

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Universidad Carlos III de Madrid



PAPELES DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

**“Sobre algunas concepciones de la jurisprudencia en la
cultura jurídica norteamericana”**

Oscar Pérez de la Fuente

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Interpretación constitucional, originalismo, principios, jurisprudencia pragmática, Dworkin.

Sobre algunas concepciones de la jurisprudencia en la cultura jurídica norteamericana¹

Oscar Pérez de la Fuente
Universidad Carlos III de Madrid²

1.- Introducción

El objetivo de estas líneas será exponer, de forma muy sintética, algunas concepciones sobre la jurisprudencia en la cultura jurídica norteamericana. Esto se vincula también a la noción de Constitución como fuente de Derecho, analizando el papel que deben tener de los jueces en la interpretación del Derecho. Estas concepciones son el *originalismo*, que defiende una comprensión original de la Constitución, el *Derecho como integridad*, que sostiene una lectura moral basada en principios de la Constitución, y el *pragmatismo jurídico*, que afirma una adjudicación instrumental orientada al resultado y basada en directrices políticas. La tesis de fondo del enfoque propuesto es que, pese a la cercanía con el formalismo en la concepción dominante de la jurisprudencia en la cultura jurídica de los países del *Civil Law*, estas concepciones de la jurisprudencia que se analizan presentan una gama de problemas relevantes para aproximarse al fenómeno jurídico, en especial, para la interpretación de los casos constitucionales controvertidos³.

2.- El enfoque del *originalismo*. La jurisprudencia entre los límites de la comprensión original de la Constitución

Existe una concepción del papel de los jueces en un Estado constitucional que sostiene que la jurisprudencia debe basarse en una comprensión original del texto constitucional y, por extensión, de los textos legislativos. Esta teoría recibe el nombre de *originalismo*, *intencionalismo*, *interpretativismo*, o *textualismo*. En el contexto norteamericano es defendida por autores como Bork o Scalia. Esta perspectiva parte de situarse en el

¹ Agradezco los comentarios y sugerencias de Rafael de Asís, Javier Ansuátegui, María del Carmen Barranco y Oscar Celador. Comunicación presentada a la III Jornada Científica del I Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid: “*Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho: Interculturalidad y fuentes del Derecho: concepciones de las fuentes del Derecho en las diferentes civilizaciones jurídicas*”. Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007. Y en el marco del proyecto de investigación “Historia de los Derechos Fundamentales”, S.XX, cuya referencia es DER2008-03941.

² Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. E-mail:oscar.perez@uc3m.es

³ Un interesante estudio sobre esta cuestión Vid. DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Cuadernos Bartolome de Las Casas, núm. 3, Dykinson, 1997.

dilema *madisoniano* donde existe la tensión entre el autogobierno democrático, en el que gobiernan las mayorías, y la libertad individual donde se sitúan los derechos de las minorías. El dilema surge, como apunta Bork, porque no se le puede confiar ni a la mayoría, ni a la minoría la definición de las esferas adecuadas de la autoridad democrática y de la libertad individual.⁴ Esta es la función de la Constitución. La clave de esta posición es que los jueces deben “aplicar la Constitución de acuerdo con los principios pretendidos por aquellos que ratificaron el documento.”⁵ Es una determinada interpretación de la teoría de los frenos y contrapesos, del papel de las mayorías y minorías, tras la que subyace la noción de precompromiso implícita en la Constitución. Esta visión originalista busca la fidelidad al texto constitucional, como la adecuada tarea de la jurisprudencia. Esta perspectiva, en la dilatada historia constitucional norteamericana, ha recibido algunas críticas por su conservadurismo, indeterminación o formalismo.

2.- a) No se trata de intención subjetiva, sino de comprensión objetivada del texto

Una visión ingenua sobre el *originalismo* lo sitúa con una posición que defiende la interpretación del texto según las intenciones subjetivas de quienes lo ratificaron. Sin embargo, tanto Bork como Scalia se separan de esta visión. El Derecho es un acto público que se expresa en palabras, que deben ser comprendidas según su significado ordinario. Las intenciones o reservas secretas no cuentan para nada.⁶ Como afirma Scalia, no se busca la intención subjetiva legislativa, se busca un tipo de intención objetivada –la intención que una persona razonable podría deducir del texto de la ley, situada al lado del resto de *corpus juris*-.⁷

El Derecho, según esta perspectiva, es una cuestión de interpretación pero de disposiciones constitucionales o legislativas, no es un juicio de intenciones sobre los legisladores. En este sentido, Scalia afirma que “es la esencia del famoso ideal americano expuesto en la constitución de Massachusetts: *Un gobierno de las leyes, no*

⁴ BORK, Robert H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, Simon & Schuster, New York, p. 139.

⁵ BORK, Robert H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit, p. 143.

⁶ BORK, Robert H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit, p. 144.

⁷ SCALIA, Antonin, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, en SCALIA, Antonin (ed.), *A matter of interpretation*, Princeton University Press, 1997, p. (3-48) 17.

de los hombres. Los hombres pueden tener las intenciones que quieran, pero es sólo por las leyes que ellos promulgan que nos obligan a nosotros.”⁸

2.- b) *Es la comprensión original, no es la comprensión actual. ¿Está viva la Constitución?*

“*We the People*”, así empieza el texto constitucional vigente más antiguo del mundo que data del siglo XVIII. ¿Puede un texto jurídico de hace cuatro siglos, aunque haya sido enmendado en alguna ocasión, dar respuestas adecuadas a los problemas actuales de los ciudadanos norteamericanos? El *originalismo* sostiene obviamente que sí, pero añade, además, que debe seguirse la comprensión original de la Constitución. Esto no supone, según Bork, una Constitución rígida o una jurisprudencia mecánica. De hecho, controla el proceso de crecimiento de la doctrina constitucional en formas que preservan la integridad y relevancia del documento.⁹

La Gran División en las perspectivas de la interpretación constitucional, explica Scalia, no es entre la intención de los Fundadores y el significado objetivo, sino más bien entre el significado *original* (ya sea derivada de la intención de los Fundadores o no) y el significado *actual*. La creciente escuela de interpretación constitucional afirma la existencia de lo que es denominado una Constitución viva –*the living Constitution*–, un cuerpo de derecho que (no como las leyes normales) crece y cambia de época a época, en orden a encontrar las necesidades de una sociedad cambiante.¹⁰

La cuestión de si el significado de un texto jurídico permanece, evoluciona o cambia con el tiempo puede abordarse desde varias perspectivas. Una es la que Sunstein denomina *originalismo en sentido fuerte*, que se correspondería con hacer algo así como ir atrás con una máquina del tiempo y preguntar a los Fundadores cuestiones muy específicas sobre cómo debemos resolver problemas particulares¹¹. En cambio, al *originalismo en sentido débil*, explica Sunstein -que considera un valioso proyecto- le importa mucho lo que la historia muestra; pero el originalista en sentido débil tomará la

⁸ SCALIA, Antonin, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, op. cit., p.17.

⁹ BORK, Robert H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit., p. 167.

¹⁰ SCALIA, Antonin, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, op. cit., p. 38.

¹¹ SUNSTEIN, Cass, “Five Theses on originalism”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 19, 1995-1996, p. (311-315) 312.

comprensión de los Fundadores a un cierto nivel de abstracción y generalidad.¹² Con esta clasificación, Sunstein, atribuye a Bork sostener el *originalismo en sentido fuerte*, aunque este último explícitamente niega identificarse con esta posición.¹³ Sin embargo, alude a la división de esferas de los Fundadores donde ámbitos enteros de problemas se situarían fuera de los límites de los jueces preservando la democracia en aquellas áreas que estaba previsto el gobierno democrático.¹⁴ Este precisamente es el principal defecto teórico del no originalismo, según Scalia, el principio que legitima la revisión judicial de constitucionalidad. Y se pregunta “¿Si la Constitución no era ese tipo de “Derecho” sino una invitación novedosa a aplicar los actuales valores sociales, qué razón existiría para creer que esa invitación estaba dirigida a los tribunales más que a las legislaturas?”¹⁵

2.- c) *Los jueces no son legisladores, ni deben resolver según sus preferencias morales particulares, ni basarse en la filosofía moral*

La filosofía del *originalismo* se basa en un fuerte compromiso con la separación de poderes donde la política es el ámbito de las legislaturas y el derecho es el ámbito de los jueces. La jurisprudencia debe implementar las decisiones políticas tomadas por los ratificantes de la Constitución y los legisladores actuales, pero no debe elegir resultados políticos.¹⁶ Desde esta perspectiva, Bork sostiene que los jueces deben evitar ser legisladores, evitar hacer valer sus propias predilecciones morales y deben asegurar que la Constitución es Derecho.¹⁷

El *originalismo* sería una versión del formalismo, que se opondría el realismo jurídico y al pragmatismo jurídico, pero también a la versión del *derecho como integridad* que representa Dworkin. En este sentido, Bork sostiene que lo que es importante sobre los no originalistas no es que añadan la filosofía política, sino que la filosofía política desplaza las fuentes tradicionales como el texto y la historia y que se presenta para ellos como no importante.¹⁸ De una forma más irónica, Scalia, que se refiere a los que

¹² SUNSTEIN, Cass, “Five Theses on originalism”, op. cit, p. 313.

¹³ BORK, Robert, “Original intent”, *The Judges Journal*, núm. 26, 1987, p.(13-17) 15.

¹⁴ BORK, Robert, “Original intent”, *The Judges Journal*, op. cit, p.15.

¹⁵ SCALIA, Antonin, “Originalism: The lesser evil”, *Cincinnati Law Review*, núm. 57, 1989, p. (849-865) 854.

¹⁶ BORK, Robert H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit, p. 177.

¹⁷ BORK, Robert, “Original intent”, *The Judges Journal*, op. cit, p. 17.

¹⁸ BORK, Robert, “Styles in constitutional theory”, *South Texas Law Journal*, núm. 26, 1985, p. (383-395) 394.

pretenden vincular los ámbitos del derecho constitucional y la filosofía moral, se pregunta: “¿Están los “valores fundamentales” que reemplazan el significado original derivados de la filosofía de Platón, o de Locke, o de Mill, o Rawls o quizá de la última encuesta de Gallup?”¹⁹

3.- El enfoque del *Derecho como integridad*. La jurisprudencia como lectura moral y basada en principios de la Constitución

Una concepción diferente es el enfoque del Dworkin que propone una lectura moral de la Constitución. Esto implica que la fidelidad a la Constitución y al Derecho *demand*a que los jueces hagan juicios contemporáneos de moralidad política y, por tanto, propicie una exposición abierta de las verdaderas bases del enjuiciamiento, en la esperanza que los jueces construirán sinceros argumentos de principio que permitirán al público unirse al argumento.²⁰ De forma sintética, esto supone vincular Derecho Constitucional y Filosofía moral en el proceso de decisión judicial y, específicamente, supone una lectura abstracta de la Constitución, donde se provea de razones argumentativas para los principios morales explícitos o implícitos en el texto. Esto es relevante porque desde su perspectiva se defiende la doctrina de los *derechos no enumerados*²¹, que surgirían de principios latentes en la Constitución, interpretada como un todo, en base a principios, pero que no aparecen explicitados en la misma.²²

3.-a) *El Derecho como actividad interpretativa. El papel de los principios morales en la toma de decisiones judiciales*

Partiendo de una noción interpretativista del Derecho, Dworkin considera que en la tarea de resolver casos, los jueces conciben que el Derecho se compone de principios además de reglas. La cuestión es que en los principios, por su estructura, no se distingue claramente entre juridicidad y moralidad. Según esta perspectiva, los principios forman

¹⁹ SCALIA, Antonin, “Originalism: The lesser evil”, op. cit, p. 855.

²⁰ Desde esta perspectiva, Dworkin critica a los jueces originalistas que pretenden hacer interpretación constitucional desde estrategias neutrales ya que pretenden ocultar la inevitable influencia de sus propias convicciones incluso para ellos mismos. Las bases reales de la decisión en esos casos son ocultadas de la inspección pública legítima y del debate público valioso. DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 37.

²¹ Es la traducción de *unenumerated rights*.

²² Entre los derechos no enumerados y derechos constitucionales creados por los jueces están: el derecho al aborto, a utilizar contraceptivos, derecho a votar, a casarse, a viajar entre estados, a vivir en la familia extendida de uno, a educar a los niños de uno privadamente en escuelas según sus criterios educacionales, y asistir a escuelas no segregadas racialmente DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law*, op. cit, p. 53. Como es obvio el originalismo se opone a la doctrina de los derechos *no enumerados*.

parte de la comunidad y deben ser interpretados de forma coherente con el valor de la integridad en el Derecho, elemento central de su teoría. En una expresión que ha tenido éxito, Dworkin considera que la integridad requiere que el Derecho hable con “una única voz.”²³ Otros valores relevantes en la visión interpretativa del Derecho son la justicia, la imparcialidad y el debido proceso. Las conclusiones de este enfoque serían que la Teoría moral juega un papel muy relevante en la concepción interpretativista del Derecho que busca explicar cómo deciden los jueces en los casos que se les presentan.

Es relevante para su controversia con el *pragmatismo jurídico*, la distinción que realiza Dworkin entre principios y directrices políticas. Los principios son estándares que han de ser observados por ser una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Mientras que las directrices políticas *-policies-* son estándares que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún aspecto económico, político y social de la comunidad.²⁴ La argumentación del *Derecho como integridad* considera que el Estado de Derecho, según esta concepción, enriquece la democracia añadiendo un foro independiente de principio, y esto es importante, no sólo porque la justicia puede realizarse allí, sino porque el foro confirma que la justicia es, al final, un asunto de derecho individual, y no independientemente un asunto del bien público. Las decisiones de este foro de principio, la Corte Suprema, deben realizarse elaborando y aplicando la teoría sustantiva de la representación sostenida en el principio básico de que el gobierno debe tratar a las personas como iguales.²⁵

3.- b) *El objetivismo moral. La tesis de una única respuesta correcta*

Para sostener este optimismo sobre las posibilidades de la teoría moral, su perspectiva tiene fuertes implicaciones epistemológicas y metaéticas. En este sentido, Dworkin defiende una versión del objetivismo moral, que califica de *realismo minimalista*, que tiene como poderosa consecuencia que la moralidad es “una dimensión independiente, distinta de nuestra experiencia y ejerce su propia soberanía.”²⁶ Dworkin expone argumentos contra el escepticismo interno y externo, la tesis del *pluralismo de*

²³ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit., p. 218.

²⁴ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, traducción de Marta Guastavino, p. 72

²⁵ DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Harvard University Press, 1985, p. 69

²⁶ DWORKIN, Ronald, “Objectivity and Truth: You’d better believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 25, 1996, pp. 98-99, p. 128.

*valores*²⁷ y finalmente realiza una explícita defensa de su conocida tesis de que los casos judiciales tienen una *única respuesta correcta*. Esta tesis es uno de los puntos más polémicos de su teoría.

Este planteamiento parte de considerar una noción de objetividad, interna a la práctica jurídica, que es distinta de una visión que apele a valores externos que corroboren la verdad de las proposiciones, en una posición de objetividad externa. Esta perspectiva dworkiniana de la interpretación se basa en una concepción que asume la verdad como coherencia. De esta forma, se produce un debate con Fish que critica esta visión de la interpretación ya que no le separaría nada de la creación. La réplica de Dworkin es que, dentro de la práctica, existen unos criterios que determinan la corrección de una proposición sobre la base de una noción interna de objetividad. El escéptico interno sostiene que, dentro de la práctica, no se puede saber si una respuesta es mejor que otra. El argumento contra esta posición de Dworkin sostendría que llegar a esa conclusión escéptica es, en sí misma, una posición moral tan controvertida como las que quiere rebatir. Desde este punto de vista, sostiene que “la cuestión de lo que la “independencia” y “realidad” es, para cualquier práctica, una cuestión interna a esa práctica, por tanto, que cualquier juicio moral pueda ser objetivo es, en sí mismo, una cuestión moral, y si existe objetividad en la interpretación es, en sí misma, una cuestión de interpretación. Esto amenaza en convertir el escepticismo, no en inevitable, sino en imposible.”²⁸ El optimismo del Dworkin, sobre la única respuesta correcta para los casos judiciales tiene, además, un argumento de apoyo en las dimensiones de la empresa jurídica, donde los jueces deben siempre decidir entre opciones contrapuestas, justificando sus decisiones. Según su visión, el *Derecho como integridad* se ajusta mejor que las visiones rivales, en las dimensiones de encaje y moralidad política²⁹, a la práctica del día a día de los jueces en la vida norteamericana actual.

4.- El enfoque del *pragmatismo jurídico*. La jurisprudencia como toma de decisiones instrumental y prospectiva

Un tercera concepción sobre la jurisprudencia considera que los jueces no deben guiarse tanto de los precedentes, ni de la filosofía moral, sino más bien deben centrarse en las

²⁷ DWORKIN, Ronald, “Do liberal values conflict?”, en LILLA, Mark; DWORKIN, Ronald; SILVERS, Robert (eds) *The legacy of Isaiah Berlin*, New York Review of Books, New York, 2001, p. 73-90.

²⁸ DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, op. cit., p. 174.

²⁹ DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, op. cit., p. 143.

consecuencias de sus decisiones. Esta visión es defendida con la denominación de *pragmatismo jurídico* por autores como Posner y Sunstein. Los adjetivos que definirían este enfoque pragmático serían “práctico, instrumental, prospectivo, activista, empírico, escéptico, antidogmático y experimental.”³⁰ Para marcar su perfil respecto de las otras concepciones analizadas, el *pragmatismo jurídico* es, por un lado, contrario al formalismo de la visión de la *comprensión original* y, por otro lado, es contrario al fundacionalismo implícito en la noción de objetivismo moral que subyace al *Derecho como integridad*, y especialmente a la tesis de la *única respuesta correcta*. Como la famosa frase del Juez Holmes, que los pragmáticos jurídicos reivindicaban, “el Derecho no es lógica, es experiencia”.

4.-a) La jurisprudencia pragmática como un instrumentalismo, orientado al futuro, antiformalista

Para comprender adecuadamente el pragmatismo jurídico es necesario apreciar que toda su perspectiva se basa en una noción *instrumental* del conocimiento y del Derecho. Esto significa que está orientado al resultado y no tanto en respetar los precedentes judiciales del pasado o la integridad de la doctrina. La pregunta clave para un pragmático es “¿Qué funciona?” y no se pregunta, como haría un formalista, “¿Qué reglas y puntos de vista forman conexiones en una cadena lógica de una fuente autorizada del Derecho que nadie desafía?”³¹ Aunque Posner admite que, en ocasiones, es instrumentalmente valioso seguir los precedentes,³² sostiene que “un juez pragmático siempre intenta hacer lo mejor que puede para el presente y el futuro, sin restricción de sentir un deber para asegurar consistencia con el principio de lo que otros funcionarios hayan hecho en el pasado.”³³

³⁰ POSNER, Richard, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, p. 11

³¹ POSNER, Richard, *Overcoming Law*, op. cit., p. 399.

³² Posner afirma que “El pragmatista no es desinteresado en decisiones pasadas, en leyes, y demás. Lejos de eso, por una parte, éstos son repositorios de conocimiento, incluso, a veces, de sabiduría, y sería tonto ignorarlos incluso si no tienen significado de autoridad. Por otro lado, una decisión que desestabiliza el derecho -apartándose demasiado abruptamente del precedente- tendría, en balance, malos resultados.” POSNER, Richard, “Pragmatic adjudication”, *Cardozo Law Review*, núm. 18, 1996-1997, pp.(1-20) 5.

³³ POSNER, Richard, “Pragmatic adjudication”, op. cit., p. 4. Es interesante que en la descripción que hace Dworkin del pragmatismo jurídico incluye algunos matices distintos que la formulación que realiza el propio Posner: Según Dworkin “El pragmático piensa que los jueces deben siempre hacer lo mejor que puedan para el futuro, en las circunstancias, sin restricción de ninguna necesidad de respeto o aseguramiento de la consistencia de principio con lo que otros funcionarios han hecho o harán” DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Fontana Press, Londres, 1991, p. 161.

En lugar de fundacionalismo y formalismo, afirma Cotter, los pragmáticos abogan, como método para encontrar sus decisiones, por un concepto intrincado por el término aristotélico de “razón práctica” (*phronesis*).³⁴ Desde esta perspectiva, Posner afirma que el Derecho es una actividad, más que un concepto o un grupo de conceptos. No existe por más tiempo un sentido útil en que el Derecho es interpretativo. La esencia de la realización de una decisión interpretativa es considerar las consecuencias de las decisiones alternativas. No existen interpretaciones “lógicamente” correctas; la interpretación no es un proceso lógico.³⁵ Esta visión separa al *pragmatismo jurídico* del *originalismo* y del *Derecho como integridad* ya que el primero deriva la jurisprudencia de una *comprensión original* del texto constitucional y el segundo, de una lectura moral, basada en principios de la Constitución. Las críticas que recibe el pragmatismo jurídico, explica Farber, desde posiciones liberales, es que adoptando el criterio “*aquello que funciona*”, parece reforzar los valores sociales existentes, Desde posiciones conservadoras, se le critica, por el contrario, que invita al activismo judicial, donde las decisiones pueden convertirse en impredecibles, o al menos, desacopladas de las fuentes de legitimidad como el precedente y los textos.³⁶

4.-b) Crítica del moralismo académico. El (no) papel de la teoría moral en las decisiones judiciales

Partiendo de una premisa metaética que denomina *escepticismo moral pragmático*, que se aproxima a un subjetivismo moral³⁷, Posner está en abierta oposición a lo que denomina *moralismo académico* y su producto intelectual, la Teoría moral³⁸. En concreto, su punto fuerte, es que lo jueces no utilizan, de hecho, la Teoría moral, por

³⁴ COTTER, Thomas, “Legal pragmatism and the Law and Economics Movement”, *Georgetown Law Journal*, núm. 84, 1995-1996, p. (2071-2141) 2086. He analizado la noción de razón práctica aristotélica en la resolución de casos judiciales en PEREZ de la FUENTE, Oscar, “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 15, 2007. Disponible en <http://www.uv.es/CEFD/15/perezdelafuente.pdf>

³⁵ POSNER, Richard, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, pp. 459-460.

³⁶ FARBER, Daniel, “Reiventing Brandeis: Legal pragmatism for the twenty first century”, *University of Illinois Law Review*, vol. 1995, num 1, 1995, p. (163-90) 170.

³⁷ Según Posner, la tesis del subjetivismo moral sostendría que un individuo actúa inmoralmemente sólo cuando actúa contrariamente a cualquiera que sea la moralidad que ha adoptado para sí mismo. POSNER, Richard, “The problematics of moral and legal theory”, *Harvard Law Review*, vol. 111, núm 7, 1998, pp. (1637-1717) 1643.

³⁸ Entre los representantes de este moralismo académico estarían filósofos de hoy en día como Elisabeth Anderson, Sissela Bok, Ronald Dworkin, David Gauthier, Alan Gewirth, Frances Kamm, Thomas Nagel, Matha Nussbaum, John Rawls, Joseph Raz, y Judith Jarvis Thompson. POSNER, Richard, “The problematics of moral and legal theory”, op. cit, pp. 1640.

demasiado abstracta, para resolver casos judiciales y que no deben tomar partido en asuntos morales controvertidos.³⁹

De esta forma, Posner sostiene que “los asuntos morales puede ser elididos o refundidos como asuntos de interpretación, competencia institucional, política práctica, separación de poderes, *stare decisis* (decisiones de acuerdo con un precedente) o tratados como una razón convincente para la abstención judicial.⁴⁰ Pero mientras Dworkin enfatizaba el papel de los principios, que deben interpretarse conforme a la noción de integridad, Posner insiste en las directrices políticas *-policies-*.⁴¹ De esta forma, en un artículo en homenaje a Dworkin, Posner trazaba lo que consideraba el mayor desacuerdo entre sus visiones: “la diferencia fundamental entre nosotros es que él cree que existe una cosa como el razonamiento moral y que debe guiar a los jueces y yo, mientras no dudo que exista esa cosa denominada como *moralidad* y que influencia el Derecho, creo que el *razonamiento* moral sólo es un nombre extravagante para la controversia política.”⁴²

5.-Algunas conclusiones. Sobre cómo interpretar la *Cláusula de Igual Protección*

La intención de estas breves líneas, como ya se ha mencionado, es mostrar diversas concepciones de la jurisprudencia como fuente de Derecho en la cultura jurídica norteamericana, que desarrolla un sistema de *Common Law* distinto del sistema de *Civil Law* de los países de la Europa continental. La línea de fondo que subyace a esta reflexión es si estas concepciones que presentan versiones enfrentadas sobre la función y el peso de las fuentes del Derecho pueden ayudar a los modelos de interpretación del papel de los jueces en otras latitudes distintas de la norteamericana.

Estas reflexiones merecerían mayor extensión para poder ser desarrolladas adecuadamente. No obstante, a continuación, intentaré presentar un problema de interpretación constitucional y las soluciones que al respecto proponen las diversas concepciones analizadas de la jurisprudencia. El objetivo es mostrar cómo a la hora de

³⁹ POSNER, Richard, *The problematics of moral and legal theory*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 115.

⁴⁰ POSNER, Richard, “The problematics of moral and legal theory”, op. cit., pp. 1698.

⁴¹ POSNER, Richard, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, pp. 239.

⁴² POSNER, Richard, “Tribute to Ronald Dworkin”, *NYU Annual Survey of American Law*, núm. 63, 2007-2008, p. (9-14) 10.

determinar fuentes del Derecho, como la Constitución o la jurisprudencia, algunos problemas y algunas soluciones quizá no tienen fronteras.

El caso analizado es la *Cláusula de igual protección*, establecida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución norteamericana, que literalmente establece: “ningún estado negará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de las leyes.”⁴³ La pregunta que se podría realizar es qué comporta esto o cómo debe interpretarse. Uno de los casos más importantes de la historia constitucional norteamericana es el caso *Brown v. Board of education* que consideró, en 1952, inconstitucional la segregación entre blancos y negros en las escuelas. Es relevante, para la discusión, tener en cuenta que la mayoría de los miembros del Congreso que aprobaron la Enmienda constitucional también habían apoyado la segregación racial en las escuelas del distrito de Columbia.⁴⁴

Según la concepción de la comprensión original, el caso *Brown* fue una gran y correcta decisión, pero debe ser dicho, con toda franqueza, que la decisión estaba apoyada por una opinión muy débil. Bork sostiene que “estos dos hechos, tomados juntos, han causado una enorme cantidad de problemas en el Derecho.”⁴⁵ De forma sintética, esta posición sostiene que el resultado en *Brown* es consistente con, -y de hecho obligado por-, la comprensión original de la Decimocuarta Enmienda de la igual protección. El hecho lamentable era que la Corte Suprema no lo pensaba. La Corte, siguiendo su opinión, pensaba que se había desviado de la comprensión original en orden a hacer aquello socialmente deseable.⁴⁶ El problema desde el *originalismo* es que la Corte en *Brown* había actuado políticamente.⁴⁷

⁴³ El texto completo de la Decimocuarta Enmienda establece “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanas de los Estados Unidos y del estado en que residen. Ningún estado deberá hacer o ejecutar ley alguna que acorte los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Ningún estado privará a nadie de vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso de la ley, ni negarle a ninguna persona dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de las leyes”

⁴⁴ DWORKIN, Ronald, “Comment”, en SCALIA, Antonin (ed.), *A matter of interpretation*, Princeton University Press, 1997, p. (115-152) 119.

⁴⁵ BORK, Robert H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit, p. 75.

⁴⁶ BORK, Robert H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit, p. 77. Para justificar su posición de la comprensión original de que la segregación es incompatible con la Constitución, Bork sostiene que “la segregación no es mencionada en la Enmienda, los debates no sugieren que la cláusula estaba promulgando segregación. Los ratificantes probablemente asumían que la segregación era consistente con la igualdad pero no estaban dirigiéndose a la segregación. El texto por sí mismo demuestra que la igualdad bajo la ley era la meta primaria. Desde que la igualdad y la segregación eran mutuamente inconsistentes, sin embargo los ratificantes no entendieron eso, ambos no podrían ser

Para clarificar las posiciones, Dworkin propone cuatro interpretaciones de la cláusula de igual protección, que podrían denominarse: 1.- *originalismo de expectativas*⁴⁸ 2 y 3.- *originalismo semántico*⁴⁹ y 4.- *lectura moral de la Constitución*.⁵⁰ Bork y Scalia se situarían en alguna versión de *originalismo semántico* y Dworkin afirmaría una *lectura moral* de la Constitución. En este sentido, este autor sostiene que “nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tiene derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del “*Bill of Rights*”, como las *cláusulas de igual protección* y de *debido proceso*, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más que el establecimiento de determinadas

satisfechos. Cuando se vio, es obvio que la Corte debe elegir la igualdad y prohibir la segregación-impuesta por el Estado. El objetivo que buscó la decimocuarta enmienda era la igualdad bajo la ley y la igualdad, no la separación, estaba escrita en el texto” BORK, Robert H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit, p. 82.

⁴⁷ En este sentido, Bork afirma que “Los académicos acostumbraban a preocuparse porque la Corte dañaría su autoridad si actuaba políticamente, Yo he escrito una pocas ingenuas líneas a este respecto. El hecho es el contrario. La Corte puede hacer lo que desee, y no existe casi forma de pararla, siempre que su resultado tenga un grupo de partidarios políticos significativos. Mucho del resto de la historia de la Corte Warren puede ser explicada por la lección aprendida desde su éxito en Brown BORK, Robert H., *The tempting of America. The political seduction of the Law*, op. cit, New York, p. 77.

⁴⁸ Según Dworkin, el *originalismo de “expectativa”*, que sostiene que las cláusulas constitucionales deben ser comprendidas para tener las consecuencias que aquellos que las hicieron previeron que tuvieron. DWORKIN, Ronald, “Comment”, en SCALIA, Antonin (ed.), *A matter of interpretation*, op. cit, p. 119.

⁴⁹ Mientras que para Dworkin el *originalismo semántico* considera que las cláusulas constitucionales debe ser leídas para decir lo que aquellos que las hicieron pretendían decir DWORKIN, Ronald, “Comment”, en SCALIA, Antonin (ed.), *A matter of interpretation*, op. cit, p. 119.

⁵⁰ Dworkin distingue entre: 1.- La cláusula tiene el efecto de condenar todos los casos de discriminación, y sólo éstos, que los autores esperaban que aquella condenara. Prohíbe la discriminación contra los negros consistente en denegarles recursos judiciales comunes para los supuestos de incumplimientos de contratos, pero no prohíbe que las escuelas practiquen la segregación racial, ni las acciones afirmativas que impongan cupos en desmedro de los blancos, ni la discriminación contra las mujeres o los homosexuales.

2.- La cláusula prohíbe cualquier discriminación importante en contra de los negros. Los jueces deciden por sí mismos si la segregación en las escuelas es importante. Desde que la cláusula establece solamente la igualdad para los negros, los jueces, sin embargo, no pueden usarla para eliminar las acciones afirmativas que establezcan cupos, o las leyes discriminatorias contra las mujeres o los homosexuales.

3.- La cláusula prohíbe cualquier discriminación racial seria. Aunque sus autores no imaginaron nunca la posibilidad de programas de acción afirmativa, la cláusula que redactaron puede prohibirlos. Los jueces deben decidir por sí mismos si ellos lo hacen y, por tanto, decidir qué programas son violaciones serias de la igualdad. Pero no pueden ampliar correctamente la cláusula a la protección de las mujeres o los homosexuales, porque eso significaría extenderla para abarcar la discriminación por sexos o por orientación sexual, y no sólo para lograr la igualdad racial.

4.- La cláusula establece un principio general de igualdad que afirma un tratamiento igualitario genuino para todos los ciudadanos estadounidenses. Por eso, si creemos que la segregación en la escuelas y los sistemas de cupos de la acciones afirmativas y las leyes que minusvaloran a las personas por su sexo u orientación sexual, son violaciones de la igualdad de los ciudadanos, porque ninguna de ellas trata a los grupos de ciudadanos con igual consideración, si es así la cláusula de igual protección las condena a todas ellas, a pesar de lo que lo autores pudieran hacer pensado o aprobado. DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1998, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, p. 184-185

concepciones.⁵¹ Según esta perspectiva, el tribunal debería ser activista, en el sentido que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política. La clave en este punto es si “la igual protección de las leyes” se dirige, además de la raza, a discriminaciones sobre la base de edad, sexo, propiedad u orientación sexual. Aquí difieren los originalistas y los partidarios de la *lectura moral*, pero como sostiene Dworkin, “el lenguaje de la Constitución es perfectamente general, abstracto y basado en principios. Scalia ahora lee en limitaciones de lenguaje lo que el lenguaje no sólo no sugiere sino que no puede soportar, e intenta justificar esta mala traducción atribuyendo comprensiones y expectativas a los hombres de Estado⁵² que bien podrían haber tenido, pero no dejaron ninguna marca en el texto que escribieron”.⁵³ La concepción de Dworkin del *Derecho como integridad*, considera que la *Cláusula de Igual Protección* confiere dos derechos constitucionales, el derecho a ser *tratado como igual*, que supone el derecho a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera y el derecho al *igual tratamiento*, que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas.⁵⁴

La interpretación del caso *Brown* que realiza el *pragmatismo jurídico* parte de bases distintas de las anteriores concepciones. Según esta perspectiva, la Corte Suprema no se basó en argumentos morales, sino en argumentos no morales. Posner sostiene que “la Corte no dijo que la integración era un imperativo moral o que la segregación en la escuela pública niega a los negros iguales intereses y respeto que los blancos, sino que afirma que la educación es muy importante para las personas en el mundo moderno y que los psicólogos consideran que la segregación ha dañado la autoestima y probablemente el éxito educativo de los negros.”⁵⁵ Esta visión de no basarse en argumentos morales confirma la tesis de Posner que los jueces no deben tomar partido en cuestiones morales controvertidas, lo que se justifica, en parte, por una razón política: para minimizar la ofensa a los blancos sureños, que tenían una moralidad diferente cuando se trataba de cuestiones de raza. También había otra razón: que los

⁵¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit, p. 231.

⁵² Se refiere a quienes ratificaron la Constitución y, en concreto la decimocuarta enmienda.

⁵³ DWORKIN, Ronald, “Comment”, en SCALIA, Antonin (ed.), *A matter of interpretation*, op. cit, p. 126.

⁵⁴ Dworkin sostiene que El derecho a ser tratado como igual es fundamental y el derecho a igual tratamiento, derivado. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit, p. 332.

⁵⁵ POSNER, Richard, *The problematics of moral and legal theory*, op. cit, p. 136.

argumentos morales son argumentos débiles en un tribunal.⁵⁶ Esto es coherente con su visión de que la Teoría moral no es útil para que los jueces resuelvan casos.

Desde la perspectiva del *pragmatismo jurídico*, quizá hubiera sido más honesto por parte de la Corte Suprema afirmar que la segregación es “una práctica fea, un componente de sistema de castas y que la cláusula de igual protección estaba en algún sentido prevista, o debería ser utilizada, para prevenirla”.⁵⁷ Posner concluye que “la opinión de la Corte fue menos honesta pero políticamente hábil. Una opinión que intentara utilizar la Teoría moral sobre el asunto hubiera fallado en las dos virtudes.”⁵⁸ Cabe plantear que esta perspectiva adolece de cierta indeterminación al definir el ámbito de la Teoría moral y sitúa como argumentos no morales a consideraciones que ineludiblemente tienen relevancia moral. Su interpretación “honestá” anti-casta de la *Cláusula de Igual Protección* puede ser interpretada como un argumento eminentemente moral. Es difícil considerar esta visión, sin sostener que la Constitución establece un principio, como sostiene Dworkin, que prohíbe las instituciones y restricciones legales que afirmen que “unos ciudadanos son inferiores a otros o que sus destinos son de menor importancia”.⁵⁹

¿Preferimos que los jueces decidan según la aplicación neutral de la comprensión original del texto, los principios derivados de la lectura moral de la Constitución o la adjudicación pragmática, basada en directrices políticas orientadas al resultado de la decisión? Sería ingenuo pensar que esta cuestión sólo afecta a una cultura jurídica determinada. La jurisprudencia como fuente del Derecho debe atender a diversas concepciones sobre la separación de poderes, la interpretación literal o abstracta de los textos, el peso del pasado, presente y futuro, la invocación de principios de moralidad o la atención a directrices políticas como bienes públicos deseables para la comunidad. Los Tribunales Constitucionales, también los inmersos en la cultura jurídica de los países del *Civil Law*, se encuentran con problemas similares, de forma implícita o explícita. Pueden mostrarse exclusivamente fieles al texto e intenciones de los constituyentes, o bien, propiciar una lectura abstracta del texto tras la que subyacen

⁵⁶ POSNER, Richard, *The problematics of moral and legal theory*, op. cit, p. 138.

⁵⁷ POSNER, Richard, *The problematics of moral and legal theory*, op. cit, p. 139.

⁵⁸ POSNER, Richard, *The problematics of moral and legal theory*, op. cit, p. 139.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, traducción de Marisa Iglesias Vila y Iñigo Ortiz de Urbina, p. 105.

principios morales sobre los que basar sus decisiones o, por último, pueden adoptar decisiones basadas en directrices políticas, orientadas al resultado. Esto puede tener diversas traslaciones según las distintas tradiciones constitucionales.

En el caso planteado sobre la interpretación de la *Cláusula de Igual Protección* la *comprensión original* se convierte en injustificadamente conservadora, ya que niega “la igual protección de la leyes” a otros colectivos vulnerables distintos de la minoría racial cuando el texto habla de “ninguna persona”. El *pragmatismo jurídico* afirma que *Brown* se justificó en argumentos no morales, hábiles políticamente, negando la evidencia de que considerar que el principio “anti casta” está implícito en la decimocuarta enmienda es un argumento moral. Puede afirmarse que, en este caso, la perspectiva más adecuada es la que provee una *lectura moral* de la Constitución basada en principios. Sin embargo, esta visión también puede ser criticada por otros argumentos⁶⁰. La paradoja es que siendo una cuestión de gran controversia cuál es la concepción adecuada sobre el concepto de Derecho y jurisprudencia, sin embargo, los jueces deciden sus casos cotidianamente sobre la base del mejor argumento a su alcance.⁶¹

⁶⁰ Las críticas del modelo de Dworkin pueden ir por su posición metaética del objetivismo moral y la tesis de la única respuesta correcta. Sobre el debate Dworkin v. Posner, estoy preparando un artículo titulado “La crítica del pragmatismo jurídico al Derecho como integridad” donde abordo con más extensión los argumentos de la controversia.

⁶¹ En estos momentos el Tribunal Constitucional español lleva 4 años deliberando un caso que será un hito en la historia constitucional. Podemos plantear al hilo de estas reflexiones: ¿Qué concepción de la jurisprudencia se utilizará en la resolución del caso?