría política -como la teoría de la democracia- que va más allá de la historia (Sunstein 1993, 101). Por tanto, para realizar una adecuada decisión interpretativa no basta con "tomar clases de idioma» o con «consultar un diccionario».

IV. El nuevo originalismo.

Como consecuencia de las graves dificultades que afectan a las formas predominantes del originalismo, muchos de sus discípulos comenzaron a buscar alternativas capaces de evitar algunos de sus principales defectos. Un ejemplo relevante a este respecto aparece en la obra del juez Antonin Scalia. Scalia ha instado a los originalistas a abandonar el enfoque tradicional, basado en las "intenciones

originales" de los redactores, y sustituirla por una versión parcialmente diferente del originalismo que él llamó "significado público original". La idea principal de este punto de vista sería que el significado original de la Constitución está en el "significado público original" de su texto. En palabras de Scalia,

A quienes se ciñen estrictamente al texto no les preocupa la intención del autor, a mi no me preocupa si los autores de la Constitución tenían algunas intenciones secretas cuando expresaron su opinión en palabras. Yo tomo las palabras tal y como fueron promulgadas para el pueblo de los Estados Unidos, conforme al justo significado de las mismas. (Citado en Allen Murphy 2014, 246).

Así tratando de distinguir su propio enfoque del enfoque de la "intención original", Scalia ofrece estos dos ejemplos:

Dos personas que únicamente hablan inglés ven esculpida en la arena del desierto las palabras "sal de aquí o morirás.» Es muy posible que las palabras fueran el resultado del efecto fortuito del viento, pero el mensaje que transmiten es claro, y creo que dichos sujetos no se arriesgarían a que realmente hubiese sido el resultado de un hecho fortuito... Si se ha activado la alarma en un edificio en particular, el edificio debería ser evacuado, o al menos ese sería el significado que se transmitiría incluso si la alarma hubiese sido activada por un mono (Scalia de 2005, 11).

La conclusión de Scalia es clara: «Lo que se necesita para que un símbolo transmita un significado no es un autor inteligente, sino una comprensión convencional por parte de los lectores u oyentes de los conceptos que ciertos signos o ciertos sonidos representan. En el caso de los textos legales, no siempre conocemos a los autores, y cuando lo hacemos estos a menudo son numerosos por lo que la obra colectiva podría reunir varios significados. Pero si sabemos cuándo y dónde se promulgaron las palabras, podríamos decir normalmente sin la menor dificultad lo que significaban para los que las leen o las escuchan» (Ibid.). De esta forma, Scalia avanza su propio punto de vista y defiende al originalismo contra las críticas tradicionales (lo concerniente a la pluralidad de autores; pluralidad de significado; intenciones ocultas; intenciones irreconocibles; etc. etc.).

Sin embargo, esta versión de Scalia es vulnerable a ser objeto de objeciones similares o incluso más profundas que la versión tradicional, la versión de la intención original. Todos podemos entender cuál es el significado de un mensaje que dice «sal de aquí o morirás», esculpido en el desierto. Sin embargo, tendemos a estar en desacuerdo sobre el significado de las palabras «libertad de expresión», in-

corporadas en una Constitución que pretende hablar en nombre de todos. Nuestros desacuerdos presentes en ese sentido son profundos, debido a que seguramente lo eran hace doscientos años. En estas circunstancias, resulta extremadamente difícil definir nuestro actual conocimiento acerca de la «libertad de expresión» o expresiones similares: es difícil demostrar que hoy podemos compartir una comprensión profunda sobre estas cuestiones. Mucho más difícil es demostrar el significado y el contenido de tales entendimientos, por ejemplo, hace doscientos años.

Además, la intención de atar el significado de la Constitución a lo que se dijo o asumió hace cientos de años parece muy problemático. Por ejemplo, para los semántico-originalistas, es simplemente irrazonable negar que una Constitución que prohíbe el «castigo cruel e inusual» no impide la aplicación de la pena de muerte, si nuestro progreso teórico determina que la pena de muerte es, de hecho, «cruel e inusual» sin importar lo que la gente en su momento habría reconocido como tal. Para Dworkin, es a través de sus cláusulas abstractas, que la Constitución invita a participar en la filosofía moral y, por lo tanto, a dar contenido a los valores incorporados en el documento (véase más adelante).

A pesar de las serias críticas que ha recibido, todavía hay numerosos jueces y estudiosos que defienden una u otra versión de este enfoque, hasta el punto de que algunos de ellos han proclamado que «ahora todos somos originalistas» (Bennett & Solum 2011). En este sentido Keith Whittington ha manifestado que mientras los antiguos originalistas eran en su minoría conservadores, los nuevos lo son en su mayoría. Su objetivo no es ni debe ser (lo que fue el objetivo de los originalistas de Estados Unidos, durante décadas) desprestigiar la filosofía judicial dominante de la Corte Warren, sino más bien desarrollar una nueva «filosofía de gobierno» (Fleming 2015, 6-7). Para Whittington, esta nueva versión del originalismo es menos contundente en su antiguo compromiso con la restricción judicial; menos (pretendidamente) deferente a las mayorías legislativas; y mucho más concentrado en asegurar la fidelidad a la antigua Constitución (Fleming 2015, 7; Whittington de 2004, 608-9). Solum comparte muchos de estos renovados puntos de vista, incluyendo la nueva apuesta de los originalistas hacia el «significado público original» (en lugar de las «intenciones originales» o de las formulaciones del estilo): La idea central es que el significado original de la Constitución es su significado público original. Al igual que Randy Barnett o Keith Whittington, también reconoce que la indeterminación constitucional, exige un proceso de construcción constitucional que, hace tiempo, los originalistas encontraron inadmisibles. La pregunta es cuánto sigue existiendo del antiguo originalismo, después de que reconocemos estas concesiones cruciales. Hoy podríamos ser «originalistas», pero quizá a costa de privar al originalismo de todo

aquel contenido que una vez lo hizo reconocible como una teoría diferente de la interpretación (Fleming 2015).

V. El constitucionalismo vivo/ La interpretación dinámica.

La principal alternativa al originalismo ha sido siempre el constitucionalismo vivo, que en términos generales sostiene que el significado de la Constitución no viene fijado por el pasado -es decir, en el momento en que fue escrita o ratificada- sino que evoluciona con el tiempo. Como expresó David Strauss: "Una Constitución viva es aquella que evoluciona, cambia con el tiempo, y se adapta a las nuevas circunstancias, sin necesidad de ser reformada formalmente." (Strauss 2010).²

En una carta dirigida a H. Tompkinson, el 12 de julio de 1816, Thomas Jefferson dio un poderoso argumento a favor de una interpretación "dinámica" de la Constitución:

Algunos hombres miran a las Constituciones con fanática reverencia y las consideran como el arca del pacto, como algo demasiado sagrado para ser tocado. Ellos atribuyen a los hombres antiguos una sabiduría sobrehumana y suponen que sus actos no deberían ser enmendados. Yo conocí esa época; pertencí y trabajé en ella. Se merece el respeto de su país. Era muy parecida a la actual, pero sin la experiencia del presente; y cuarenta años de experiencia en el gobierno equivalen a un siglo de lecturas; esto es lo que se dirían a sí mismos si pudiesen resucitar de entre los muertos. - Carta al H. Tompkinson 12 de julio de 1816 (citado en Tushnet 1999, 40).

Aquí nos encontramos con un primer argumento a favor del constitucionalismo vivo, relacionado con el conocimiento y la experiencia que se ha adquirido a través de los años y siglos que han seguido a la promulgación de la Constitución. En *Youngstown Sheer Tube Co. v. Sawyer*, el juez Felix Frankfurter ofreció un argumento que fue similar al presentado por Jefferson. Afirmó que se trataba de una "concepción estrecha inadmisibile" del derecho constitucional el ceñirse únicamente a "las palabras de la Constitución", ignorando de este modo "el brillo con el cual ha sido escrita la vida a través de ellas."³ Algún tiempo antes de Frankfurter, en *Missouri v. Holland*, el juez Holmes había adelantado un argumento similar:

² <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall10/strauss>.

³ Así, en "Youngstown Sheer Tube Co. v. Sawyer," 343 U.S. 579 (1952).

Con respecto a lo que podemos añadir cuando se trata de palabras que son también un acto constitutivo, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, debemos darnos cuenta que ellas fueron puestas a fin de ser desarrolladas de una manera no prevista incluso por el más brillante de sus creadores. Para ellos fue suficiente darse cuenta o esperar que habían creado un organismo; pero ha tomado un siglo y ha costado mucho sudor y sangre demostrar que crearon una nación. El caso que nos ocupa debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia, y no solamente en lo que se dijo hace cien años.

Para Holmes, la Constitución tiene que ser adaptada a los nuevos tiempos, teniendo en cuenta tanto sus palabras y la forma en que esas palabras se desarrollan con el paso del tiempo.⁴ De hecho, estas palabras de Holmes parecen ser las que dieron origen a la expresión misma del constitucionalismo vivo.

Los principales argumentos a favor del constitucionalismo vivo provienen de la teoría democrática. Se podría sostener, por ejemplo, la necesidad de mantener "viva" la Constitución que, para una sociedad democrática, parece mucho más atractiva y razonable que la posibilidad de ser gobernados por la "mano muerta" del pasado. Por supuesto, ante esto un originalista podría defenderse diciendo: "Tampoco estamos comprometidos con la prevalencia del pasado, sino más bien con la prevalencia de la voluntad del pueblo. No obstante, si no se está de acuerdo con la voluntad del pueblo, tal y como se manifiesta en la Constitución, es necesario cambiarlo, en lugar de sustituirlo por la propia voluntad." Esta respuesta típica originalista, sin embargo, parece también poco atractiva: pues este punto de vista nos plantea la duda de si ¿estaríamos obligados a participar en un proceso difícil, complejo y costoso como lo es la reforma constitucional, cada vez que tengamos algo nuevo que decir, en relación con la Constitución?.

Al igual que en el caso del originalismo, existen también diferentes versiones del constitucionalismo vivo, y no todas ellas son particularmente atractivas. En principio, la idea de que el significado de la Constitución varía con el tiempo y que los jueces, en consecuencia, deben interpretar su contenido, parece vulnerable a las críticas que son similares en especie a las que se dirigen en contra del originalismo. El problema es: ¿Cómo reconocer lo que una determinada cláusula de la Constitución significa hoy? ¿Se supone que los jueces deben mirar alrededor y ver lo que la gente (sus colegas, sus vecinos, etc.) dice acerca de un determinado tema? Mi impresión es que esto es lo que muchos jueces afines

4 "Gompers v. United States," 233 U.S. 604 (1914).

al constitucionalismo vivo realmente hacen, concluyendo que si bien les resulta irrazonable «congelar» el significado de la Constitución en el momento de su promulgación, finalmente se involucran en un diverso -pero igualmente arbitrario- ejercicio de interpretación. Al final, el hecho de que muchos intérpretes de la Constitución actúen de tal manera -e impongan lo que finalmente, es su propia visión de lo que la Constitución debería ser- explica la reacción y, en parte, la vitalidad del originalismo. Por supuesto, tenemos que mirar a esta comprensión de la interpretación constitucional en su «mejor luz», y tratar de reconocer mejores enfoques para este punto de vista, pero parece claro que el caso del constitucionalismo vivo también es difícil, y no es fácil de defender.

En efecto, ¿Cómo vamos a determinar el significado actual de la Constitución? ¿Se supone que deberíamos empezar a investigar, a indagar, tratando de averiguar lo que la mayoría de la sociedad opina -o dice- en relación a si el derecho a la privacidad protege las relaciones homosexuales? ¿Se supone que deberíamos recurrir a «Gallup» o a otra empresa para ayudarnos a realizar una encuesta de opinión? ¿Podríamos inferir las preferencias de la sociedad a partir de la última elección presidencial? ¿A partir de la última elección nacional o local? ¿A partir de lo que la mayoría en el Congreso parece mantener hoy? ¿Y cómo vamos a desarrollar dicha conclusión?

El problema no solo es metodológico, sino que va más allá de la metodología. Desde esta perspectiva, permítanme mencionar al menos dos problemas graves con este primer, común pero poco sofisticado enfoque del constitucionalismo vivo. Un primer problema es que la sola idea de tener una Constitución con el fin de prevenir futuros «males» podría hacerle perder su significado, pues ¿cómo la Constitución nos ayudaría a evitar las dificultades previsibles, si todos los conflictos podrían definirse de acuerdo con la ocasional, circunstancial y actual voluntad de «algunas personas»? (Ely 1980 XXX).

El segundo problema (que también ha sido discutido por John Ely) se refiere a la función de los jueces -los principales intérpretes de la Constitución- en este tipo de labor de interpretación. Parece paradójico delegar en los jueces la tarea de adaptar la Constitución a la actual voluntad del pueblo, dada la forma en que se ha organizado esta rama del poder. En primer lugar, queremos hacer nuestro mejor esfuerzo para separarlos de las personas y de las ramas políticas y los dotamos de estabilidad, y luego pedimos a los jueces que interpreten la Constitución de acuerdo con la comprensión actual de la sociedad. En otras palabras, les pedimos que presten atención a las voces de la comunidad después de hacer todo lo posible con el fin de separarlos de la población en general. Ya decía Ely,

que la idea de que los «valores auténticos» de la comunidad puedan ser «discernidos» por una «élite no democrática» resulta fuertemente inverosímil. Si lo que queremos es proteger las convicciones actuales de la ciudadanía, entonces «el legislador» aparece mucho mejor situado que el judicial (Ely 1980, 68-9).

Algunos defensores del constitucionalismo vivo, entre ellos William Eskridge han apoyado la idea de contar con jueces encargados de la readaptación del significado de la Constitución, a través de argumentos basados en la *teoría de la elección pública*. Para él, el hecho mismo de que los jueces no sean elegidos democráticamente favorecería esta misión porque de esa manera no son vulnerables a la presión de ciertos grupos -como los políticos-. En conclusión, habría menos posibilidades de que el significado de la Constitución venga definido por esas presiones no deseables (Eskridge 1987, 1479). A pesar de ser consciente de que el análisis sobre la opinión de Eskridge requiere más tiempo y espacio, en este punto sí me gustaría plantear dos objeciones: En primer lugar, si los jueces están llamados a redefinir el contenido y los límites de la Constitución en cada una de sus decisiones, ellos podrían -previsiblemente- convertirse en objeto de más presiones por parte de los grupos de interés. En segundo lugar, la presencia y la importancia de esas presiones pueden ser un buen argumento a favor de la ampliación del alcance de la democracia y de la interpretación democrática, en lugar de limitarlo a unas pocas personas, que no rinden cuentas.

VI. El originalismo vivo (living originalism).

Entre las recientes e interesantes novedades en materia de interpretación constitucional, una de las más originales, por así decirlo, es el crecimiento de lo que Jack Balkin ha denominado como originalismo vivo -lo que podría considerarse como una "tercera vía" en el constitucionalismo americano- (Balkin 2011). En su opinión, las dos principales y opuestas teorías de la interpretación constitucional, que son el originalismo y el constitucionalismo vivo, no deben ser entendidas como unas teorías en tensión, sino que, -defiende- los dos puntos de vista son compatibles. Para Balkin, la Constitución exige intérpretes que respeten el significado original del texto constitucional -que incluye no solo reglas, sino también normas y principios abstractos-, pero no por su aplicación original prevista. Así, Balkin entiende que para interpretar correctamente la Constitución tenemos que hacer juicios morales y políticos relacionados con nuestra mejor comprensión de tales compromisos.

Para Balkin, la Constitución establece un marco básico de gobierno, el cual

"contiene las previsiones políticas" (Balkin 2011, 3), y al mismo tiempo establece "las formas distintivas de restricción y delegación" (Ibid., 35). "La base del originalismo" considera que, al final, la Constitución establece un marco jurídico básico que restringe futuras decisiones a través de reglas estrictas, y que también abre el espacio para el trabajo de las futuras generaciones de intérpretes mediante el establecimiento de principios y normas.

En una parte importante de su libro, afirma:

El texto de nuestra Constitución contiene diferentes tipos de lenguaje. Contiene reglas determinadas (el presidente debe tener treinta y cinco años, hay dos cámaras en el Congreso). Contiene normas («se prohíben los registros y las detenciones arbitrarias», se reconoce el derecho a un juicio «rápido»). Y contiene principios (la no prohibición del libre ejercicio de la libertad de la religión, la no limitación de la libertad de expresión y la no denegación de la igualdad de protección). Si el texto establece una regla determinada, debemos aplicar la regla, porque eso es lo que el texto nos ofrece. Si se establece una norma, hay que aplicar la norma. Y si se establece un principio general, hay que aplicar el principio (Balkin de 2011, 6).

Por lo tanto, el método de Balkin se basa en el "texto y en los principios", lo que significa que al momento de interpretar la Constitución, lo primero que hay que ver si el texto ofrece una regla clara -intentando ser fiel al significado semántico original del texto constitucional- y si eso no da resultados, entonces se tendrá que ir al principio subyacente al que se refiere. En otras palabras, si los redactores eligieron deliberadamente formulaciones abiertas ("castigo cruel e inusual") el significado semántico original se vuelve consistente con las construcciones interpretativas: el intérprete estaría entonces autorizado para determinar las consecuencias que tienen los principios y las normas en los casos concretos. En esta construcción, no solo participan los jueces, sino que por el contrario, Balkin -que rechaza, al igual que la mayoría de los "constitucionalistas populares", la supremacía judicial- cree que los movimientos políticos y sociales (el movimiento de derechos civiles, el movimiento feminista, el movimiento de los derechos de los homosexuales) también participan en el proceso de construcción constitucional. De hecho, para él, más allá de los jueces son "las fuerzas sociales, políticas y económicas", las que juegan un papel fundamental -si no decisivo- en la interpretación constitucional (Ibíd., 278).

Ahora, para muchos comentaristas simpatizantes del originalismo, el punto de vista de Balkin parece muy difícil de aceptar en la medida en la que sus opinio-

nes son "funcionalmente indistinguibles del constitucionalismo vivo". Y esto es así, en primer lugar, porque un intérprete no razonable de la Constitución negaría la obligación de leer seriamente el texto de la Constitución (y, por lo tanto, leería «cuatro» cuando dice «cuatro»). Lo que los originalistas no admiten es la interpretación jurídica según la cual «hay que sentirse libre para torcer las palabras de la Constitución a fin de adaptarlas a nuestros deseos presentes -que es precisamente lo que dice el Sr. Balkin-» (Verbruggen 2012, 2).

En mi opinión, los problemas con la teoría de Balkin no son los denunciados por los originalistas, sino más bien que son otros similares a los que afectan en general al constitucionalismo popular. El hecho es que, a pesar de que se abogue por un proceso más colectivo e integrador de la interpretación legal -lo que suscribo-, puntos de vista como el propuesto por Balkin exigen confiar demasiado -y de manera excesiva- en la labor de los jueces y legítima -a pesar de sus afirmaciones- una débil intervención de la sociedad civil en dicha materia.

Esto es particularmente cierto en el contexto de muchas de nuestras sociedades, caracterizadas por las desigualdades económicas, sociales y políticas, donde las posibilidades de participación popular significativa resultan muy limitadas. No estoy afirmando que, en el contexto de las sociedades desiguales, las personas tiendan a participar menos -posiblemente es todo lo contrario-. Lo que estoy tratando de decir es que en condiciones de profundas desigualdades, las posibilidades de las personas para influir en la política a través de su participación se reducen sustancialmente. Y esto sería así por numerosas razones.

En primer lugar, el costo de la acción colectiva es usualmente alto (especialmente en los países con sociedades divididas y desiguales), y las oportunidades para la participación popular tienden a estar limitadas a los casos más extremos o controvertidos (es decir, situaciones de injusticia grave, aborto). En segundo lugar, los participantes en las conversaciones legales provienen por lo general de diferentes sectores sociales, lo que tiende a crear serias dificultades en las instancias de diálogo: la deliberación se produce entre los actores minoritarios poderosos (normalmente procedentes de las clases altas), y los grupos mayoritarios pero más débiles de marginados. En tercer lugar, en el contexto de la injusticia antes reseñada, los sectores populares tienen una probabilidad desigual para hacer prevalecer sus opiniones (así encontramos ejemplos en los que los manifestantes son legalmente procesados, y sus demandas son raramente tomadas en cuenta).⁵ A

5 Helen Fenwick, "The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation"

esto podríamos sumar, la existencia de un sistema institucional que se reserva el uso legítimo de la violencia. En suma, opiniones como las manifestadas por Balkin pasan por una práctica informal, la cual a lo largo -y esto no es sorprendente- tiende a ser más perjudicial que beneficioso para los intereses de la población en general.⁶ Esta es la razón por la que urge la adopción de reformas institucionales igualitarias -entre otras cosas- capaces de cambiar la estructura básica de nuestro sistema institucional: no existen razones para sostener una práctica social que normalmente ha sido hostil con la movilización popular.⁷

VII. Dworkin, la lectura moral y la "novela en cadena".

Tal vez la versión más sofisticada de la Constitución viva es la presentada por el filósofo del derecho Ronald Dworkin. La postura de Dworkin en este ámbito es particularmente interesante debido a su capacidad para resistir a la crítica tradicional que existe en contra de esta concepción interpretativa. Específicamente, la presentación de Dworkin ofrece buenas razones para no temer al constitucionalismo vivo, y especialmente a la discreción de los jueces en esta materia. Él denomina su postura como *la lectura moral de la Constitución*, y se refiere a la misma con estas palabras:

Existe una forma particular de leer y de aplicar una Constitución política, a la que he denominado como lectura *moral*. La mayoría de las Constituciones contemporáneas declaran los derechos individuales frente al gobierno en un lenguaje muy amplio y abstracto, como la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual establece que el Congreso no hará ley alguna que coarte "la libertad de expresión". La

(1999) 62 *The Modern Law Review* 4, 491; Roberto Gargarella, "Law and Social Protests" (2012) 6 *Criminal Law and Philosophy* 15.

6 Debo reconocer que se trata de una afirmación fundamentalmente intuitiva: el punto necesita un apoyo empírico que no soy capaz de proporcionar en esta etapa de mi argumento.

7 Como ha sostenido Jeremy Waldron (describe el carácter "insultante" de una práctica institucional que aún conserva un papel central en la práctica judicial): "Es posible escribir en el periódico, levantar una petición y organizar un grupo de presión o lobby. Pero incluso podríamos tener éxito, más allá de los sueños más desbocados, y llegar a orquestar el apoyo de un gran número de hombres y mujeres que piensen igual, y es posible que lleguemos a imponer esa opinión en la legislatura, no obstante, la medida podría ser cambiada o desechada bajo el argumento de que nuestra visión de los derechos no concuerda con la de los jueces". Jeremy Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights" (1993), 13 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 51. Por supuesto, Waldron estaba desafiando los sistemas tradicionales de control judicial. Sin embargo, lo que dice es todavía aplicable a los sistemas que se basan en una relación más fluida entre las movilizaciones populares y el tradicional sistema de pesos y contrapesos.

lectura moral propone que todos -jueces, abogados y ciudadanos- interpreten y apliquen estas cláusulas abstractas a partir del entendimiento que merezcan los principios morales sobre la decencia política y la justicia. La Primera Enmienda, por ejemplo, reconoce un principio moral -no es correcto para el gobierno censurar o controlar lo que digan o publiquen los ciudadanos- y lo incorpora en la ley estadounidense. Así que cuando surja alguna polémica o controvertida cuestión constitucional -acerca de si, por ejemplo, la Primera Enmienda permite leyes en contra de la pornografía- las personas indicadas deberán decidir cómo debe ser entendido el principio moral abstracto. Ellos deben decidir si el verdadero fundamento del principio moral que condena la censura, en la forma en que este principio se ha incorporado a la legislación estadounidense, se extiende al caso de la pornografía. (Dworkin 1996, 1).

La "lectura moral" va adquiriendo una mayor influencia entre los estudiosos del derecho. Sotirios Barber y James Fleming, por ejemplo, han adoptado un enfoque bastante similar, que se basa directamente en la postura de Dworkin y que ha sido llamado enfoque filosófico de la interpretación constitucional.⁸

Dworkin describe su comprensión de esta teoría a través de un ejemplo atractivo y pertinente, que se conoce como el ejemplo de la "novela en cadena". La "novela en cadena" ayuda a demostrar que los jueces pueden hacer lo que todos los ciudadanos conscientes harían en tal posición: el constitucionalismo vivo, por consiguiente, no implicaría un elitismo ni una discreción.

Voy a utilizar al ejemplo de la "novela en cadena" para introducir la visión interpretativa de Dworkin, que nos propone reflexionar sobre la tarea de la interpretación judicial de la Constitución como análoga a la participación en la redacción de una "novela en cadena". Imaginemos, por ejemplo, que somos veinte personas que toman parte de esta tarea colectiva, y que cada uno de nosotros debe escribir cinco páginas de la novela. Así, imaginemos que estamos en el medio de la fila, y recibimos unas 40 páginas del manuscrito. La cuestión en la

⁸ En un libro reciente, James Fleming ha ampliado su punto de vista sobre la materia, y define su enfoque filosófico sobre la concepción de la Constitución "como la personificación de una moral abstracta y de unos principios políticos -no como la codificación concreta de normas históricas o prácticas- y la interpretación de esos principios requiere juicios normativos acerca de la forma en que se entienden mejor -no se trata simplemente de una investigación histórica para descubrir los significados originales relativamente específicos" (Fleming 2015, 3). Y también sugiere que, a través de "examinar las concesiones espectaculares que los originalistas han hecho a sus críticos" puede demostrar "el grado en el cual hoy todos somos lectores morales" (Ibid.).

que Dworkin está interesado en dar una respuesta es la siguiente: ¿Qué se supone que debemos hacer cuando recibimos esas páginas? ¿Qué es lo que debemos de hacer, con el fin de participar en esa empresa de forma consciente y responsable? La respuesta es -y esto también es muy importante para la propuesta explicativa de Dworkin- bastante obvia. Lo primero que vamos a hacer, obviamente, es leer las páginas que nuestros predecesores escribieron, e inmediatamente después -parece claro- daremos sentido a lo que ellos han escrito, tratando de encontrar un hilo común en la novela, tratando de entender su significado: ¿Es una novela histórica? ¿es un drama? ¿es una historia de misterio? Acto seguido, escribiremos nuestras cinco páginas, intentando dar a la novela la mejor continuación posible -una que haga honor a lo que está escrito y prepare el camino para los siguientes participantes-. Pensado en paralelo con la tarea (judicial) de la interpretación legal, la "novela en cadena" resulta un ejemplo muy revelador sobre el enfoque de Dworkin, y su riqueza. Déjenme explicar.

En primer lugar, el ejemplo sugiere que la tarea de interpretación legal no requiere de intérpretes con cualidades sobrehumanas. Puntualizando más, no necesitamos a super-humanos, como Hércules (como muchos críticos de Dworkin habrían dicho) con el fin de participar en esta tarea (para una crítica similar, Ely 1980). Muy por el contrario: el ejemplo sugiere que en realidad cualquier persona va a reaccionar y actuar de forma similar ante la misma misión. En segundo lugar, el ejemplo sugiere algo muy importante, que es que la tarea pertenece a una tarea colectiva -que comienza antes de que uno llega y continúa después que uno se va- que tenemos que desarrollar en consecuencia. Pensemos que un escritor famoso -como Jorge Luis Borges o Gabriel García Márquez- participa en la redacción de la "novela en cadena", intentando demostrar en cada línea que sus capacidades son muy superiores a las de los demás, entonces habría fracasado en la misión que se le encomendó. Para participar en una obra colectiva de estas características se requiere en principio, mejorar nuestra capacidad de trabajar en equipo, abandonando la postura de destacar nuestras propias habilidades y conocimientos como si estuviésemos escribiendo el capítulo de manera individual.

Tal vez un ejemplo todavía más ilustrativo sería el de la construcción de una catedral a lo largo de diferentes generaciones (que también ha sido utilizado para entender a Dworkin y a la interpretación legal, véase por ejemplo Nino 1991). Los que participan en la tarea de continuar con esa empresa, después de cien años de construcción, tendrán que mirar en primer lugar hacia atrás y tratar de dar sentido a la catedral -digamos, por ejemplo, una catedral gótica, como la de Barcelona-. En este ejemplo se refuerza la idea de una tarea colectiva, en la que cada participante actuará de manera similar: todo el mundo -incluso un turista

que se tome seriamente esta tarea- entenderá que la catedral tiene, digamos, un estilo gótico, y también reconocerá lo apropiado o no de continuar con el mismo. El seguimiento adecuado de la obra podría incluso requerir la demolición de columnas de un estilo románico que se reconocería como una decisión equivocada de un participante que no entendió el sentido de la obra colectiva.

Lo mismo sucede con la interpretación legal. Lo primero que se hace es leer la ley y tratar de entender lo que esta dice. En caso de conflictos, se deberán resolver reflexionando, sobre las posibles continuaciones que puedan darle sentido a la obra colectiva (la ley) en el tiempo presente. Para Dworkin, por lo general, hay diferentes respuestas que pueden "encajar" con la historia anterior. Por lo tanto, la idea es elegir un camino que nos permita ofrecer la mejor continuación posible a lo que se ha escrito hasta el momento -la respuesta debe permitirnos reconstruir nuestra ley de la "mejor manera"- . Más significativamente, Dworkin invita a que el intérprete lea la Constitución "en su conjunto", tratando los casos similares por igual y haciendo un esfuerzo en la dirección de la integridad: la ley, según él, tiene que hablar con una sola voz, tratando a todos con igual consideración y respeto. De hecho, esa idea -de tratar a todos con igual consideración y respeto- constituye para Dworkin, el principal hilo unificador de la ley (EE.UU.) -la idea que nos permite reconstruir la ley de la mejor manera-.

Resulta interesante indicar cómo y de qué manera la propuesta de Dworkin se diferencia de las versiones más comunes del originalismo y del constitucionalismo vivo. En cuanto al originalismo, el enfoque de Dworkin también requiere de intérpretes que analicen seriamente el pasado. Sin embargo, su teoría no plantea la defensa de las tradiciones *per se*, ni sugiere una lectura acrítica del pasado. Todo lo contrario, propone una lectura crítica de la historia, entendida en su "mejor manera". Al mismo tiempo, su defensa particular de una "Constitución viva" no implica descuidar o descartar el pasado. Por el contrario, las decisiones pasadas representan -o deberían representar- una parte crucial de las decisiones presentes.

A pesar de que la opinión de Dworkin sobre el tema es -a mi entender- una de las mejor articuladas que encontramos, también parece claro que es vulnerable a muchas críticas. Para empezar, los ejemplos de guía que utiliza también son engañosos, pues para comprender el sentido de la "novela" o reconocer el estilo de la catedral, solo tenemos que leer unas pocas páginas, o ir alrededor de la construcción -unas pocas horas o algunos minutos-. Por el contrario, la comprensión correcta de la ley puede requerir toda una vida y seguir siendo insuficiente. Además, en algún sentido es cierto que "todos" participamos en los procesos colecti-

vos de construcción, tales como escribir una novela, construir una iglesia o en la formación de una ley, pero también es cierto que los escritores, los arquitectos y los jueces juegan un papel totalmente decisivo en esos aspectos. Probablemente, lo que realmente importa en estos ejemplos es el hecho de que todo el mundo estaría llamado a hacer básicamente lo mismo -que no se requieren habilidades extraordinarias a fin de participar en el proceso de manera responsable-. Sin embargo, aun aceptando parte de la pretensión -no necesitamos la ayuda de científicos para leer la ley- me resisto a su conclusión principal, a saber, la tendencia a estar de acuerdo en nuestro compromiso de leer la ley. Más precisamente, mi conjetura es si vamos más bien a estar en desacuerdo en lo sustancial de la materia: no solo en relación con los principales hilos conductores de la ley (digamos, la misma consideración y respeto), sino también (y más específicamente) acerca de cómo deberíamos aplicar esos principios tan amplios a los casos concretos. En palabras de Jeremy Waldron, existe -desafortunadamente- el hecho del desacuerdo razonable, lo que nos hace más difícil alcanzar conclusiones similares en relación con la mayoría de los casos.

Ahora, podemos estar de acuerdo con Dworkin sobre la necesidad de seguir discutiendo y debatiendo, frente a esos desacuerdos: no podemos renunciar, discutir o decidir arbitrariamente. Mi problema es, sin embargo, lo habitual, es decir, el problema democrático. Más específicamente, la pregunta es por qué, dado esos desacuerdos profundos, debemos dar a los jueces la autoridad para decidir en nuestro nombre ¿Por qué, si no nos representan democráticamente? ¿por qué, si tienden a estar en desacuerdo entre ellos en la Corte como nosotros lo estaríamos fuera de ella? (Waldron XXX).

En palabras de Waldron, este tipo de problemas nos llevan a reflexionar sobre la interpretación a un nivel diferente, es decir, a nivel de la autoridad, aquí la pregunta correcta no es acerca de cómo interpretar, sino más bien de quién va a decidir en estos casos. Y de esta manera, volvemos al párrafo de Dworkin con el que abrimos este análisis, y volvemos allí para contradecirlo, y así conectar -en lugar de separar- las preguntas acerca de la autoridad y las preguntas sobre la interpretación.

VIII. El diálogo democrático y la interpretación en una comunidad de iguales.

Para muchos de nosotros que asociamos la democracia con la democracia deliberativa, y tomamos en serio el hecho del desacuerdo, la interpretación constitucional debe ser abordada en una forma diferente -una que asocie las preguntas en materia de interpretación y de la autoridad que deba realizarla. Para ilustrar lo

que digo, y dar una primera aproximación a lo que sería mi propuesta particular en materia interpretativa, voy a ofrecer un ejemplo. El mismo, según entiendo, puede darnos pautas apropiadas para pensar debidamente sobre la cuestión.

Imaginemos que somos un pequeño grupo de amigos y conocidos, que estamos cansados de la forma en que la ley organiza nuestra comunidad (por ejemplo, creemos que la ley responde a impulsos autoritarios y se aplica de manera arbitraria), y decidimos irnos a otro sitio para comenzar una nueva vida. Somos solamente unos pocos, y decidimos construir lo que llamamos una "comunidad de iguales" en medio de cualquier sitio. En esta comunidad, organizaríamos nuestras vidas en común, de acuerdo con lo que decidimos informalmente entre algunos, o de acuerdo a lo que decidimos todos juntos en una asamblea general, en los casos en que necesitemos tomar las decisiones más importantes. Por ejemplo, podríamos decidir en asamblea que todas las personas mayores de 18 años tendrán que contribuir con la producción de alimentos trabajando en el cultivo de la tierra desde las primeras horas de la mañana. Así, estaríamos a gusto con los resultados de esta decisión, hasta que un día María se enferma y comienza a tener problemas para trabajar todas las mañanas que hace frío. Por lo tanto, alguien se preguntaría si María debería ser relevada de esta obligación común. Hablamos entre nosotros y decidimos que, por supuesto, ella debe ser autorizada a permanecer en casa, haciendo otras cosas que sea capaz de hacer. Otro día, Pedro cumple 18 años de edad, y su padre pregunta al resto si Pedro también podría quedarse en casa, dado que él nació con problemas físicos que le impiden hacer tareas pesadas. Una vez más, nadie duda acerca de la respuesta: "Por supuesto, Pedro también estaría autorizado para quedarse en casa".

En suma, día tras día tendríamos pequeños problemas y preguntas sobre las reglas que organizan nuestra vida en común, y las resolveríamos hablando el uno con el otro, más o menos de manera informal. Confiamos el uno en el otro y tratamos a los demás como iguales: nosotros no proclamamos la igualdad como un principio general, sino que simplemente nos tratamos con consideración y respeto. Después de algún tiempo, nuestra comunidad de iguales llegaría a ser conocida y admirada por los extranjeros, y vendrían personas a pedirnos la autorización para participar en nuestra comunidad. Poco a poco, aumentaríamos el número de nuestros miembros y cada vez se haría más difícil solventar nuestros conflictos de manera informal, o incluso de manera conjunta en una asamblea general. Así, un día (por ejemplo, en el décimo aniversario de nuestra comunidad de iguales) seleccionamos a un grupo (a quienes llamaríamos "los elegidos") quienes estarían a cargo de solucionar los conflictos fundamentales en relación con nuestras reglas comunes, los cuales también se habrían incrementado (por

ejemplo, tenemos reglas relativas a cómo gastar nuestros recursos o cómo distribuir los alimentos que producimos en común, etc.).⁹

Ahora bien, es importante tener en cuenta que no designamos a "los elegidos" bajo el supuesto de que solo ellos sabrían cuáles son las reglas de la comunidad, o cómo se deben interpretar esas normas. Por el contrario, nuestra posición común seguiría siendo que todos somos iguales y que estamos comprometidos a resolver nuestros conflictos juntos, hablando el uno con el otro, no obstante, ya no tendríamos el suficiente tiempo y espacio para resolver todos nuestros conflictos importantes juntos, como solíamos hacerlo.

Como resultado de estos supuestos, si un día, uno de "los elegidos" viene a nosotros y nos dice: "Ahora voy a decirles a todos ustedes cómo entender correctamente las reglas comunes", nosotros permaneceríamos asombrados pues tal pretensión sería completamente ajena al espíritu de nuestra comunidad. La idea inicial fue y sigue siendo que hemos creado estas normas con el fin de vivir juntos, que somos los "dueños" de esas reglas, y que hemos resuelto nuestros conflictos hablando unos con los otros. Del mismo modo, si uno de "los elegidos" nos dice que las reglas deben ser interpretadas de acuerdo con lo que se dijo o se entendió en el Año Uno de nuestra comunidad, también nos sorprenderíamos y estaría claro para todos nosotros que esa persona está equivocada con respecto a su trabajo. Parecería que esa persona no entiende de lo que se trata su trabajo. La idea, por tanto, no es recordar o averiguar qué fue lo primero que dijo o que podría haber dicho la comunidad original sobre el punto en conflicto, sino más bien pensar colectivamente sobre el problema y decidir cómo queremos solucionarlo. Lo mismo ocurriría si alguien viene y nos dice que tenemos que leer "18 años" de acuerdo a lo que nuestra comunidad de iguales entendería en el Año Uno, cuando se estableció la regla. Una vez más, esto implicaría que esta persona no entiende la tarea que se le ha asignado. Recurrir al pasado puede ser importante a fin de reconocer nuestra identidad común, para ver cómo hemos crecido y evolucionado, y para identificar cómo hemos tratado a otras personas en situaciones similares. Pero nunca hemos tomado ni tomaremos el pasado como algo decisivo, como si pudiese ofrecer las respuestas definitivas a nuestras preguntas: necesitamos encontrar esas respuestas en el presente, colectivamente, hablando entre nosotros, como siempre lo hemos hecho.

⁹ Una historia parcialmente similar, sobre la emergencia de las "reglas primarias" y "secundarias", en Hart 1961, ch. 5.

Permítanme ilustrar esto con otro ejemplo. Imagínese que un día un grupo de personas se une a nuestra comunidad, y después de una semana nos damos cuenta que, por razones religiosas, no trabajan durante los sábados. En ese caso, lo que tenemos que hacer es decidir cómo vamos a afrontar este problema, en lugar de pretender resolverlo a través del verdadero significado de "todos los mayores de 18 años tienen que contribuir con la producción de alimentos". En casos extremos, lo mejor que se podría hacer para resolver el problema de interpretación en juego, sería participar nuevamente en una conversación colectiva, aunque seamos conscientes de que no será tan exhaustiva y profunda como solía ser cuando éramos solo unos pocos. En casos menos dramáticos, podríamos permitir que el "los elegidos" decidan, pero suponiendo que lo harán respetando los principios básicos de nuestra "comunidad de iguales". Permítanme especificar esto un poco más. En primer lugar, debe quedar claro que es "nosotros colectivamente", en lugar de "ellos en solitario", los "dueños" e "intérpretes finales" de las normas comunes. En segundo lugar, no esperamos que ellos estudien la historia o lean el diccionario o realicen ejercicios lingüísticos, con el fin de tomar una decisión. En tercer lugar, sí esperamos que decidan reproduciendo, de la mejor manera posible, la conversación colectiva que solíamos tener con el fin de resolver los problemas comunes. Por esta razón, esperamos que hablen con todas las partes afectadas; que reciban opiniones de todos los interesados en decir algo sobre el caso; que llamen a audiencias públicas, con el fin de obtener toda la información y opiniones pertinentes a fin de resolver los casos más difíciles; y que organicen los procesos de consulta y discusión colectiva, siempre que fuera posible y necesario con el fin de encontrar salidas a los conflictos más difíciles.

Por supuesto, podemos (y debemos) agregar complejidad al ejemplo, con el fin de trazar una analogía apropiada entre el boceto inicial y nuestras democracias constitucionales, permítanme explicarme: Imaginemos que en nuestro "período de fundación" se estableció una nueva regla, que va más en línea con lo que ahora llamamos los derechos individuales, diciendo que "nadie debería hacer daño a otro". Entonces, un día nos enteramos que Juan ha lesionado gravemente a su hija Alicia, porque ella le mintió, pero él entiende que no se ve afectado por esa regla, porque debería estar permitido que los padres corrijan a sus hijos. A la vista de este conflicto, que es también un conflicto de interpretación, podemos hacer cosas diferentes. Podemos decir a Juan: "Juan, te conocemos bien, sabemos que eres un buen hombre, pero este no es el tipo de cosas que hacemos en nuestra comunidad". Siempre hemos dicho que aquí nadie debe agraviar a los otros, ante lo cual -si él insiste en no ser reprochado- podríamos intentar persuadirlo sobre lo inapropiado de su actuación, y sobre nuestro repudio a la violencia, en la línea de nuestro compromiso inicial con no hacer daño a nadie. Podríamos tener éxito con

este intento o no, pero, en cualquier caso nos resultaría muy extraño que alguien (por ejemplo, un miembro de "los elegidos") venga y le diga a Juan: "Juan, mira en el diccionario" o "Juan, usted no ha leído suficiente historia, "o" Juan, este es el significado exacto de la palabra "daño". Y esto es así por diversas razones, entre ellas, en primer lugar, por el hecho de que en nuestra comunidad resolvamos nuestros problemas (en particular los problemas relativos a las normas que nos importan) a través del diálogo; y segundo, porque para todos nosotros sería poco atractivo ver que Juan desiste de lastimar a su hija en obediencia a una orden o porque así lo leyó en un diccionario. Nosotros queremos que cambie su actitud porque ha entendido nuestras razones y porque se ha visto persuadido por lo que entendemos acerca de las reglas básicas de nuestra comunidad.

Pienso que todas estas historias también dicen algo acerca de cómo se podría entender la democracia, de cómo la democracia podría estar conectada con la comunidad, y también acerca de cómo esa comunidad no está basada en las tradiciones o en los viejos mandatos autoritarios, sino más bien en nuestra constante comunicación. En este sentido, el ejemplo también dice algo acerca de la «naturaleza» de la Constitución en esta comunidad: de un modo significativo, este es el tipo de democracia de Jefferson, organizada bajo reglas básicas que persiste a través del tiempo, pero que al mismo tiempo eso no supone que deba mantenerse durante largos períodos (no queremos que «nuestra generación» ate a las «futuras generaciones»; no queremos que nuestras «generaciones futuras» se vean severamente limitadas por la «mano muerta del pasado»). En otras palabras, la democracia es compatible con tener reglas y Constituciones, a pesar de que se supone que estas reglas son relativamente flexibles (bien podría ser el caso, por ejemplo, en el que si nuestros hijos crecieron bien, decidamos integrarlos a nuestras fuerzas productivas a la edad de 17 años, en lugar de a los 18, cambiando una de nuestras reglas básicas).

Lo expresado en el párrafo anterior también dice algo acerca de las reglas básicas («reglas secundarias») que definirán nuestra organización de los poderes. Esas reglas (que están implícitas y no están escritas en el ejemplo inicial e imaginario de la comunidad de iguales) pueden convertirse en reglas explícitas y escritas, pudiendo llegar a generar nuevos problemas de interpretación. Pero, en ese caso, como en todos los demás casos alternativos, lo más importante es que debemos mantener la conexión entre los principios básicos que organizan nuestra vida en común con la igualdad, la comunidad y la democracia.

En mi opinión, el ejemplo de la «comunidad de iguales» puede ser una buena ilustración de lo que muchos de nosotros -que estamos comprometidos con la

democracia deliberativa- pensamos sobre la interpretación legal. Creemos que «el pueblo» es y debe continuar siendo el «soberano»; que somos y debemos ser tratados como iguales; que los conflictos acerca de la ley deben ser decididos colectivamente; que nadie tiene las capacidades intelectuales o epistémicas que le pongan en una posición privilegiada a la hora de interpretar la ley; que las controversias interpretativas deberían resolverse a través del diálogo democrático, o de una manera que honre y reproduzca nuestro compromiso con el diálogo democrático: las cuestiones interpretativas fundamentales deben ser resueltas de acuerdo con nuestras presunciones básicas sobre la autoridad democrática.

IX. Bibliografía.

Ackerman, B. (1993), *We the People*, Cambridge: Belknap Press.

Allen Murphy, B. (2014), *Scalia: A Court of One*, New York: Simon & Schuster.

Bennett, R. & Solum, L. (2011), *Constitutional Originalism: A Debate*, New York: Cornell University Press.

Berger, R. (1977), *Government by Judiciary*, Cambridge: Harvard University Press.

Bork, R. (1990), *The Tempting of America*, New York: Simon & Schuster.

Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1997), "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve," *Fordham Law Review*, vol. 65, (1997).

Ely, J. (1980), *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press.

Fleming, J. (2015), *Fidelity to Our Imperfect Constitution*, Oxford: Oxford University Press.

Hart, H. (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.

Jefferson Powell, H. (1985), "The Original Understanding of Original Intent," *Harvard Law Review* 98: 897.

Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Scalia, A. (2005), "Law and Language," *First Things* 11.

Strauss, D. (2010), *The Living Constitution*, Oxford: Oxford University Press.

Sunstein, C. (1993), *The Partial Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.

Sunstein, C. (2006), *The Second Bill of Rights*, New York: Basic Books.

Sunstein, C.; Schkade, D.; et al (2006), *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, New York: Brookings Institution Press.

Tushnet, M. (1988), *Red, White and Blue*, Cambridge: Harvard University Press.

Tushnet, M. (1999), *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press.

Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.

Waldron, J. (2014), "Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts?" *The Yale Law Journal*, vol. 123, n. 6, 1626-2133.