

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y ASPIRACIÓN A UNA SOCIEDAD BUENA UNA JUSTIFICACIÓN DE LA TEORÍA IUSNATURALISTA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL*

Michael S. Moore**

INTRODUCCIÓN

Siempre surge algún problema interpretativo cuando se preparan trabajos sobre temas preestablecidos para un simposio como éste. Las cuestiones que se nos han pedido abordar a mis compañeros panelistas y a mí fueron: (1) si (y hasta qué punto) la aspiración a una sociedad buena debería integrar las interpretaciones judiciales de la Constitución; y (2) si tal infusión de teoría moral por parte de los jueces es consistente con sus deberes de fidelidad a la Constitución. El problema interpretativo surge debido a las diferentes lecturas posibles de la frase “aspiración a una sociedad buena”.

Una lectura sugerida por estas frases Fullerianas —“moralidad de aspiración”, “fidelidad al Derecho”¹— es que se nos ha encomendado abordar la posibilidad/deseabilidad de que los jueces interpreten la Constitución fomentando tanto la *virtud* pública como la virtud privada de los ciudadanos. Christopher Eisgruber, por ejemplo, plausiblemente asume esta interpretación de nuestro tema². Yo no lo hago, en parte porque concuerdo con las conclusiones de Eisgruber: el Derecho *constitucional* (en cuanto distinto al Derecho ordinario) en general es inadecuado para este propósito; en efecto, una Constitución correctamente interpretada —una que le da el debido peso a la libertad— no sólo no exigirá, sino que prohibirá al Derecho ordinario que avance demasiado lejos por este camino³.

* Publicado originalmente en 69 *Fordham Law Review* 2087, (2001). Traducción de Pilar Zambrano.

** La última parte de este trabajo proviene del debate medianamente formal, sostenido en la Universidad de Pennsylvania en 1995 con Jeremy Waldron, acerca del argumento basado en derechos para el control judicial de constitucionalidad. Una versión posterior de este trabajo también fue expuesta en la Conferencia sobre interpretación legal, Poder Judicial y democracia, en junio de 2000, en Monash University, Melbourne, Australia.

1 Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 5, 42 (1964); Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, 71 *Harv. L. Rev.* 630, (1958).

2 Christopher L. Eisgruber, *Civic Virtue and the Limits of Constitutionalism*, 69 *Fordham L. Rev.* 2131 (2001).

3 Exploro los límites de la libertad en el uso de la ley para imponer la virtud en Michael S. Moore, *Liberty's Limits on Legislation, in Morality, Legality and Drugs* (P. DeGrieff ed., 1998), *reimpreso en* Michael S. Moore, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law* 739-95 (1997) [De ahora en más Moore, *Placing Blame*].

El tema que trataré aquí es diferente. Yo entiendo “aspiración a una sociedad buena” en un sentido mucho más minimalista. Sin duda, una sociedad buena protege como mínimo los derechos humanos de sus ciudadanos. Mi tema es el extremo hasta el cual nuestra Constitución debería interpretarse con el fin de promover este significado mínimo de “sociedad buena”. Más precisamente: (1) ¿cuánta teoría moral deberían hacer nuestros jueces cuando interpretan las cláusulas que reconocen derechos en nuestra Constitución?; (2) ¿es esta incursión en la teoría moral consistente con las obligaciones judiciales de fidelidad a la Constitución?

Las respuestas a estas cuestiones que he defendido en los últimos veinte años han sido, respectivamente: “mucho”; y “perfectamente consistente”. Este cómodo ensamble entre el activismo judicial y la plena fidelidad es posible por lo que ha dado en llamarse la teoría “realista” o “iusnaturalista” de la interpretación constitucional⁴. Me temo que no encuentro nada erróneo en ella, a pesar de las numerosas invitaciones de varios amigos y críticos de la teoría a hacerlo⁵. Esta confesión revela, sin dudas, serias fallas de carácter, pero aun así la teoría inalterada parece preferible a sus numerosas alternativas.

⁴ Ver, por ejemplo, Michael S. Moore, *Interpreting Interpretation*, 18 Tel Aviv U. L. Rev. 359 (1994) (en hebreo), en *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy 1* (Andrei Marmor ed., 1995) (en inglés) [de ahora en más Moore, *Interpreting Interpretation*], reimpresso en Michael S. Moore, *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence* 424-52 (2000) [de ahora en más Moore, *Educating Oneself in Public*]; Michael S. Moore, *The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?*, 41 Stan. L. Rev. 871 (1989) (de ahora en más Moore, *The Interpretive Turn*), reimpresso en Moore, *Educating Oneself in Public*, supra, en 335-423; Michael S. Moore, *The Constitution as Hard Law*, 6 Const. Comment. 51 (1989); Michael S. Moore, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, 63 S. Cal. L. Rev. 107 (1989) [de ahora en más Moore, *Do We Have an Unwritten Constitution?*]; Michael S. Moore, *A Natural Law Theory of Interpretation*, 58 S. Cal. L. rev. 277 (1985) [de ahora en más Moore, *A Natural Law Theory*]; Michael S. Moore, *Originalist Theories of Constitutional Interpretation*, 73 Cornell L. Rev. 364 (1988); Michael S. Moore, *Plain Meaning and Linguistics - A Case Study*, 73 Wash. U.L.Q. 1253 (1995); Michael S. Moore, *The Semantics of Judging*, 54 S. Cal. L. Rev. 151 (1981); Michael S. Moore, *The Written Constitution and Interpretivism*, 12 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 3 (1989) [de ahora en más Moore, *The Written Constitution*].

⁵ Esto incluye: (1) críticas de mis compañeros realistas por mi alegada carencia de una epistemología consistente con una metafísica realista: Sotirios A. Barber, *The Constitution of Judicial Power* 179-201 (1993); Jules L. Coleman & Brian Leiter, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, en *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* 203 (Andrei Marmor ed., 1995); Graham Walker, *Moral Foundations of Constitutional Thought* (1990); Sotirios A. Barber, *Epistemological Skepticism, Hobbesian Natural Right and Judicial Self-Restraint*, 48 Rev. of Pol. 374 (1986); Stanley C. Brubaker, *Conserving the Constitution*, 1987 Am. B. Found. Res. J. 261; Stanley C. Brubaker, *Republican Government and Judicial Restraint*, 49 Rev. of Pol. 570 (1987); Brian Leiter, *Objectivity and the Problems of Jurisprudence*, 72 Tex. L. Rev. 187, 202 n. 55 (1993) (recensión a Kent Greenawalt, *Law and Objectivity* (1992)); Rogers M. Smith, *The New Institutionalism and Normative Theory: Reply to Professor Barber*, 3 Stud. Am. Pol. Dev. 74 (1989); (2) críticas de mis compañeros partidarios de la semántica de Kripke/Putnam en tanto que dicha semántica no supone (aunque sea consistente con) una metafísica realista: Nicos Stavropoulos, *Objectivity in Law* (1996); David O. Brink, *Semantics and Legal Interpretation* (Further Thoughts), 2 Can. J.L. & Jurisprudence 181 (1989); Ken Kress, *The Interpretive Turn*, 97 Ethics 834 (1987); (3) críticas de los Neo-Wittgenstianos que se resisten a la prioridad que la semántica realista le da a la referencia sobre el sentido: Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy* 133-77 (1993); Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* 85-102, 124-154 (1992); Andrei Marmor, *No Easy Cases?*, en *Wittgenstein and Legal Theory* 189 (Dennis M. Patterson ed., 1992); Dennis M. Patterson, *Law and Truth* 43-58 (1996); Brian Bix, *Michael Moore's Realist Approach to Law*, 140 U. Pa. L. Rev. 1293 (1992); Dennis M. Patterson, *Postmodernism/Feminism/Law*, 77 Cornell L. Rev. 254, 275, n. 90 (1992); Dennis M. Patterson, *Realist Semantics and Legal Theory*, 2 Can. J.L. & Jurisprudence 175 (1989); Dennis M. Patterson, *What Was Realism?: A Reply to David Brink*, 2 Can. J.L. & Jurisprudence 193 (1989); (4) críticas de pragmáticos sobre la no-existencia de entidades requeridas por una metafísica realista: Raymond A. Belliotti, *Justifying Law: The Debate Over Foundations, Goals, and Methods* 44-74 (1992); Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 236-37 n.26 (1990); Stanley Fish, *Dennis Martinez and the Uses of Theory*, 96 Yale L. J. 1773 (1987) [de ahora en más Fish, *Dennis Martinez*]; David A.J. Richards, *Interpretation and Historiography*, 58 S. Cal. L. Rev. 490 (1985); Richard Rorty, *The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice*, 63 S. Cal. L. R. 1811, 1813 (1990); (5) críticas de no-cognitivistas y otros escépticos: Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (1987); Jeremy Waldron, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, en *Natural Law Theory: Contemporary Essays* 158 (Robert P. George ed.,

De modo que no tengo ninguna teoría nueva de la interpretación constitucional para exponer frente a ustedes, ni aprovecharé esta ocasión para modernizar de distintas formas la teoría iusnaturalista de la interpretación. En cambio, intentaré aportar una nueva razón a los jueces para adoptar dicha teoría de la interpretación con relación a la Constitución de los Estados Unidos. Más específicamente, en las tres secciones que siguen: (1) describiré brevemente los rasgos más salientes de la teoría iusnaturalista de la interpretación; (2) explicaré porqué el viejo argumento que utilicé a favor del empleo de esta teoría en los casos constitucionales no funciona en ese contexto; (3) expondré un argumento a favor del empleo de esta teoría que sí funciona en el contexto constitucional.

I. UNA REVISIÓN DE LA TEORÍA IUSNATURALISTA DE LA INTERPRETACIÓN

Para comenzar, una teoría de la interpretación es una *teoría*, esto es, un conjunto de enunciados generales que describen las características que determinan la corrección de una buena decisión con relación a un texto legal⁶. Actualmente está de moda en algunos ámbitos cuestionar la posibilidad o la utilidad de una teoría tal para una actividad práctica como la interpretación judicial⁷. Como una vez dijo un Juez de Equidad en Mississippi en uno de mis seminarios para jueces de dicho Estado, desde esta perspectiva los jueces “deberían escoger cualquiera de las varias teorías de la interpretación que arroje el mejor resultado en el caso particular”⁸.

Desafortunadamente, esta aproximación a-teórica y *ad hoc* ha sido adoptada con demasiada frecuencia por los jueces americanos respecto de la interpretación. Es notable que una habilidad tan central para el juzgamiento y tan determinante para el resultado de los casos, sea tan infundada y azarosa como lo es en América⁹. El Estado de Derecho es posible únicamente si contamos con métodos uniformes de interpretación, y esta uniformidad viene dada por una teoría acerca de cómo debe proceder la interpretación.

Una teoría completa de la interpretación constitucional estará integrada por varios componentes. Las teorías plausibles encuentran espacio para, por ejemplo: la fuerza pre-

1992); y (6) críticas desde la profesión legal sobre la conveniencia normativa de este modelo de interpretación: Gegory Bassham, *Original Intent and the Constitution: A Philosophical Study* (1992); Steven J. Burton, *Judging in Good Faith* 149-50 (1992); Frederick Schauer, *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* 215-18 (1991); Richard H. Fallon, Jr., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 Harv. L. Rev. 1189 (1987); Sanford Levinson, *What Do Lawyers Know (and What Do They Do with Their Knowledge)? Comments on Schauer and Moore*, 58 S. Cal. L. Rev. 441 (1985); Stephen R. Munzer, *Realistic Limits on Realist Interpretation*, 58 S. Cal. L. Rev. 459 (1985); Margaret Jane Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 B.U. Rev. 781 (1989).

⁶ Ver infra texto correspondiente a las notas 98-101 para la distinción entre una teoría de la interpretación como una descripción de las características que determinan la corrección de una decisión judicial, y dicha teoría como una receta para que los jueces utilicen para llegar a una decisión judicial correcta.

⁷ Ver, por ejemplo, Fish, *Dennis Martinez*, supra nota 5, en 1779-80. Mi respuesta a Fish está en Moore, *The Interpretive Turn*, supra nota 4, en 905-17. Mi más reciente intercambio con Fish sobre este tema se encuentra en Michael S. Moore, *Theories of Areas of Law*, 37 San Diego L. Rev. 731 (2000) y Stanley Fish, *Theory Minimalism*, 37 San Diego L. Rev. 761 (2000). De los panelistas presentes, Michael Dorf comparte cierta simpatía por el escepticismo teórico del tipo del de Fish. Ver Michael C. Dorf, *The Good Society, Commerce, and the Rehnquist Court*, 69 Fordham L. Rev. 2161, 2162 (2001).

⁸ Comentarios a un Seminario en el *Institute for Advanced Judicial Studies, University of Mississippi* (1990).

⁹ Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* 14-15 (1997).

cedente de interpretaciones judiciales pasadas de la Constitución¹⁰; la intención (espíritu, función, sentido, valor) de la cláusula en cuestión¹¹; la intención de un grupo más amplio de cláusulas, consideradas en conjunto –incluida la intención general de la Constitución como un todo, si es que hay alguna¹²; la cuestión del “valor seguridad” de la justicia, consideradas todas las cosas¹³; y reglas interpretativas, como la presunción de constitucionalidad en ciertas áreas y la presunción de inconstitucionalidad en otras¹⁴.

El componente en el cual me centraré aquí es más fundamental que cualquiera de estas partes de una teoría global de la interpretación constitucional. Me refiero al significado de las palabras y de las oraciones que integran el texto de nuestra Constitución escrita. “Significado”, por supuesto, no puede significar aquí el resultado de una teoría de la interpretación, esto es, el significado dado a una disposición constitucional por la interpretación de un Juez¹⁵. En cambio, el significado al cual me refiero aquí es el significado que poseen las palabras desde el punto de vista de la semántica inglesa ordinaria. En lingüística, dichos significados son estudiados por la semántica léxica (para las palabras) y la semántica compositiva (para las oraciones).

A pesar de que las teorías semánticas pueden dividirse en función de un número indeterminado de dimensiones, la división relevante aquí es por la prioridad otorgada al sentido sobre la referencia en la determinación de la extensión de cualquier predicado. Las teorías semánticas tradicionales son teorías donde el sentido determina la referencia. Éstas son usualmente teorías que operan con listas de control. El significado de una palabra como “soltero” es una lista de propiedades, como no casado, hombre, persona. (Esta lista es el significado del *sentido* de la palabra “soltero”). Aplicar la palabra es controlar la lista, de modo que todo lo que posea tales propiedades esté dentro de la clase denotada por la palabra, y todo lo que carezca de tales propiedades se encuentre fuera de la clase. (Este tipo de “ítems-referidos-a” se denomina la *extensión* de tal predicado).

La semántica alternativa revierte esta prioridad. En lo que se denomina usualmente semántica “realista” (o “semántica K-P”, en alusión a sus dos progenitores en filosofía)¹⁶, la referencia de una palabra determina su sentido. El sentido de una palabra como “agua” no es una lista de propiedades o un conjunto de ejemplos paradigmáticos asignados a la palabra por el orador o por la comunidad de oradores; más bien, el sentido de la palabra está determinado por la mejor teoría de la naturaleza del tipo, agua. Dicha teoría es descubierta, no establecida, por algún orador o por una comunidad de oradores.

Los ejemplos constituyen una heurística mejor que las generalizaciones. Consideren éste de Leo Katz¹⁷. Mi mujer me indica que me encuentre con ese hombre que está allí, “el que tiene un traje de Brooks Brothers, una corbata de Yves St. Laurent, y zapatos Gucci”¹⁸. Como señala Katz, propiamente esta lista no debe ser entendida a la manera de la semántica tradicional¹⁹. Esto es, mi mujer pretende que me encuentre con

10 Ver Moore, *A Natural Law Theory*, supra nota 4, en 358-76.

11 Id. en 383-86.

12 Id.

13 Id. en 386-88.

14 Las reglas interpretativas como la presunción de inocencia en los casos penales funcionan esencialmente como “carga de la prueba” acerca del Derecho, no acerca de hechos.

15 Id. en 288.

16 Id. en 291-301.

17 Leo Katz, *Bad Acts and Guilty Minds: Conundrums of the Criminal Law* 85-87 (1987).

18 Id. en 85.

19 Id. en 85-87.

una persona, independientemente de que esté usando o no lo que ella piensa que usa. Las descripciones no deben tomarse entonces como determinantes en la referencia de la persona con la que me tengo que encontrar, sino que son simplemente heurística que me ayudarán a identificarla.

Consideren en segundo lugar un ejemplo legal. En 1978, la Corte Suprema de California dejó de lado el test McNaughten para la insania legal, y lo substituyó por el test del *American Law Institute*²⁰. Se propuso una iniciativa popular para que el Estado volviera al test McNaughten, y la iniciativa fue adoptada por el procedimiento de iniciativas de California²¹. Curiosamente, la iniciativa había recompensado al test McNaughten, transformando el test disyuntivo de McNaughten (usando el término “o”) en un test conjuntivo (usando el término “y”). En *People v. Skinner*²² la Corte fue llamada a construir este lenguaje. La Corte entendió que la referencia (al test McNaughten) tenía prioridad sobre la descripción del test utilizada en la iniciativa; dado que la naturaleza de la cosa descrita era disyuntiva, la Corte construyó el término “y” en la iniciativa de forma tal que significara “o”²³.

La aplicación de esta semántica realista al lenguaje que confiere derechos en la Constitución es con probabilidad lo suficientemente clara. Pero, para extenderse en lo obvio: en una semántica realista, cuando un juez construye la prohibición de “penas crueles e inusuales” de la Octava Enmienda, o la garantía de la Enmienda Catorce de “igual protección ante la ley”, tal juez entenderá que la referencia determina el sentido. Particularmente, tal juez verá en estas cláusulas una referencia a derechos naturales subyacentes, cuya naturaleza guiará su aplicación de las frases relevantes. Tendrá que desarrollar una teoría de dicha naturaleza, como lo hace respecto de la naturaleza de cosas como el agua y el test McNaughten (para los textos que se refieren a esas cosas). Esa teoría no debe confundirse con listas de propiedades o conjuntos de ejemplos paradigmáticos asignados a esas frases, en forma independiente de si tales listas o conjuntos nacen con los constructores del lenguaje, o con una audiencia original o contemporánea. Tal juez prestará atención a esos asuntos solamente como un problema de heurística, en el mejor de los casos. Su tarea esencial es comprender qué es la igualdad realmente, o qué hace a una pena realmente cruel e inusual.

Ahora estamos en condiciones de apreciar porqué el uso de la semántica realista puede reconciliar una extensa incursión en la teoría moral por parte de un juez, con sus obligaciones de fidelidad a la Constitución. Una extensa incursión en teoría moral es necesaria si un juez debe captar la naturaleza de los derechos naturales a los que se refieren la Declaración de Derechos y las Enmiendas de la Guerra Civil. Ciertamente, un juez no tiene forma de llegar a la naturaleza de tales derechos excepto por sus propias mejores teorías, despojado como está (en semántica realista) de cualquier orientación por parte de definiciones o ejemplos convencionales. En lo que se refiere a la fidelidad, esta incursión en teoría moral parecer ser demandada por el propio texto. Así como no nuestro auténtica fidelidad a las indicaciones de mi mujer si me encuentro con alguien que se ajusta a la descripción que me hizo, pero que no es la persona a la cual ella se refería; del mismo modo, no nuestro auténtica fidelidad al texto de la Constitución si lo construyo de acuerdo con las definiciones o con los ejemplos de los redactores, cuando aquellos se oponen a la verdadera naturaleza del derecho al cual esos

20 *People v. Drew*, 583 P. 2d. 1318, 1319 (Cal. 1978).

21 Cal. Const. art. I, 28 (West 1983) (adoptado por vía de la Propuesta de Iniciativa 8, aprobada el 8 de junio de 1982).

22 704 P. 2d. 752 (Cal. 1985).

23 Id. En 758-59.

mismos redactores se referían. Si la semántica realista es la explicación correcta de lo que significan estas frases constitucionales, la fidelidad a las mismas exige que los jueces le den prioridad a su propia teoría moral sobre las expectativas constitucionales de cualquier otro, incluidos los redactores.

II. EL ARGUMENTO DE LA INTENCIÓN SEMÁNTICA DE LOS REDACTORES

Un argumento frecuentemente propuesto a favor de la semántica realista deriva de las intenciones con que los típicos usuarios del lenguaje utilizan ciertas palabras. Hace unos años, clasifiqué tales intenciones en tres tipos: (1) el orador de una frase dada se propone realizar un acto lingüístico; (2) se refiere a algo con lo que dice; (3) se propone conseguir algo con el acto de decir aquello a lo cual se refiere²⁴. Cuando Alec Guinness en la película *Kind Hearts and Coronets* dice “Digo, el oporto está contigo”²⁵: (1) habló intencionalmente, (2) quiso decir que el oporto estaba enfrente de la persona a la cual le estaba hablando, (3) tenía la intención de que se le diera el oporto como consecuencia de su acto lingüístico.

En lo que concierne a nuestros propósitos actuales, la segunda de estas intenciones, que antes denominé “intenciones semánticas” de los usuarios del lenguaje, es la crucial²⁶. Es posible que uno tenga dos tipos muy diferentes de intenciones semánticas. Un orador puede usar una palabra o una frase, con la intención semántica de nombrar cualquier cosa o clase de cosas que reúna las propiedades o se ajuste a los ejemplos que el orador tiene en mente como definitorias del significado de la palabra que ha utilizado. Hace tiempo que he denominado a éstas “intenciones semánticas ricas”, porque tal orador tiene un rico conjunto de recursos en su mente a los cuales un intérprete puede acudir para descubrir a qué se refería²⁷. Alternativamente, un orador puede usar una palabra o una frase con la intención semántica de nombrar una cosa o un conjunto de cosas determinadas, con independencia de las propiedades definitorias o ejemplares que la cosa o el tipo de cosa pueda poseer. Como la mente de este orador está despojada de todo recurso con el cual definir o ejemplificar la cosa o clase a la cual se refiere, llamo a éstas “intenciones semánticas sobrias” (*sparse semantic intentions*).

Consideren devuelta a modo de ilustración el ejemplo de Leo Katz de la instrucción de la esposa de encontrarse con ese hombre, “el que lleva un traje de Brooks Brothers, una corbata de Yves St. Laurent, y zapatos Gucci”²⁹. Esta oradora, en propiedad, hablaría únicamente con intenciones semánticas sobrias: su intención sería referir-

24 Moore, *A Natural Law Theory*, supra nota 4, en 339.

25 *Kind Hearts and Coronets* (Ealing Studios 1949).

26 Moore, *A Natural Law Theory*, supra nota 4, en 339-44. La noción de intenciones semánticas, y su distinción de las intenciones ulteriores, parece haber prendido en la literatura sobre interpretación constitucional. Las ideas y el vocabulario fueron adoptadas sin reservas en los siguientes trabajos: Larry Alexander, *All or Nothing at All? The Intentions of Authorities and the Authority of Intentions*, en *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* 366-68 (Andrei Marmor ed., 1995); Gregory Bassham, supra nota 5, en 28-34; Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* 10 (1996) [de ahora en más Dworkin, *Freedom's Law*]; y Ronald Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, 65 *Fordham L. Rev.* 1249, 1255 (1997).

27 Moore, *A Natural Law Theory*, supra nota 4, en 340.

28 *Id.*

29 Ver supra nota 18 y el respectivo texto.

se a una persona particular, sin importar cómo dicha persona está vestida verdaderamente. Las propiedades descriptivas que menciona son meramente heurística que ofrece para ayudar a la audiencia a escoger a la persona deseada. Si este recurso heurístico resulta inadecuado, pretenderá que su oyente lo ignore al fijar la referencia demostrativa “ese hombre”. Uno *podría* imaginar a tal oradora diciendo lo que dijo con intenciones semánticas ricas. Si le indica a su marido que vaya a ver cómo se ve un hombre bien vestido, entonces las propiedades que menciona fijan quién es la persona a la que debe encontrar, esto es, cualquiera que estuviese vestido como ella lo describió. Pero, en general, sus intenciones semánticas son sobrias: uno debe encontrar una persona independientemente de si posee o no las propiedades que ha utilizado para señalarlo.

El argumento común en lingüística para el uso de la teoría realista del significado es que los oradores típicos sólo tienen intenciones semánticas sobrias en la mayoría de sus usos del lenguaje³⁰. Por ello, la mejor teoría del significado de los términos será una que esté en consonancia con estas intenciones semánticas más típicas.

Tal argumento fácilmente se transfiere al uso de intenciones semánticas realistas en contextos legales. Consideren un ejemplo del Derecho testamentario, dado por el caso de la “viuda no nacida” bajo la regla contra perpetuidades, en *Dickerson v. Union National Bank of Little Rock*³¹. Simplificando, el testamento en juego en *Dickerson* le dejó la propiedad a Martín de por vida, luego a la viuda de Martín de por vida, luego a los hijos que sobrevivieran tanto a Martín como a su viuda y que hubieran llegado a la edad de 25 años³². Lo que se discutía era el sentido de la frase “la viuda de Martín”³³. Si el testador usó esta frase con intenciones semánticas ricas, entonces cualquiera que poseyera las propiedades, estar-casada-con-Martín-cuando-muriera, era la persona indicada; si el testador escribió con intenciones semánticas sobrias, entonces se estaba refiriendo a María (que era la esposa de Martín cuando el testamento fue escrito) independientemente de si alguna vez llegase o no a ser la viuda de Martín.

Cada vez que el Derecho se preocupa verdaderamente por las intenciones semánticas del autor de un texto legal, y cada vez que uno puede descubrir que el autor realmente tenía intenciones semánticas sobrias, entonces tenemos razones suficientes para utilizar una semántica realista en la interpretación del texto legal en cuestión. A la luz de nuestras concepciones morales que acuerdan a los propietarios la libertad de testar, nos preocupa la clase de intenciones semánticas que los testadores realmente poseen cuando escriben sus testamentos. Si el testador en *Dickerson* quería referirse a María –utilizando la frase “la viuda de Martín” solamente para señalar un hecho saliente sobre su herencia, a saber, que tenía que sobrevivir a Martín para tomarla– entonces los tribunales tienen una muy buena razón para construir la frase de modo realista, esto es, para darle la propiedad a María aun si se hubiera divorciado de Martín y Martín se hubiera casado con otra persona antes de su muerte³⁴.

De modo semejante para las leyes, las iniciativas populares y los referendums, tenemos una buena razón para atender a las intenciones semánticas de las legislaturas y del voto público, respectivamente. Nuestras teorías de la democracia representativa y

30 Moore, *A Natural Law Theory*, supra nota 4, en 341.

31 595 S.W.2d. 677 (Ark. 1980).

32 Id. en 678.

33 Id. en 680.

34 En el caso real, el tribunal asumió que el testador utilizó la frase “la viuda de Martín” con intenciones semánticas ricas, y en consecuencia invalidó la donación en aplicación de la regla contra perpetuidades (porque Martín podría casarse con una mujer todavía no nacida al tiempo en que el testamento adquirió efecto y ella podría vivir más de veinticinco años luego de la muerte de Martín). Id.

directa justifican esta atención. Tales autores tienen una autoridad práctica sobre los tribunales, y por ello los tribunales tienen una buena razón para usar la semántica que concuerda con lo que esos autores pretendían decir. En la suposición lingüística general de que la mayoría de los oradores utilizan el lenguaje sólo con intenciones semánticas sobrias la mayor parte del tiempo, esto justifica el uso de la semántica realista en la construcción de leyes, iniciativas populares, y referéndums.

El argumento análogo para el uso de la semántica realista en la interpretación de la Constitución debería ser evidente³⁵. La parte normativa del argumento establece que los redactores poseen al menos la autoridad que poseen los legisladores contemporáneos sobre jueces contemporáneos. Esto es así por la naturaleza democrática de la sanción de la Constitución, o por el consentimiento de los gobernados aún doscientos años después. La parte histórica del argumento reside en la concepción de los derechos naturales de los redactores de la Carta de Derechos original y de las Enmiendas de la Guerra Civil³⁶. Los creyentes en derechos naturales como Hamilton y Madison se concebían a sí mismos como refiriéndose a entidades (derechos naturales) que poseían una naturaleza independiente de su propia concepción o de cualquier otra concepción acerca de los mismos. Cuando los creyentes en derechos naturales utilizaban frases tales como “nadie será sometido a penas crueles o inusuales”, o “nadie será privado de la igual protección de la ley”, sus intenciones semánticas consistían en referirse a derechos cuya naturaleza debía guiar el significado³⁷. Ellos no pensaban que su auditorio debía aplicar tales frases a cualquier cosa que se ajustara a las definiciones o ejemplos que ellos mismos o que cualquier otro tuviera en mente; más bien, tal auditorio debía descifrar la verdadera naturaleza de los derechos a un castigo justo y a la igualdad, y aplicar consecuentemente las cláusulas constitucionales que se refieren a tales derechos³⁸.

Este argumento de la intención semántica para el uso de una semántica realista en la interpretación constitucional es un argumento basado en la historia, frecuentemente confundido con otro argumento basado en la historia, el argumento centrado en la “intención interpretativa”. La “intención interpretativa” es la frase linda de Paul Brest para una intención muy sofisticada que puede tener un usuario del lenguaje, aunque la mayoría no la tenga³⁹. Una intención interpretativa es una intención de segundo grado acerca de cómo deben usarse las intenciones de primer grado en la interpretación de lo que uno ha dicho. Los legisladores, por ejemplo, podrían tener la intención de que los tomates se clasifiquen como frutas y no como vegetales, en leyes sobre aranceles de importación, y podrían tener la intención de segundo grado de que los tribunales construyan las palabras “fruta” y “vegetales” según su intención. Esta intención de segundo grado es una intención interpretativa.

En la teoría constitucional existe un debate histórico muy conocido, acerca de si los padres fundadores de nuestra Constitución realmente tenían alguna intención sobre

35 Aduje este argumento en 1988 en el encuentro anual de política pública de la *Federalist Society*, en un panel presidido por Nino Scalia. El argumento fue dirigido a los originalistas, que se resistían a identificarse con sus pretendidos originales, Madison y Hamilton. Ver Moore, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, supra nota 4; Moore, *The Written Constitution*, supra nota 4.

36 Para una discusión de la filosofía moral de Madison y Hamilton y su dependencia de la filosofía del derecho Natural de John Locke, ver Morton White, *Philosophy, The Federalist, and the Constitution* 27-29 (1987).

37 Moore, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, supra nota 4, en 130-35.

38 Ver Id.

39 PAUL BREST, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U.L. Rev.204.212 (1980).

cómo debían utilizarse sus intenciones en la interpretación del documento⁴⁰. Es importante notar que el argumento de la intención semántica no resulta afectado por el resultado de este debate histórico. Los padres fundadores pueden o no haber tenido intenciones interpretativas; sin embargo, ciertamente tenían intenciones semánticas. Todo usuario del lenguaje que pretende hacer algo más que meramente ruido, quiere significar algo con lo que dice. Nuestros padres fundadores no son la excepción; por lo cual, la única pregunta es si tenían intenciones semánticas sobrias o ricas. Dadas sus creencias en los derechos naturales, la evidencia histórica posiblemente sugiera que tenían intenciones semánticas sobrias para nombrar a tales derechos, y esto podría fácilmente ser cierto aún si no pensaron de ningún modo en cómo los tribunales utilizarían sus intenciones en la interpretación de su lenguaje.

El problema para el argumento de la intención semántica no radica, por tanto, en su historia. Hay un problema real, sin embargo, en sus presupuestos normativos⁴¹. A pesar de nuestra mitología oficial, hay muy poca verdad en la ficción de que nuestra Constitución se legitima por el “consentimiento de los gobernados”. Los representantes de 1787-1791 y 1868 no fueron elegidos, en ningún sentido, por ninguna persona que esté viva hoy y, por tanto, en ningún sentido su consentimiento cuenta como si fuera nuestro consentimiento. Más aún, a diferencia de lo que ocurre con la legislación ordinaria, no podemos revocar la obra de la generación fundacional por el proceso legislativo ordinario, de forma que nuestra pasividad en esta revocación difícilmente pueda ser tomada como consentimiento (implícito) a la autoridad de los padres fundadores. Tampoco pueden tomarse como consentimiento a las palabras que los fundadores dijeron en nuestro nombre cuando escribieron el texto constitucional ninguna aceptación de los beneficios, la ausencia de revolución, la falta de emigración, etc.

El resultado es que no hay ninguna buena razón para que nuestros jueces concedan hoy autoridad a los padres fundadores de 1787, 1791, o 1868. No hay, por tanto, ninguna buena razón para preocuparse acerca de si los padres fundadores tenían intenciones semánticas sobrias o ricas, ni puede uno asentar una semántica realista en el hecho histórico de que los padres fundadores en general escribieron únicamente con intenciones semánticas sobrias.

A los jueces contemporáneos les produce repulsa el cuestionamiento de nuestro texto constitucional, y por tanto rara vez siquiera se hacen la pregunta acerca de si el texto es autoritativo para ellos como jueces, en función de la autoridad de los padres fundadores del texto. Prefieren enunciados como el que frecuentemente cita Henry Monaghan:

«El status autoritativo de la constitución escrita es un asunto legítimo para el debate de teóricos políticos interesados en la naturaleza de la obligación política. Ese status es, sin embargo, un primer principio incuestionable para teorizar acerca del Derecho Constitucional Americano ... Pues la demostración ulterior de los propósitos de la intención *legal*, de la calidad obligatoria del texto constitucional, es en sí misma imposible e innecesaria⁴².

Los jueces no pueden, de hecho, asumir esta clase de despreocupación acerca de la autoridad que la Constitución tiene para ellos como jueces, por dos motivos. Primero, tanto la racionalidad y la moralidad exigen que la deferencia a la autoridad esté siem-

40 Comparar H. JEFFERSON POWELL, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 Harv. L. Rev. 885 (1985), con RAOUL BERGER, “*Original Intention*” in *Historical Perspective*, 54 Geo. Wash. L. Rev. 296 (1986) y H. JEFFERSON POWELL, *The Modern Misunderstanding of Original Intent*, 54 U.Ch.L.Rev.1513 (1987).

41 Noté esto en mi exposición anterior de este argumento. Ver MOORE, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, *supra* nota 4, en 138.

42 HENRY P. MONAGHAN, *Our Perfect Constitution*, 56 N.Y.U.L.Rev. 353, 383-84 (1981).

pre justificada. Si uno va a reemplazar el propio juicio por el de algún texto, más vale que uno tenga una buena razón para hacer esto, que prima *facie* es irracional e inmoral. Segundo, los jueces no pueden responder a la pregunta que todos conceden que deben responder —la pregunta acerca de cómo deben interpretar la Constitución— a menos que sepan porqué se están sometiendo al texto. No pueden responder la pregunta por el “¿cómo?” sin responder primero “¿porqué?”, y esto es tan cierto para las constituciones como para los sueños, las novelas, las órdenes militares, las promesas, los favores a los amigos o cualquier otra cosa que puedan estar tentados de interpretar.

Si los jueces se hacen esta pregunta sobre la autoridad —o si nosotros, los teóricos, la formulamos en su lugar— bien puede suceder que ellos o nosotros encontremos buenas razones que justifican la autoridad del texto constitucional. Aun así, como se mencionó antes, tales buenas razones que muestran la autoridad del texto *no* residirán en la autoridad de aquellos que redactaron el texto. El texto constitucional no posee autoridad porque aquellos que lo escribieron tenían autoridad, y en esto, los textos constitucionales difieren de los testamentos, los encargos conyugales, las iniciativas populares y las leyes. En consecuencia, uno no puede apoyarse en las intenciones semánticas (sobrias) de los redactores para enraizar la semántica realista en la interpretación constitucional, aun concediendo que uno puede apoyarse en tales intenciones de autor para fundamentar la semántica realista en esos otros contextos. Debe encontrarse algún argumento nuevo si pretende justificarse la semántica realista en el contexto constitucional.

III. EL ARGUMENTO PARA EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD FUNDADO EN LOS DERECHOS

Para encontrar un argumento para la teoría iusnaturalista de la interpretación en contextos constitucionales que no resida en las intenciones semánticas de los redactores, necesitamos mirar hacia donde se funda el argumento de las intenciones semánticas, esto es, la teoría de la autoridad del texto constitucional en sí mismo. Si la autoridad del texto constitucional no se basa en la autoridad de sus redactores, ¿dónde reside? Quizá, si podemos responder a esta pregunta fundacional, podemos dar algún sustento al uso de la teoría iusnaturalista de la interpretación en contextos constitucionales.

Este uso de una teoría de la autoridad de un texto para apoyar una teoría para interpretar dicho texto es un modo típico de justificar métodos de interpretación para cualquier cosa. Las actividades interpretativas son por definición una danza de parejas⁴³. Primero, la potencial intérprete debe justificar porqué un texto dado tiene autoridad para ella. Tal teoría de la autoridad de un texto debe responder a la cuestión de porqué un intérprete está justificado cuando responde ciertas cuestiones normativas por referencia al significado de ese texto. La interpretación como una actividad es siempre de algún modo paradójica cuando suspende el juicio por deferencia a algún texto, y una teoría de la autoridad debe justificar tal deferencia. En segundo lugar, el potencial intérprete necesita justificar ciertos modos de interpretar aquellos textos que su teoría de la autoridad muestra como dignos de ser interpretados. Tal teoría de la interpretación debe tener auténtico peso en la primera —algún contenido que restrinja el juicio—; de otro modo, la supuesta deferencia a la autoridad de un texto es completamente ilusoria⁴⁴.

43 Para una descripción de la naturaleza genérica de la interpretación, ver Moore, *Interpreting Interpretation*, supra nota 4.

44 Para un análisis de la objeción de que la interpretación de la constitución norteamericana se reduce a la revisión no-interpretivista, ver Moore, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, supra nota 4.

Esta explicación genérica de la interpretación de cualquier cosa se aplica con toda su fuerza a la interpretación constitucional⁴⁵. Una explicación de la interpretación constitucional incluirá, por tanto: primero, una explicación de lo que le brinda a una constitución escrita su status de autoridad para los jueces en ese sistema legal; y segundo, una explicación de cómo ese texto es interpretado de la mejor forma por los jueces. La primera de estas cuestiones se reduce a la cuestión familiar de cómo el control judicial de constitucionalidad se justifica en una democracia. Después de todo, decir que un texto *constitucional* tiene autoridad para los jueces es tanto como decir que éstos están justificados en usarlo como la norma suprema del territorio, esto es, la norma que prevalece cuando entra en conflicto con el Derecho ordinario. Este uso es el de la “revisión judicial”.

La paradoja general sobre la autoridad —la que cuestiona la racionalidad o la moralidad de diferir el juicio a un texto— aumenta en los textos constitucionales. Para tales textos, a los jueces no solamente se les pide que suspendan sus propios mejores juicios, sino más, que suspendan los juicios de legislaturas democráticamente elegidas que son contemporáneas suyos, en favor de algún texto creado por alguna generación pasada. Normalmente, la paradoja sobre la autoridad en este contexto constitucional es denominada la “dificultad contramayoritaria” sobre el control judicial de constitucionalidad⁴⁶. Es una pregunta genuina en tales sistemas constitucionales: ¿porqué los jueces deberían contemplar a las constituciones como otorgándoles la autoridad extraordinaria de hablar por el pasado en contra del presente?

Existen algunas respuestas trilladas que obviaré aquí. Una es abusar de la noción de democracia de modo que en algún sentido más rico, no procedimental, de “democracia”, uno puede decir que el control judicial de constitucionalidad es democrático⁴⁷. Otra es lamentarse de las imperfecciones de la representatividad democrática de la mayoría de las legislaturas modernas, o encomiar la elección democrática de los jueces⁴⁸. Eludo éstas pues son simples evasiones. Las obstinadas verdades son que la regla de la mayoría —el sentido estricto, procedimental, de “democracia”— es algo bueno y que las legislaturas modernas tienden a realizar este bien más plenamente que los tribunales modernos. De ahí que sea real la cuestión acerca de qué puede decirse para justificar esta laguna de la democracia.

En esta sección me centraré en una respuesta particular a esta cuestión, que llamaré la justificación basada en derechos del control judicial de constitucionalidad. En síntesis: la autoridad que los jueces conceden a la constitución escrita (de modo que la usan para revertir la legislación ordinaria), se justifica por la probabilidad de que tales jueces resguarden mejor que las legislaturas los derechos naturales.

A pesar de la distinción conceptual entre las teorías de la autoridad y de la interpretación, debería ser obvio que sus contenidos se influyen mutuamente⁴⁹. Como vimos, si uno creyera que los redactores americanos estaban inspirados por Dios o en algún otro sentido eran extraordinariamente sabios, y si uno pensara que la Constitución de los Estados Unidos tiene autoridad para los jueces estadounidenses como una expresión

45 Ver Id.

46 Ver Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* 23-28 (2d ed. 1986).

47 Ver, por ej., Dworkin, *Freedom's Law*, supra nota 26, en 31; Samuel Freeman, *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, 9 Law & Phil. 327 (1990).

48 Ver John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* 67 (1980).

49 Ver Larry Simon, *The Authority of the Constitution and Its Meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation*, 58 S. Cal. L. Rev. 603, 606-607 (1985); ver también Larry G. Simon, *The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified?*, 73 Cal. L. Rev. 1482, 1486-89 (1985).

de la sabiduría de sus redactores, entonces *prima facie* el método interpretativo correcto sería uno que tendiera a descifrar las intenciones originales de aquellos redactores⁵⁰.

Alternativamente, si uno adoptara una concepción de la autoridad de la constitución de los Estados Unidos basada en el consentimiento histórico, entonces, *prima facie*, el método interpretativo correcto sería uno que aspirara a la comprensión original de aquellos que consintieron (redactando o ratificando) al texto; una teoría ligada al consentimiento contemporáneo, contrariamente, *prima facie* precisa un modo de interpretar el texto, referido al consenso contemporáneo profundo.

La influencia general de una teoría de la autoridad sobre una teoría de la interpretación permanece si la conclusión es la escéptica –que el texto no tiene más autoridad que aquella trampa creada por los juramentos judiciales a la misma. Tal escepticismo sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad genera teorías interpretativas extremadamente restrictivas, como las de Robert Bork⁵¹ o John Hart Ely⁵². Cuando se considera que un texto tiene poca o ninguna autoridad, no es extraño que se lo deje mayormente a un lado con teorías de la interpretación tan restrictivas como éstas.

Una teoría de la autoridad de una constitución basada en derechos debería influir de un modo semejante sobre su método de interpretación. En efecto, mi motivación para examinar esta cuestión familiar radica en la habilidad de una respuesta basada en derechos para respaldar la teoría iusnaturalista de la interpretación esbozada más arriba.

El argumento basado en derechos (para que los jueces contemplen la constitución como autoridad para ellos en su rol de jueces) es un argumento consecuencialista. El argumento no procede de alguna promesa, juramento, consentimiento, obligación de gratitud, deber de juego limpio, obligación de reciprocidad, etc., generalmente utilizado en filosofía política para fundamentar las obligaciones legales. Más bien, el argumento para la autoridad de la Constitución se construye sobre las buenas consecuencias que se piensa que surgen de la Constitución cuando tiene dicha autoridad. Específicamente, tales buenas consecuencias son la protección reforzada de los derechos naturales, causada por jueces que ejercen el poder de revisión judicial.

No se pretende por tanto que el argumento produzca (o sea capaz de producir) lo que H.L.A. Hart y Joseph Raz denominaron razones para jueces “independientes del contenido”⁵³. En cambio, el argumento depende crucialmente de constituciones que tienen un cierto contenido antes de que se les deba asegurar la autoridad para jueces que llamamos el poder de revisión judicial. Más específicamente, una constitución necesitaría incluir una carta de derechos (y una cuyas cláusulas se refieren a una lista relativamente completa de derechos humanos básicos) antes de que uno deba otorgar autoridad a dicha constitución sobre estas bases.

Hay dos modos de esgrimir este argumento consecuencialista dependiente del contenido. Llamaré a uno la versión restringida; al otro, la versión universalista. La versión restringida del argumento es muy típica. Los proponentes de esta versión se sumergen en la historia legal americana para hacer una observación empírica: el control judi-

50 Digo “*prima facie*” deliberadamente por que se puede argüir, en última instancia, que las justificaciones epistémicas de autoridad no suponen teorías intencionalistas de la interpretación. Ver Heidi M. Hurd, *Interpreting Authorities, in Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* 405 (Andrei Marmor ed., 1995).

51 Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 Ind. L.J. 1 (1971).

52 Ely, supra nota 48.

53 H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* 254 (1982); Joseph Raz, *The Morality of Freedom* 35-37 (1986).

cial de constitucionalidad en América, particularmente como lo ejerció la Corte Suprema de Estados Unidos, fue en su conjunto bueno, ya que los derechos naturales fueron protegidos⁵⁴. La observación se basa en hitos jurisprudenciales como *Brown v. Board of Education*⁵⁵, *Gideon v. Wainwright*⁵⁶, *Baker v. Carr*⁵⁷, *Griswold v. Connecticut*⁵⁸, y *Roe v. Wade*⁵⁹—decisiones que protegieron los derechos a la igualdad, a la libertad, y a un proceso justo.

Llamo a ésta la versión restringida del argumento por su dependencia de las peculiaridades de la experiencia americana con el control judicial de constitucionalidad. Aun si la observación empírica está bien justificada, el argumento sin más no puede justificar la autoridad de constituciones y cartas de derechos en otros países que no comparten las peculiaridades de los Estados Unidos de América. El hecho de que la imposición judicial de la Carta de Derechos americana había protegido los derechos humanos básicos en su conjunto, tuvo poca relevancia en el debate sobre la Carta 88 en el Reino Unido⁶⁰. Debería ser igualmente poco relevante en el actual debate de Australia concerniente a la adopción de una carta explícita de derechos, judicialmente imponible⁶¹.

Para que el argumento tenga interés fuera de Estados Unidos, necesita ser generalizado. Necesitamos dejar a un lado las peculiaridades que puedan tornar única a la experiencia americana del control judicial de constitucionalidad. Hacemos esto cuando podemos encontrar caracteres más universales que explican porqué deberíamos, en general, esperar una mayor protección para los derechos naturales de tribunales que aplican una constitución escrita con una carta de derechos, que la que podemos esperar de legislaturas, con o sin tal constitución frente suyo.

Por ello, me centraré en lo que denomino la versión universalista del argumento. La idea básica de la versión universalista del argumento es hacer una triple comparación entre derechos, tribunales, y legislaturas. Más exactamente, la comparación es entre ciertas características generales que plausiblemente podemos suponer que poseen los derechos naturales, y ciertas características distintivas de los tribunales frente a las características distintivas de las legislaturas. La cuestión que pretendemos resolver es si tenemos alguna razón para esperar que, en términos generales, los tribunales protejan los derechos naturales mejor que las legislaturas, si se les concede a unos en lugar de a los otros la última palabra acerca de lo que son esos derechos o de cuándo han sido violados.

Hay un conjunto de presupuestos que debemos aceptar a fin de establecer dicha triple comparación. (Tales presupuestos sin duda traen aparejada la universalidad del argumento, pero el objetivo es hacerlos lo más incontrovertibles posible para permitir que el poder de convicción del argumento sea lo más amplio posible). Para comenzar,

54 Ver, por ej., Thomas C. Grey, *The Constitution as Scripture*, 37 Stan. L. Rev. 1, 4-5 (1984).

55 347 U.S. 483 (1954).

56 372 U.S. 335 (1963).

57 369 U.S. 186 (1962).

58 381 U.S. 479 (1965).

59 410 U.S. 113 (1973).

60 Sobre las propuestas de la Carta 88 (*Charter 88*), ver Anthony Lewis, Editorial, *En Home Abroad: Rumblings of Change*, N.Y. Times, Oct. 27, 1995, en A31. Ver también Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain* 14 (1990).

61 Para un uso relativamente reciente del control judicial de constitucionalidad para proteger derechos fundamentales en Australia, aun bajo una constitución que carece de una carta de Derechos, ver Leslie Zines, *Judicial Activism and the Rule of Law in Australia*, en *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism* 391 (Tom Campbell & Jeffrey Goldsworthy eds., 2000); George Williams, *Judicial Activism and Judicial Review in the High Court of Australia*, en *Judicial Power*, supra, en 413.

debemos asumir que existen tales cosas como los derechos humanos. Hay algunos *ítems* incluidos en este presupuesto. Primero, asumo que las entidades morales y cualidades existen en forma independiente de que cualquiera o cualquier grupo crea que existen⁶². Este es el presupuesto de la meta-ética filosófica realista, en oposición a la meta-ética escéptica o relativista. Segundo, deberíamos asumir que entre las entidades morales o cualidades que existen, se encuentran esas entidades morales distintivas que llamamos derechos⁶³. Mientras que también pueden existir tratos, disposiciones, deberes, cualidades supererogatorias virtuosas, etc., la propia ontología incluye estas entidades distintivas que denominamos derechos. Tercero, tales derechos son naturales en el sentido de que son pre-legales e incluso pre-convencionales. Las leyes o las convenciones sociales pueden referirse a tales derechos, pero éstos existen independientemente de tales leyes o convenciones⁶⁴. Cuarto, tales derechos son naturales en el sentido más profundo de que las personas los poseen simplemente por el hecho de ser personas. Esto se designa usualmente llamando a tales derechos “fundamentales” o “humanos”, en oposición a los derechos que uno tiene por lo que ha hecho (“derechos merecidos”)⁶⁵.

Un presupuesto que no se asume aquí es sobre el *contenido* de tales derechos. Jeremy Waldron ha insistido, contra el argumento basado en derechos para el control judicial de constitucionalidad, que establecer qué derechos tiene la gente será controvertido⁶⁶. Por ello, el argumento basado en derechos tendrá un atractivo limitado⁶⁷. La observación de Waldron es aceptable contra la versión restringida del argumento, pues uno tiene que tomar posición acerca del contenido de los derechos naturales para establecer qué tan bien los ha protegido la Corte Suprema de Estados Unidos. El objetivo de la versión universalista, sin embargo, es eludir la objeción de Waldron. La pregunta que hago es ésta: ¿cualquiera que sea el contenido de los derechos naturales, pueden los tribunales protegerlos mejor que las legislaturas?

Un segundo conjunto de presupuestos tiene que ver con la comparación de la capacidad de las instituciones para proteger derechos. Utilizamos alguna conceptualización de lo que un tribunal y una legislatura son, a fin de comenzar con dicha comparación. Por tribunal me refiero a una institución: (1) separada en su función de aplicar la ley de otra institución llamada legislatura, que tiene la función de hacer la ley; (2) limitada en su función de aplicar la ley únicamente a disputas particulares, y carente del control sobre cuáles de estos “casos y controversias” se le presentan y cuándo; (3) inmerso en la tradición de las “virtudes judiciales” —ecuanimidad en el proceso; prohibición de parcialidad, prejuicio, prejuzgamiento, etc.; (4) impermeable a las presiones políticas, tanto en la selección de los jueces como en las garantías laborales que se les reconocen; y (5) obligada tanto a escuchar los argumentos contrarios de las partes que

62 Sobre meta-ética moral realista (morally realist meta-ethics), ver Michael S. Moore, *Good Without God, in Natural Law, Liberalism, and Morality: Contemporary Essays* 221 (Robert P. George ed., 1996); Michael S. Moore, *Moral Reality*, 1982 Wis. L. Rev. 1061; Michael S. Moore, *Moral Reality Revisited*, 90 Mich. L. Rev. 2424 (1992).

63 Una moral basada en derechos diferirá considerablemente de una moral basada en virtudes e incluso de una moral basada en deberes. Como una vez dijo Locke, la idea misma de un derecho ondula con la libertad de un modo en que aquellas otras nociones no lo hacen, porque los derechos incluyen la elección de sus titulares acerca de su ejercicio. Ver John Locke, *The Second Treatise of Government* 94-96 (Peter Laslett ed., 1960).

64 La existencia de derechos naturales explica que las cartas de derechos se puedan referir a los mismos sin crearlos en el acto mismo de referencia.

65 Joel Feinberg, *Social Philosophy* 85 (1973).

66 Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, 13 Oxford J. of Legal Stud. 18, 32 (1993).

67 Ver id. en 19-20.

se presentan ante ella, como a dar razones de sus propias decisiones. La figura contrastante de una legislatura es la de un cuerpo: (1) encargado de tomar decisiones sociales trascendentes en la forma de leyes; (2) libre de debatir en su proceso de sanción leyes sobre cualquier asunto que precise de la atención social, pero sin capacidad para resolver disputas particulares; (3) inmersa en la tradición de la representación, que significa que cada miembro hace mejor su trabajo representando a los votantes que lo eligieron; (4) responsable frente a la presión política por medio de la disciplina de elecciones frecuentes, de modo que la selección y las garantías laborales de cada miembro dependen enteramente de su éxito político (5) hábil en el arte de la negociación necesaria para permitir que la ley emerja de facciones conflictivas.

Estos presupuestos institucionales detallan muchas ideas familiares en nuestro ideal de Estado de Derecho, la separación de poderes, y la democracia representativa. Sin duda restringen el argumento a las democracias de tipo occidental, pero con la creciente hegemonía de esta forma de gobierno, los presupuestos son cada vez menos restringidos. No se asumen características del personal que ocupa las instituciones descritas. En particular, no se asume que los jueces se extraen de clases sociales o educativas distintas a las de los legisladores, ni que los jueces poseen más sabiduría, bondad o caridad que los legisladores. Es cierto que en la defensa del control judicial de constitucionalidad no es inusual encontrar presunciones más bien heroicas sobre los jueces. No deberíamos imaginar el famoso retrato del juez Oliver Wendell Holmes –en toga, con una capa blanca– cuando pensamos en jueces, incluidos los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos. Preferiblemente, como dijo Thomas Grey, hacemos mejor en imaginarlos como miembros de una comisión de utilidad pública, más bien sorprendidos por la buena suerte de haber sido elevados a un alto cargo judicial⁶⁸.

Con estas presunciones acerca de los derechos, los tribunales, y las legislaturas, estamos preparados para comenzar nuestra comparación. El siguiente cuadro sintetiza las seis razones por las cuales puede pensarse que los tribunales protegen mejor que las legislaturas democráticas los derechos naturales.

Tribunales	Legislaturas
1. Los derechos son relativos a los agentes (<i>agent-relatives</i>) (categórico).	1. Las legislaturas representan a todos los ciudadanos.
2. Los derechos triunfan sobre la utilidad.	2. Las legislaturas tienden al utilitarismo por su: a) anhelo de encontrar un baremo común; b) naturaleza mayoritaria; c) naturaleza representativa.
3. El razonamiento basado en derechos es una “moralidad de principios”, i.e., es: a) general; b) respetuoso de la igualdad.	3. El razonamiento legislativo es normalmente un asunto de compromiso político <i>ad hoc</i> .
4. Los derechos son el producto de la deliberación razonada.	4. El razonamiento legislativo es representativo del razonamiento de otros.

68 Ver Grey, *supra* nota 54, en 24-25.

	Tribunales	Legislaturas
5. Los derechos pueden en última instancia ser protegidos sólo si los ciudadanos se persuaden de que así debería ser.	5. Los tribunales pueden persuadir sobre los derechos pues: a) Tratan con historias personales dramáticas acerca del interés humano; b) son los guardianes de nuestra "religión cívica".	5. Las legislaturas no cuentan historias ni tienen mitos.
6. Nadie debería ser juez en su propia causa, incluidos aquellos que tienen deberes correlativos a los derechos.	6. La cualidad no representativa de los jueces es una ventaja en este punto.	6. Las legislaturas y la mayoría de los ciudadanos que representan juzgarían sus propios deberes frente a los titulares de derechos minoritarios.

CARACTERÍSTICAS DE LAS INSTITUCIONES

Me ocuparé de estos seis atributos del *seriatim* de los derechos naturales.

A) LA NATURALEZA RELATIVA AL SUJETO DE LAS NORMAS DE DERECHOS NATURALES

Las concepciones de los derechos naturales son parte de la tradición ética que considera a las normas morales como categóricas. Normalmente se dice que una norma categórica es aquella que impone a los actores deberes de hacer o de no hacer ciertas acciones, independientemente de las consecuencias de tales acciones. Cada uno de nosotros tiene un derecho a no ser matado, y el deber correlativo de los otros a no matar se aplica aun cuando matarnos salvase muchas vidas.

Esta caracterización de la naturaleza categórica de algunas obligaciones morales necesita ser precisada, pues deja abierta la siguiente posibilidad. En 1985, cuatro diplomáticos soviéticos fueron capturados por terroristas de Medio Oriente, que luego presentaron ciertos reclamos al gobierno de la antigua Unión Soviética.⁶⁹ Para hacer creíbles sus reclamos, los terroristas mataron a uno de los diplomáticos. La KGB, incapaz de llegar a los propios terroristas, pero sabiendo quiénes eran, encontró y mató al hermano de uno de ellos, haciendo saber que harían lo mismo con otros parientes de los terroristas si los tres diplomáticos restantes no eran liberados⁷⁰. Dada la verosimilitud de la amenaza de la KGB, los terroristas liberaron los tres diplomáticos restantes, y nunca más se volvió a raptar a un agente soviético⁷¹.

Con lo que se ha dicho hasta ahora, la KGB podría haber alegado que protegió los derechos naturales. Es cierto que violó el derecho de un inocente árabe, el hermano, pero haciéndolo previno la violación de los derechos de tres diplomáticos soviéticos y probablemente de muchos otros ciudadanos soviéticos en el futuro. La KGB entonces podría haber sostenido con razón que minimizó la violación de derechos naturales. Siendo el derecho de cada persona a no ser matado igual, entonces protegió los derechos naturales hasta la máxima extensión en esta situación.

Sin embargo, nadie de la comunidad protectora de derechos humanos nominó a la KGB para un premio por esta actuación. La KGB probablemente en efecto minimi-

⁶⁹ Ver Ihsan A. Hijazi, Beirut Captors Free 3 Russians After a Month, N.Y. Times, Oct. 31, 1985, en A1.

⁷⁰ Ver Charles Chi Halevi, A Hard, United Line on the Mideast, Chi. Trib., Aug. 22, 1989, en 17.

⁷¹ Ver id.; Hijazi, supra nota 69.

zó las violaciones de derechos humanos por medio de la matanza del árabe inocente, sin embargo la naturaleza categórica de tales derechos exigía lo opuesto. El derecho categórico del árabe inocente a no ser asesinado era categórico en el sentido de que el deber de no matarlo existía, aun cuando su asesinato pudiera haber minimizado otros asesinatos. Este derecho, aunque no más importante que los derechos de otros, no puede sin embargo ser negociado en una especie de suma social de derechos. A menudo, esto es denominado la “naturaleza relativa al sujeto” de los derechos naturales, porque cada sujeto trata sus deberes como si se aplicaran a él individualmente; no puede violar su deber ahora con el objeto de prevenir aún más violaciones de ese mismo tipo de deber por otros⁷². La moralidad nos obliga a cada uno de nosotros a ordenar nuestra propia casa moral, y en ese sentido es relativa a cada sujeto⁷³.

Esta focalización necesaria de una ética de derechos naturales sobre el individuo –tanto sobre el titular del derecho como sobre el titular del correlativo deber– hace de los tribunales un lugar más apropiado para su protección, porque lo que hacen los tribunales es decidir casos particulares que conciernen a personas particulares. Si los tribunales se tiantan en crear o imponer políticas sociales deseables, pueden hacerlo únicamente mediante la imposición de los costos de tales políticas sobre los litigantes de carne y hueso que están frente a ellos. Si es tentador sacrificar los derechos de unos individuos inocentes para proteger los derechos de otros, un tribunal debe mirar a los ojos de esa persona inocente mientras sacrifica sus derechos.

Las legislaturas, contrariamente, no se enfrentan a este castigo. En efecto, es natural pensar que el rol legislativo sobre los derechos es necesariamente consecuencialista. No habiendo ninguna persona particular cuyos derechos estén en juego frente a una legislatura, es natural contemplar los derechos de todas las personas como fungibles, en el sentido de que algunos pueden sacrificarse en orden a minimizar el total de las violaciones.

Esta visión consecuencialista de los derechos no hace más que un flaco servicio al carácter relativo al sujeto de los derechos naturales. Se puede decir lo que la empresa americana, Jiffy Lube, le dijo a sus clientes en un aviso reciente: “arreglamos miles de automóviles cada día, pero el más importante es el suyo”. Tales proposiciones implican un reconocimiento de que, a pesar de que cada individuo es único y especial, una protección efectiva de los derechos es, en general (como el *service* efectivo de los automóviles), inconsistente con la clase de atención especial al individuo que exige la naturaleza categórica de los derechos naturales.

B) LA NATURALEZA TRIUNFAL SOBRE EL BIENESTAR SOCIAL DE LOS DERECHOS NATURALES

Aparte de la naturaleza categórica o relativa al sujeto de los derechos se encuentra la característica aquí examinada, esto es, la oposición de tales derechos a otros bienes intrínsecos como el bienestar. La naturaleza categórica de los derechos naturales tiene que ver con la cuestión de si un sujeto debería sumar derechos en alguna función maximizadora. Esa cuestión excluye cualquier negociación con otros bienes que no sean los derechos. Aquí la cuestión es diferente, porque sí se incluyen tales negociaciones.

72 Acerca de la naturaleza relativa al sujeto de las obligaciones correlativas a derechos humanos básicos, ver Michael S. Moore, *Torture and the Balance of Evils*, 23 Israel L. Rev. 280 (1989), reimpresso en Moore, *Placing Blame*, supra nota 3, en 669 [de ahora en más Moore, *Torture and the Balance*].

73 Ver id.

Podemos comprender la cuestión de este modo. Una vez se le preguntó a un economista conocido en qué parte de su sistema (sobre la disposición eficiente de los recursos) existía un lugar para los derechos. “¿Derechos?”, dijo. “Reconozco los derechos. Los derechos son importantes en mi sistema precisamente hasta el grado en que la gente los prefiera”⁷⁴. Para los filósofos esto es una broma, porque un segundo atributo esencial de los derechos naturales es que no sean confundidos con una preferencia por un derecho por su titular putativo, sin importar cuán fuerte sea tal preferencia. Que los derechos no sean violados es en sí mismo un bien intrínseco, no un mero instrumento de satisfacción de preferencias⁷⁵. La satisfacción de preferencias también puede ser un bien intrínseco, pero eso no aminora de ningún modo la exigencia distintiva de la teoría de los derechos naturales (sobre el respeto de los derechos como otro bien intrínseco).

Más aún, la satisfacción de los derechos naturales no solamente es un bien intrínseco junto a la satisfacción de preferencias, sino que además es un bien intrínseco más importante. Esto significa que cuando la satisfacción de los derechos naturales colisiona con la satisfacción de preferencias, ganan los derechos⁷⁶. Uno no puede maximizar la utilidad a expensas de los derechos. En un ejemplo muy usado en ética, si el único modo de satisfacer las extremadamente fuertes preferencias de no morir por diversas fallas en sus órganos de cinco personas, es extrayendo los órganos de una víctima perfectamente sana, no se puede violar el derecho de ésta para maximizar el bienestar de los primeros⁷⁷. En cuanto “preferencia”, podrá ser uno contra cinco, pero el gran peso dado a los derechos “triumfa” sobre la maximización de la preferencia.

Los utilitaristas se definen por su teoría de que hay sólo un bien intrínseco, el bienestar en algún sentido (ya sea el placer hedonístico, la felicidad, la satisfacción de preferencias, o algún sustituto material para estos estados psicológicos). La teoría de los derechos naturales es por tanto necesariamente antiutilitarista, por dos razones: uno, la preservación de los derechos naturales es presentada en la teoría de los derechos naturales como un bien intrínseco; dos, cuando los dos bienes entran en conflicto, la utilidad pierde. De modo que no es accidental que los utilitaristas como Bentham proclamaran que la idea de los derechos naturales no sólo careciera de sentido, como la idea de los derechos en general, sino que además fuera “el sin sentido en zancos”⁷⁸.

Las legislaturas democráticas no solamente tienden al consecuencialismo, como vimos, sino que además tienden a esa clase de consecuencialismo conocido como utilitarismo⁷⁹. Hay muchas razones para esto. Una emerge del carácter de la institución, como una de compromiso político. Es útil contar con una métrica común para el acomodamiento de puntos de vista conflictivos, necesario para la legislación. El utilitarismo provee tal métrica común, en el sentido de que sólo existe una sola cosa intrínsecamente

74 Guido Calabresi, *Oliver Wendell Holmes Lecture*, en Harvard Law School (Marzo 1977).

75 Para un estudio de la distinción bienes intrínsecos/bienes instrumentales, y su contraste con la distinción categórico/consecuencialista ver Michael S. Moore, *Justifying Retributivism*, 27 *Israel L. Rev.* 15 (1993), reimpresso en Moore, *Placing Blame*, supra nota 3, en 153.

76 En la conocida terminología de Dworkin, los derechos son una carta de triunfo sobre la utilidad. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* xi (1977). Ver, e.g., Katz, supra nota 17, en 35.

77 Ver, e.g., Katz, supra nota 17, en 35.

78 Jeremy Bentham, *Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declaration of Rights Issued During the French Revolution, in ‘Nonsense Upon Stilts’*: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man 46, 53 (Jeremy Waldron ed., 1987).

79 Un consecuencialista cree que una acción es correcta si produce más bien intrínseco que su alternativa; un utilitarista es un consecuencialista con una teoría monística acerca de lo que es intrínsecamente bueno, a saber, el bienestar.

buena para un utilitarista -el bienestar. Esto no solamente elude comparaciones entre manzanas y naranjas en el compromiso político, sino que además reduce los desacuerdos a asuntos fácticos, no de valor o principio. Es más fácil arribar al compromiso si la parte contraria se ve a sí misma como disputando cuestiones fácticas y no de principio.

Segundo, se da un fácil deslizamiento desde el mayoritarismo hacia el utilitarismo. El mayoritarismo es inherente a una legislatura democrática; el derecho de la mayoría a gobernar es la *ratio* de la institución. Es fácil moverse de esta idea al pensamiento de que la mayoría en sí misma se satisface cuando se satisfacen las preferencias de la mayoría. El utilitarismo, en una palabra, parece democrático. Maximiza las preferencias de todos, contando a cada uno como uno y sólo como uno, en la frase famosa de Bentham⁸⁰.

Este modo de llegar al utilitarismo es, por supuesto, falaz. El derecho de la mayoría a gobernar incluye el derecho a equivocarse en las propias reglas; la moralidad no es necesariamente congruente con la preferencia mayoritaria. La razón de ser de la regla de la mayoría no es que la mayoría no pueda equivocarse. El utilitarismo no es por tanto un corolario de la teoría política democrática. Aun así, aquí nos interesan las tendencias causales, no las implicancias lógicas. Lo que importa es el hecho empírico de que los defensores del mayoritarismo tienden –equivocados o no– a ser utilitaristas.

Tercero, la visión que tienden a tener individualmente los legisladores democráticos acerca del rol que define su función, los lleva a actuar colectivamente como utilitaristas. La visión a la que me refiero es la visión según la cual el trabajo de un legislador elegido democráticamente consiste en representar las visiones de sus electores. En lugar de actuar de acuerdo a su propio juicio en relación con la legislación propuesta, según esta visión hace mejor su trabajo si representa las opiniones de sus electores en los asuntos discutidos. Cuando cada legislador actúa en esta forma representativa, el resultado tiende a acomodarse al resultado que se justifica desde bases utilitarias. Las preferencias más intensas tienden a recibir expresiones más intensas por parte de los votantes, y las expresiones más intensas de los votantes tienden a generar una representación más intensa por parte de los legisladores; la legislación emergente de este proceso normalmente se acomodará a lo que “más prefiere la mayoría”, esto es, al utilitarismo.

Tal utilitarismo en una legislatura es incompatible con la protección de los derechos naturales. Contrariamente, los tribunales no son representativos en su funcionamiento. Los tribunales están intencionalmente aislados de la política con el objeto de no representar a la voluntad de la mayoría. Más aún, el mayoritarismo no radica en el corazón de los tribunales, como lo hace en una legislatura democrática; de ahí que no estén tentados a deslizarse desde el mayoritarismo hacia el utilitarismo. Finalmente, los tribunales no son oficinas de negociación y por tanto tienen menor necesidad del tipo de métrica común que ofrecen las teorías monísticas como el utilitarismo. Contrariamente, los tribunales están acostumbrados a formas de razonar no-utilitaristas que involucran conflictos de normas similares. El modo cotidiano de razonar de los tribunales radica en la aplicación de normas legales; el movimiento hacia un razonamiento similar sobre normas morales es pequeño.

C) LOS DERECHOS NATURALES SON UN ASUNTO DE PRINCIPIOS GENERALES

Los derechos naturales son generales por naturaleza, en dos sentidos. Primero, se aplican a las personas de modo general. Todos tenemos tales derechos humanos básicos

80 Bentham, *supra* nota 78, en 29-30, 37-38.

simplemente por ser personas. No tenemos que hacer nada para merecerlos, y por tanto hay una igualdad en su distribución que sobrevive a las obvias desigualdades que existen entre personas con respecto a sus esfuerzos, sus habilidades naturales, o sus ventajas sociales. Es en este sentido que los filósofos de los derechos naturales son de semblante igualitario.

Segundo, el contenido de los derechos naturales —aquellos a lo que tenemos derecho— es un asunto general por principio. Si tengo un derecho a expresarme libremente, y si el ejercicio de ese derecho solamente tiene sentido moral cuando tengo una audiencia frente a la cual me expreso, entonces mi derecho a expresarme libremente incluye mi derecho a juntarme (“asociarme”) con otra gente⁸¹. Del mismo modo, mi derecho a expresarme libremente debe incluir mi derecho a escribir libremente y a difundir mis escritos entre otros, ya que no hay diferencia moral entre la comunicación oral y la comunicación escrita.

Los tribunales están organizados como instituciones para realizar estos dos bienes de la igualdad y la generalidad. Si la justicia, como nos dice Rawls, es la “primer virtud de las instituciones sociales”, la justicia formal es la primer virtud de las instituciones judiciales, esto es, de los tribunales⁸². La justicia formal es ciega en el sentido de que la distinción numérica entre personas es irrelevante para los resultados legales. Las virtudes judiciales incluyen la prohibición del prejuicio contra partes particulares.

La justicia formal exige más que el hecho de que la distinción numérica entre personas sea ignorada por los tribunales. También implica que los casos que son semejantes en *todos* los aspectos relevantes —no solamente en la identidad de las partes— sean tratados de modo semejante. Este ideal fuerza a los tribunales a generalizar, de forma que no toda diferencia permita hacer una diferencia en el modo de tratar a los litigantes.

El juez Holmes célebremente contó la historia de un juez de paz de Vermont, a quien conocía⁸³. El juez de paz tenía que decidir un caso donde el querellado había roto dolosamente la mantequera del querellante. El buen juez buscó en sus libros de casos y en sus recopilaciones legales, pero como no encontró ningún caso ni ley que tratara sobre mantequeras, sentenció a favor del querellado.

La pequeña historia de Holmes provoca risas entre los jueces, particularmente entre los jueces de las jurisdicciones del *Common Law*. Lo que causa gracia es la falla obvia en la generalización. El juez de paz yerra en una tarea de definición judicial, la generalización desde los casos de arados rotos (por ejemplo) hacia los casos de mantequeras. Los jueces comprenden que es tarea de los tribunales generalizar desde doctrinas particulares y decisiones sobre arados rotos a asuntos de principio general, como el que protege la *propiedad* (tanto de mantequeras como de arados) de la destrucción dolosa.

Esta tradición generalizadora de los tribunales, respetuosa de la igualdad, encaja bien con la igualdad en la titularidad de los derechos naturales y con la generalidad de su contenido. Contrariamente, los legisladores no se sienten inclinados a realizar la igualdad y los principios generales en sus decisiones. Esto se debe en parte a su ajustamiento a las realidades políticas: frente a visiones conflictivas cuando no se puede tener la “torta entera”, prefieren conseguir un pedazo de la torta, antes que nada. Por ello, aun cuando un legislador piense que todas las mujeres deberían tener un derecho incondi-

81 Este es el ejemplo del Juez Douglas en *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 483 (1965).

82 John Rawls, *A Theory of Justice* 3 (1971).

83 OLIVER WENDELL HOLMES, Jr., *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 474-75 (1897).

cional al aborto, puede presionar por un derecho más circunscrito, uno que excluya a las mujeres jóvenes sin el consentimiento de sus padres, a las mujeres en los últimos estadios del embarazo, o a las mujeres en falta por no haber usado anticonceptivos⁸⁴. Alternativamente, parte de esta tendencia se debe a la visión que tienen los legisladores de su tarea como representantes. Esta visión representativa de la tarea puede hacer aparecer como correcto, no meramente como necesario, el tomar sólo una parte de la torta. Tal legislador puede pensar que es apropiado reflejar las divisiones de la sociedad acerca de los derechos que tenemos, con protecciones legales parciales a tales derechos. Desde este punto de vista, por ejemplo, una legislación que se enfrenta al disenso en el tema del aborto podría limitar el derecho de la mujer a los casos de violación e incesto, aun cuando tenga una visión más amplia de su derecho natural.

En cualquier caso, ya sea por razones de compromiso inevitable o por principios de representación, los legisladores no poseen las tradiciones de la igualdad y de la generalidad que son el sello de los tribunales.

D) LOS DERECHOS SON EL PRODUCTO DE LA DELIBERACIÓN RAZONADA

La Declaración Americana de la Independencia establece que la posesión de los derechos naturales es “autoevidente”⁸⁵. A pesar de esta aparente fe en la intuición y en la revelación, la tradición de los derechos naturales se asienta sobre la razón. Los derechos naturales son una idea de la Ilustración según la cual el conocimiento de tales derechos se vincula al conocimiento de las matemáticas⁸⁶. Esto está en abierta confrontación con la tradición del derecho natural más antigua, que se asentaba en gran parte en la fe y en la revelación.

La “autoevidencia” de la cual habla la Declaración era un tributo de Jefferson a la epistemología fundacionalista de Locke⁸⁷. En esta epistemología, uno comienza con premisas indubitables (“autoevidentes”), como la premisa de Locke de que cada uno es dueño de su propio cuerpo⁸⁸. Desde estas premisas uno luego deducía conclusiones más lejanas, como un derecho natural a la propiedad de cosas materiales. El proceso entero es de una ajustada justificación razonada.

Esta justificación razonada de los derechos es más apropiada de los tribunales que de las legislaturas. Los tribunales se dedican profesionalmente a justificar sus decisiones⁸⁹, generalmente con opiniones en la etapa de apelación. Las partes que disputan en los tribunales están acostumbradas, de modo semejante, al proceso de justificar una decisión en su favor por medio del uso de una argumentación razonada. Más aún, las virtudes judiciales incluyen atributos conducentes a tal justificación razonada sobre derechos. Se espera que los jueces permanezcan alejados de la contienda, libres de prejuicios tanto sobre los asuntos discutidos, como sobre una inclinación real en contra de una o más partes. Los jueces deben guardar una “mente abierta” sobre los asuntos bajo su decisión para que el argumento razonado pueda llevarse a cabo.

84 En algún punto hasta los legisladores se incomodan con lo que Dworkin denomina soluciones de compromiso, (como los abortos para cada recurrente en tercera instancia).). RONALD DWORKIN, *Law's Empire* 179 (1986).

85 Declaración de la Independencia para. 2 (U.S. 1776).

86 Sobre la epistemología moral de Locke, Ver White, *supra* nota 36, en 20-22.

87 Ver Locke, *supra* nota 63, en 283, 305

88 Ver *Id.*

89 Ver Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* 14-15 (1978).

Sin embargo, esperamos algo distinto de los legisladores. El compromiso apasionado con un punto de vista es del todo consistente con la tarea de un legislador. Más aún, los legisladores no justifican sus votos sobre derechos o sobre cualquier otra cosa. Si el trabajo de uno consiste en representar las visiones de los propios votantes, aquella justificación independiente de las propias conclusiones sobre los derechos parecería fuera de lugar. En esta concepción representativa de la tarea de un legislador, la búsqueda de la verdad sobre cada asunto no es su tarea. De ahí que el trabajo aceptado por muchos legisladores es menos compatible con la justificación razonada que se necesita para proteger los derechos naturales.

Por supuesto, los legisladores pueden intentar reproducir lo que entienden que son las justificaciones ofrecidas por sus votantes para sus opiniones. Aun así, esta regurgitación de las opiniones de otros es un ejercicio de sociología hecho en tercera persona, no un intento comprometido en primera persona de tratar de comprender algún asunto moral. Esta sociología de las opiniones de otros, normalmente genera discursos huecos acerca de los dogmas de los otros; al dejar de lado las emociones y los compromisos (omisión que es típica de la mera sociología), tales ejercicios prescinden de nuestra mejor heurística para descubrir verdades morales⁹⁰.

E) LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SUPONE EN ÚLTIMA INSTANCIA UNA CIUDADANA CONVENCIDA

A pesar de que en América se confíe a los tribunales la protección de los derechos de las minorías contra la mayoría, a la larga los derechos de las minorías únicamente pueden ser protegidos cuando la mayoría se convence de que existen tales derechos. Por lo demás, una mayoría determinada puede elegir legislaturas y funcionarios ejecutivos que nombran y confirman jueces que comparten la visión de la mayoría acerca de los derechos de las minorías. En una sociedad democrática, donde los nombramientos judiciales descansan en última instancia en los representantes de la gente, los tribunales no pueden ser más que una valla temporaria contra la opresión mayoritaria. (Aunque, como discutiré en la próxima sección, los tribunales son una valla necesaria aunque temporaria).

Cualquier institución encargada de la protección de los derechos puede por tanto hacer su trabajo mejor, si goza de ciertas capacidades educativas. Los tribunales tienen una ventaja sobre las legislaturas en este punto. No es accidental que los textos estándar sobre filosofía del derecho y teoría política en América incluyan opiniones de los tribunales entre sus lecturas. No incluyen informes de comités legislativos o conclusiones legislativas.

Parte de esto se debe al hecho antes mencionado, de que los tribunales están avocados a la tarea del razonamiento justificado. Las opiniones de los tribunales son por tanto una pieza de argumentación filosófica en la mayoría de los materiales educativos estándar⁹¹. Además, se debe en parte al hecho de que las opiniones de los tribunales versan sobre hechos concretos, personas reales que son tratadas de un modo determinado. Nuestra imaginación y nuestras emociones son asidas por el caso particular. Los casos particulares de injusticia manifiesta nos mueven más que lo que puedan decir verdades generales. Nuestra capacidad de aprender y de crecer moralmente depende fuertemente de tales experiencias emocionales. Los casos reales ligan nuestras experiencias indivi-

90 Ver Moore, *A Natural Law Theory*, supra nota 4, en 392-93, 396.

91 Esto es probablemente más cierto en América que en países con una judicatura más restringida.

duales, y ligan esas experiencias ajenas presentadas por la gran literatura, como los mensajeros de la reflexión moral. Los tribunales tienen por tanto una gran ventaja en su capacidad educativa porque sus opiniones cuentan historias reales.

Un aspecto más contingente de los tribunales americanos también acentúa su capacidad educativa. Se trata de la mística que normalmente se atribuye a la función judicial. Las togas, las pelucas, el banco elevado, la decoración del tribunal, las manifestaciones de poder inmediato (en la forma de funcionarios del juzgado con pistolas), el poder real de perdonar, todo ello monta un buen espectáculo del mago de Oz para los ciudadanos. Esto ha sido particularmente cierto en América, que adoptó el Estado de Derecho como su religión cívica: “en América la ley es reina”, nos dijo Tom Paine⁹², y lo hemos creído desde entonces.

Las legislaturas, contrariamente, no cuentan historias ni esgrimen mitos. Se parecen a lo que son, lugares donde se debe llegar a un compromiso político negociado. Por ello captan menos que los tribunales la imaginación popular, y tienen a la larga, como resultado, menos capacidad para educar a la ciudadanía sobre los derechos morales de la gente.

F) NADIE DEBERÍA SER UN JUEZ EN SU PROPIA CAUSA

Lord Coke nos enseñó en el caso *Bonham*⁹³ que el primer precepto de la ley natural es que nadie debería ser un juez en su propia causa⁹⁴. La razón es lo suficientemente obvia: no importa cuánto uno lo intente, el propio interés puede nublar el juicio –y todos saben esto, de forma que aun cuando el juicio sea verdaderamente imparcial, no parecerá imparcial.

Estas observaciones generales se aplican con todo su peso al asunto de qué derechos naturales tenemos y de cómo deberían ser protegidos. Nuestros derechos importan más cuando somos la minoría en un asunto. Si somos parte de una mayoría, los procesos democráticos en una legislatura eventualmente nos deberían permitir prevalecer; por lo tanto, es cuando nuestra posición disiente con la mayoría que nuestros derechos devienen importantes. Son nuestro refugio contra la opresión de la mayoría.

El último lugar donde situar la determinación de qué derechos tenemos sería en la misma mayoría contra la cual alegamos esos derechos⁹⁵. Tal mayoría sería verdaderamente un juez en su propia causa, porque es la mayoría que tiene deberes correlativos a nuestros derechos. Un derecho de la minoría contra la mayoría, cuando la mayoría es quien define el contenido y el modo de imponer tal derecho, no es ningún derecho. Cuando más importante es tal “derecho”, menos efectivo es.

Aquí, la naturaleza representativa de la legislatura se vuelve en contra suyo como depositaria de la protección de los derechos. En una sociedad democrática la legislatura representa la mayoría, y cuanto más democrática es una sociedad más claramente es esto cierto. Los representantes de la mayoría no deberían determinar los deberes de la mayoría de cara a los derechos de alguna minoría, del mismo modo que tampoco la mayoría misma debería hacerlo.

92 Grey, supra nota 54, en 18 (citando a Thomas Paine, *Common Sense and Other Political Writings* 32 (N. Adkins ed., 1953) (énfasis omitido).

93 77 Eng. Rep. 638 (C.P. 1610).

94 Id. en 652.

95 Ver Ely, supra nota 48, en 76-77.

Se necesita alguna institución no representativa como los tribunales. En virtud de su selección apolítica y de su estabilidad laboral, los jueces están mejor situados para no representar la visión de la mayoría acerca de los derechos de la minoría. Por supuesto, es cierto que los jueces pueden abusar de este poder, pues cualquiera que tenga la última palabra sobre los derechos puede utilizar ese poder incorrectamente. La cuestión relevante, de todas formas, es qué institución es más probable que abuse en la última definición de los derechos –los tribunales o las legislaturas. Dado su aislamiento contra las presiones mayoritarias, al menos en el corto plazo, los tribunales están mejor situados para la tarea.

Esto completa lo que he denominado la versión universalista del argumento basado en derechos para el control judicial de constitucionalidad. El argumento aspira a demostrar que los tribunales tienen una ventaja agregada si la tarea de proteger los derechos se les asigna a ellos, en lugar de a las legislaturas. Si se demuestra, esta conclusión es un argumento a favor de que los tribunales traten una constitución escrita con una carta de derechos como la “ley suprema de la tierra”, esto es, con la autoridad para revertir legislación inconsistente con ella.

El argumento difícilmente sea conclusivo. Aquellos que valoran mucho la democracia participativa, como Waldron, todavía pueden responder que la imposición judicial de derechos constitucionales nos cuesta algo que deberíamos valorar más, a saber, el derecho a determinar mayoritariamente qué derechos hay⁹⁶. Debemos por tanto balancear esta pérdida de la determinación democrática de asuntos fundacionales, con la ganancia en la protección de derechos que promete el control judicial de constitucionalidad. Para lo que importa, encuentro el balance fácil. Morgan Foster dijo una vez que dos votos para la democracia son suficientes, y tres están fuera de lugar⁹⁷. Los derechos humanos básicos, sin embargo, merecen tres votos vigorosos, y cualquier arreglo institucional que respalde su protección debería generar nuestro respeto.

IV. EL ARGUMENTO BASADO EN DERECHOS PARA LA TEORÍA IUSNATURALISTA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Resta esquematizar la conexión entre la teoría sobre la autoridad de los jueces en nuestra constitución basada en derechos, y la teoría realista acerca de la interpretación de este documento. La conexión es casi tan directa como la orden de apuntar a algo si quieres acertarle.

Entiendo la conexión de este modo. Si, al menos la autoridad de las cláusulas que confieren derechos en nuestra Constitución se asienta en la mayor protección que incrementalmente brindan a los derechos naturales, entonces los jueces deben utilizar la teoría de la interpretación que maximice tales derechos. Dejando a salvo la advertencia precautoria que se indica más abajo, la teoría realista de la interpretación lo hace. Tal teoría impule a nuestros jueces a que contemplen todo el lenguaje de los derechos constitucionales como refiriéndose a derechos naturales subyacentes –derechos que (en el lenguaje de William Douglas adoptado por el ex Presidente del Senado Joseph Biden) son más anti-

⁹⁶ Waldron ahora llama a éste el “derecho de los derechos”. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* 232-54 (1999).

⁹⁷ E.M. Forster, *Two Cheers for Democracy* 70 (1951).

guos que nuestra Constitución. Desde esta perspectiva, los jueces deben identificar los derechos legales nombrados en nuestra Constitución con derechos naturales pre-existentes.

Con una identificación tal, la tarea de encontrar el significado de algún derecho constitucional es la tarea de descubrir la naturaleza del derecho moral subyacente. Este es un proceso empapado de teoría, pues únicamente con una teoría acerca del derecho natural a expresar los propios pensamientos, por ejemplo, puede uno arribar a alguna conclusión acerca de la naturaleza o de los contornos de tal derecho. Tal naturaleza no puede ser derivada de concepciones contemporáneas u “originales” acerca de la misma, sino que es independiente de éstas.

La teoría realista de la interpretación ordena a los jueces, de esta forma, que protejan los derechos naturales contemplándolos también como derechos constitucionales. Éste es el modo aparentemente obvio de maximizar la protección derechos naturales por medio de una teoría de la interpretación constitucional. La única advertencia para esto se da si uno contempla la teoría realista de la interpretación como un procedimiento de decisión para jueces, y como una descripción de lo que torna correctas a las decisiones constitucionales. Un procedimiento de decisión es una receta de cómo debe uno decidir algo⁹⁸. El contraste se da con las características que determinan la corrección de una buena decisión. Tomen por ejemplo las vacaciones. Dónde debería uno ir para unas buenas vacaciones es un asunto de las características que determinan la corrección de una buena decisión. Cómo debería uno decidir a dónde ir es una cuestión diferente, tan diferente como la ruta que uno debería tomar. Uno podría decidir mejor si aplicara las características de corrección de una buena decisión, pero podría no hacerlo. Mi buen amigo Herb Morris me dice que él siempre hace lo mejor tomando una ruta simple (ir siempre al norte de Italia).

Como procedimiento de decisión, puede ocurrir que la utilización por parte de los jueces de la teoría realista de la interpretación no maximice la protección de los derechos naturales. Es posible que la psicología de los jueces sea tal que ellos harían mejor en concentrarse en algo distinto, como el “consenso sobre la marcha” de Alexander Bickel⁹⁹, o en la “más angosta tradición social” de Antonin Scalia¹⁰⁰. A veces, tales estrategias de decisión indirectas son seguramente mejores. Cuando se lanza una flecha en medio de un fuerte vendaval, el mejor modo de acertar al blanco es no apuntando al mismo¹⁰¹.

La cuestión es si existe alguna razón para pensar que las decisiones de los jueces sobre derechos naturales serían mejores si se tomaran *so* pretexto de decidir alguna otra cosa. Una probable razón sea la disconformidad que se suele pensar que la gente siente al enfrentarse directamente a decisiones de justicia. El Código Penal Modelo, por ejemplo, se aparta de los “tests” de justicia para la causa inmediata; la insania, y otros elementos de responsabilidad penal difíciles de definir, sobre la base de que los miem-

98 Acerca de la distinción entre normas como ayudas interpretativas y normas como características que configuran los derechos, ver MOORE, *Three concepts of Rules*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 771 (1991), *reimpreso en* MOORE, *Educating Oneself in Public*, *supra* nota 4, en 108.

99 Cfr. BICKEL, *supra*, nota 46.

100 Cfr., *e.g.*, Bd. Of Educ. V. Grumet, 512 U.S. 687, 732-49 (1994) (Scalia, J., en disidencia).

101 Algunos ejemplos legales: si aquellos que se encuentran en situaciones extremadamente peligrosas para la vida normalmente favorecen su propia supervivencia sobre la del resto, una regla que prohíba absolutamente matar a otros puede maximizar mejor muertes verdaderamente justificadas, que otra regla que autorice a los actores a hacer un “balance de daños”; del mismo modo, si los interrogadores gubernamentales normalmente subestiman los derechos de los sospechosos de terrorismo frente a los derechos de las futuras víctimas, una regla que prohíba la tortura puede maximizar mejor la tortura justificada que una regla que permita a los actores hacer un “balance de daños”. Cfr. MOORE, *Tortura y balance*, *supra*, nota 72, en 733.

bros del jurado pueden sentirse tan incómodos con la responsabilidad por la toma de decisiones con estos criterios morales, que lo hacen peor que si se les dieran elementos de prueba que se sabe que son incompletos o inexactos¹⁰². Lo que se piensa es que concentrándose en “hechos” como “la pérdida substancial de capacidad para controlar el propio comportamiento” o la “previsibilidad del daño”¹⁰³, el sentido moral intuitivo de los miembros del jurado cumplirá mejor su rol que si se concentran directamente en asuntos morales, como si alguien está demasiado loco como para que se lo considere culpable justamente, o si un efecto es demasiado remoto como para imputárselo con justicia al agente.

Por mi parte, dudo de la psicología que justifica estrategias indirectas de toma de decisión moral. Como dijo Edmond Cahn años atrás, criticando la huída de Leonard Hand desde la ética hacia la sociología, los jueces hacen mejor si se enfrentan directamente a las responsabilidades de decisión¹⁰⁴. Sólo entonces los jueces “sesionan [consigo mismo] y están preparados para responder [por las consecuencias]”¹⁰⁵. Sólo entonces los jueces hacen uso de sus plenas facultades, incluidas sus emociones, para responder a cuestiones de justicia y derechos naturales.

En cualquier caso, mi interés en la teoría realista de la interpretación nunca fue primordialmente un interés en procedimientos de decisión judicial. Más bien, la teoría realista fue propuesta como una respuesta a la pregunta “¿qué hace correcta a una interpretación constitucional?”, no necesariamente a la cuestión secundaria de cuál es el mejor modo de que los jueces lleguen a esas respuestas correctas¹⁰⁶. Una interpretación constitucional es correcta en la teoría realista cuando considera a los derechos constitucionales como derechos naturales. Así, la protección de los derechos naturales por parte del poder judicial está directamente implicada en la justificación basada en derechos, acerca de porqué los tribunales deberían embarcarse en la interpretación constitucional.

102 Cfr. American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries § 2.03, cmt. 3. nt. 16 (1985); Abraham S. Goldstein, *The Insanity Defense* 81-82 (1967).

103 Sobre la completa vacuidad de los tests de previsibilidad, cfr. Moore, *Foreseeing Harm Opaquely*, en *Action and Value in Criminal Law* (STEPHEN SHUTE et al. eds., 1993), reimpresso en MOORE, M., *Placing Blame*, supra nota 3, en 363.

104 CAHN, E., *Authority and Responsibility*, 51 *Colum. L. Rev.* 838, 851 (1951).

105 *Id.*

106 Cfr. Moore, *A Natural Law Theory*, supra nota 4, en 396 n. 218.