
La Democracia en la Teoría de Ronald Dworkin

Gustavo Maurino*

Resumen

En este trabajo realizaré una reconstrucción y evaluación de las visiones, teorías y argumentos sobre la democracia que Dworkin desarrolló a lo largo de su extensa trayectoria. Me propongo reconstruir críticamente su pensamiento en relación con el sentido o valor de la democracia, las condiciones, prerequisites y límites que de ello resulta, así como los arreglos institucionales que lo satisfacen. Al mismo tiempo, analizaré algunas correlaciones entre los ajustes teóricos relativos a la democracia y los desarrollos paralelos en otros campos de su sistema filosófico. En este recorrido voy a dedicar particular atención a la vinculación entre democracia y revisión judicial de las leyes, un tópico sistemáticamente abordado por nuestro autor, ya que en buena medida su indagación sobre el sentido del ideal democrático estuvo vinculada a la defensa de la práctica de la revisión judicial, como una institución valiosa en las democracias constitucionales contemporáneas.

Palabras clave: derechos; democracia; concepción asociativa; red de valor.

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2014 | **Fecha de aprobación:** 18 de marzo 2015

* Profesor de grado y posgrado en la Universidad de Palermo, gmaurino@acj.org.ar

Abstract

In this essay I will attempt to reconstruct and evaluate the visions, theories, and arguments on democracy that Dworkin developed throughout his vast trajectory. I will attempt to critically reconstruct his thought with regards to the meaning or value of democracy; its resulting conditions; requirements and limits; and the institutional requirements that satisfy them. At the same time, I will analyze some correlations between the theoretical adjustments related to democracy and the parallel developments in other fields of his philosophical system. In this journey, I will devote particular attention to the relationship between democracy and judicial review, a topic systematically studied by the author, because to a certain degree, his research on the meaning of the democratic ideal was linked to the defense of the practice of judicial review as a valuable institution in contemporary constitutional democracies.

Key words: rights, democracy, associative conception, network of values.

I. Introducción¹

Ronald Dworkin es uno de los autores más fascinantes e influyentes de la filosofía jurídica, moral y política contemporánea. Su activismo y compromiso democráticos marcaron no solo su contribución teórica, sino también su vida como intelectual público. En 1999 escribió: *“Almost all of us think that democracy is a valuable, even indispensable, form of government. We think that it is worth fighting, and perhaps even dying, to protect”*.²

Su “concepción asociativa de la democracia” es un punto de referencia en la discusión sobre las condiciones de legitimidad y justicia del derecho y la autoridad política; sus presupuestos y los arreglos institucionales que las realizan o menoscaban.

El pensamiento de Dworkin sobre la democracia fue siempre un trabajo en progreso y continuo ajuste. La relación de la democracia con los ideales liberales -relativos a la garantía de ciertos derechos fundamentales y la igualdad-, y con prácticas tales como el control de constitucionalidad o la desobediencia civil ocuparon a Dworkin desde sus primeras obras. Y su propia concepción definitiva experimentó ajustes y afinaciones en las décadas que siguieron a su presentación inicial.

De hecho, la teoría de la democracia es una de las partes del imponente edificio teórico construido por Dworkin que más ajustes ha recibido con el paso del tiempo. Esta impronta dinámica y en continua afinación suele pasar desapercibida en muchas reconstrucciones de su pensamiento, que enfatizan y congelan las presentaciones de realizadas en algún momento o libro particular.³

En este trabajo realizaré una reconstrucción y evaluación de las visiones, teorías y argumentos sobre la democracia que Dworkin desarrolló a lo largo de su extensa trayectoria.

El trabajo tiene tres dimensiones.

¹ Para facilitar la lectura, en este artículo se utilizan las siguientes abreviaturas para hacer referencia a las obras de Ronald Dworkin:

Los Derechos en Serio (DeS)

Una Cuestión de Principios (CdP)

El Imperio de la Justicia (IdJ)

Sovereign Virtue (SV)

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

Freedom's Law (FL)

La Democracia Posible (DP)

La Justicia con Toga (JcT)

Justice For Hedgehogs (JxH)

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

³ El propio autor ha contribuido a crear la idea de inmovilidad de sus concepciones; pues casi nunca se ha detenido a explicar sus propios desarrollos, y se ha dedicado más bien a enfatizar las líneas de continuidad, antes que a explicitar sus significativas afinaciones y cambios de perspectiva.

En su aspecto descriptivo-reconstructivo me propongo recorrer y sistematizar la evolución del pensamiento de Dworkin en relación con el sentido o valor de la democracia, sus condiciones, prerequisites y límites, y los arreglos institucionales que lo satisfacen. En particular, analizaré algunas correlaciones entre dicha evolución y los desarrollos que realizara paralelamente en otros campos de su sistema filosófico. En este recorrido voy a dedicar particular atención a la vinculación entre democracia y revisión judicial de las leyes, un tópico sistemáticamente abordado por nuestro autor como un test para la consistencia y valor de sus propuestas teóricas. La reconstrucción del pensamiento de Dworkin se hace de modo cronológico, identificando las etapas o ciclos fundamentales de su pensamiento, y permite concluir que, en contra de lo que se suele pensar en relación con el pensamiento de nuestro autor, sus ideas se ajustaron, afinaron y cambiaron significativamente durante el desarrollo de su obra, y sus tesis más radicales y provocativas sobre el control de constitucionalidad se atenuaron y moderaron de manera muy importante en las últimas etapas de su trabajo, alejándose notablemente de las concepciones originales con las que todavía se suele reconstruir su pensamiento.

78

En el aspecto crítico-interpretativo, evalué la consistencia interna de las tesis principales que Dworkin fue sosteniendo en las distintas etapas de su obra, así como el modo en que sus tesis sobre la democracia se articulan adecuadamente o no con otras dimensiones de su sistema filosófico. Este último ejercicio es particularmente relevante en relación con la última etapa de su evolución, dado que allí Dworkin alegó que su proyecto aspiraba no sólo a justificar la superioridad interpretativa de su “concepción asociativa” frente a concepciones rivales –particularmente, el mayoritarismo-, sino a integrar tales respuestas con otros componentes de lo que llamó el “árbol de la moralidad política”, y con los principios más básicos de la moral y la ética en general. Nuestra conclusión en esta parte será que el éxito resulta sólo parcial y limitado, y que el propio desarrollo de los argumentos generales del libro demandarían ajustes significativos a la concepción de la democracia de Dworkin, así como a los arreglos institucionales que clásicamente defendía como consistentes con ella.

En la parte final, el trabajo adopta una línea propositiva. A partir de la crítica que se realiza al último movimiento de la obra de Dworkin, planteo tentativamente la hipótesis de que las tesis fundamentales sobre la verdad y la responsabilidad moral que nuestro autor articulara en su último libro, conducirían a una concepción más radicalmente deliberativa de la democracia, como una alternativa más consistente que su “partnership conception”.

Queda hecha la invitación, entonces, a este recorrido por las fascinantes ideas Ronald Dworkin sobre el ideal de la democracia.

I. Primera etapa:

1. La democracia representativa como “mero” contexto institucional de referencia sin contenido normativo ni significación interpretativa (desde DeS hasta IDJ)

Como sabemos, los DeS contiene el primer movimiento de la deslumbrante teoría dworkiniana sobre el derecho. El problema del constitucionalismo y la democracia ya ocupa un lugar significativo en sus preocupaciones de ese momento, particularmente cuando explora el rol de los jueces frente los casos difíciles.

En su introducción al libro, Dworkin expresa que su trabajo *“ofrece una teoría normativa de la función judicial, que subraya la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos, y defiende la proposición de que las decisiones judiciales basadas en argumentos de principios son compatibles con los principios democráticos...y defiende la conveniencia de una revisión judicial limitada a argumentos de principio, incluso en casos políticamente controvertidos...”* (38, el resaltado nos pertenece).⁴

Si bien el proyecto parece ambicioso, lo cierto es que en esta etapa de su trabajo no elabora ninguna teoría o concepción normativa –o interpretativa– sobre la democracia o sus principios. Al contrario, la toma de manera descriptiva, en base a los rasgos típicos de las democracias representativas existentes. En efecto, en este período temprano Dworkin caracteriza típicamente a las decisiones democráticas –legislativas– como *“política”*, entendida *“como un compromiso entre objetivos y propósitos individuales en aras del bienestar de la comunidad como tal”* (151); para distinguirla de las decisiones basadas en principios, que, como sabemos, emplazará privilegiadamente en mano de los jueces.

La distinción entre una pobre pintura de la vida democrática (el ámbito de la política, de los compromisos, los intereses negociados) y otra idealizada reconstrucción del razonamiento judicial (el ámbito de los principios morales) definiría sus argumentaciones.

Con dicha caracterización entre manos, Dworkin resistía la impugnación contrademocrática a la intervención del poder judicial. El “argumento democrático” que nuestro autor se dedicará a rebatir, afirmaría lo siguiente: *“Si Hércules decide los casos sobre la base de tales juicios [juicios de teoría política, controversiales], decide sobre la base de sus propias convicciones y preferencias, cosa que parece injusta, contraria a la democracia...”* (199).

⁴ La intensidad de la proposición cambiará sustancialmente en el futuro, para transformarse progresivamente en un argumento que en lugar de afirmar la “compatibilidad democrática” se conformará con negar la existencia de una inerradicable incompatibilidad (ver, fundamentalmente, su argumentación a partir de FL).

La réplica de Dworkin era original y tenía dos pasos: (a) Los juicios de teoría política –de principios, que inevitablemente deben hacer los jueces en los casos difíciles– no son juicios sociológicos, sobre la moral existente de la comunidad, sino juicios de moral crítica, que se deben adoptar en base a razones relativas a sus propios méritos –es decir, razones morales, últimas, en términos kantianos, podríamos decir). (b) Por lo tanto, respecto de esta clase de juicios, *no tiene sentido que los jueces sean* deferentes a los juicios de nadie más.

En su “teoría de la adjudicación” –entendida como una actividad que demanda la adopción de juicios morales– no encuentra sentido, ni aplicación, la impugnación que ensaya el argumento democrático. Bajo esa teoría de la adjudicación, el juez debe ignorar la opinión de la mayoría en su proceso evaluativo; *el hecho* de que la mayoría de la comunidad, o de sus representantes, sostenga una posición, *no provee razón alguna* para adoptar o descartar determinado juicio en temas con dimensión de moralidad política.⁵

Lo cierto es que, bajo esta justificación, Dworkin no hacía en realidad un argumento de “compatibilidad democrática”; sino más bien de desdén hacia ella y sus reclamos autoritativos; a la vez que delineaba un rígido límite para su operación; el de las cuestiones “de principio”.

80 El capítulo sobre los “casos constitucionales” es más claro aún en su idea de que al tomarnos los derechos en serio –al adoptar un sistema que protege a los ciudadanos frente a las decisiones mayoritarias mediante una serie de derechos– se realiza una “*interferencia con la práctica democrática*” (211). Los derechos morales que los individuos tienen contra la mayoría justifican dichas restricciones, dicha interferencia (212), y justifican también, en su opinión, que los jueces sean los guardianes de tales derechos frente a las mayorías.

En ese capítulo Dworkin pretende demostrar que no existen razones de principio que puedan justificar la limitación de tal competencia para el poder judicial; “*si intentamos enunciar tales razones de principio, nos encontraremos con que no son congruentes con el supuesto de un sistema constitucional, ya sea porque dejan a la mayoría en la situación de juez de su propia causa, o porque se basan en un escepticismo respecto de los derechos morales...*” (231).

Si creemos –como Dworkin creía– que existen derechos morales, que ellos no están fijados por normas positivas sino que reflejan principios morales que se postulan y aceptan por sus propios méritos sustantivos, y que en las discusiones sobre principios y derechos morales existen respuestas correctas; entonces debe

⁵ Debemos precisar este punto. Dworkin no sostenía que el juez debía ignorar los “argumentos” de la mayoría. Solamente resaltaba que el hecho de que la mayoría sostenga cierta creencia era epistemológica, moral y políticamente irrelevante para la tarea interpretativa del juez; quien no tenía otra opción que buscar su mejor respuesta y confiar en ella.

aceptarse la autoridad de los jueces para hacer tales juicios. Si fuéramos escépticos morales, o escépticos acerca de las respuestas correctas a las cuestiones jurídicas controvertidas, habría tal vez razones para quitar dicha autoridad a los jueces y asignarla a un órgano representativo. Pero, como sabemos, Dworkin creía que los escépticos estaban radicalmente equivocados.⁶

Por el otro lado, Dworkin enuncia aquí un argumento que se volverá un clásico en la materia, según el cual, no resulta equitativo (fair) que *“las decisiones referentes a derechos en contra de la mayoría... deban quedar librados a la mayoría”* (223). Así, dice nuestro autor, *“el argumento de la democracia pide que quienes ostenten el poder político sean invitados a ser jueces exclusivos de sus propias decisiones, a ver si tienen el derecho de hacer lo que han decidido que quieren hacer”* (225).

En este momento, la década del 70, la democracia es para Dworkin el gobierno de la mayoría, a través de representantes, buscando maximizar la satisfacción de preferencia de los ciudadanos/mayoría/comunidad. A eso se le oponen los “derechos morales”, no agregativos, contra-utilitarios, basados en principios, que deben determinarse mediante razones vinculadas con los principios embebidos en la moral institucional. Ambas categorías colapsan en la cuestión de la decisión: quién decide, y cómo decide estas cuestiones. La respuesta de Dworkin es clara, deben decidir los jueces, en base a principios –y no la mayoría o sus representantes en base a preferencias, intereses o prejuicios. Los derechos –y la forma en que deben ser adjudicados– implican una interferencia democrática.

Como sabemos, DeS fue publicado en 1977 y comprende casi una década de trabajos.

En el lustro siguiente, nuestro autor volverá sobre el “argumento democrático” en artículos que serían luego incluidos en CdP. Los repasamos a continuación para completar la pintura. Su posición seguirá consistentemente el sendero trazado.

En 1978 Dworkin pronunció una conferencia en la Academia Británica, que fue publicada en 1980 y luego sería el capítulo I de CdP “Los Jueces Políticos y el Estado de Derecho”. En el texto se aborda “argumento democrático”⁷; y los presupuestos y respuestas de nuestro autor, si bien más elaboradas y complejas, siguen el mismo camino. Dworkin afirma que no puede siquiera imaginar *“qué argumento se podría alegar para demostrar que hay una mayor probabilidad de que las decisiones legislativas en materia de derechos sean inherentemente más correctas que las judiciales...”* (43).

⁶ Los argumentos contra-escépticos en esta etapa fueron desarrollados en el capítulo 13 de DeS y en “No Right Answer?”, en *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A.Hart*; Hacker, P.M.S – Raz J. (eds.); Clarendon Press; Oxford; 1977.

⁷ Reconstruido de la siguiente manera: “supone que la decisión de un órgano legislativo electo por la mayoría de la ciudadanía es, en última instancia, la mejor manera de decidir qué derechos poseen los ciudadanos en relación con otros ciudadanos y con la sociedad en su conjunto” (42). Una vez más, la descripción mínima y acrítica de la democracia representativa.

Al contrario, afirma que “la técnica de analizar la coherencia especulativa para determinar si algo es un derecho está mucho más desarrollada entre los jueces que entre los legisladores o entre la gran mayoría de los ciudadanos que eligen a los legisladores”. A la vez que: *“los ciudadanos que eligen a los legisladores constituyen una de las partes en el argumento sobre si alguien tiene el derecho a algo y...en esos casos, los legisladores sufren presiones, mientras que los jueces no, y esto debe contarse como un motivo para suponer que, al menos en estos casos, los jueces tienen una mayor probabilidad de llegar a conclusiones acertadas sobre los derechos”* (43).⁸

Luego de descartar el argumento “institucional” vuelve a analizar el argumento de la equidad (fairness), según el cual debería rechazarse que alguien diferente al pueblo decida tales cuestiones. Y la respuesta es aquí, un tanto evasiva. Dworkin reconoce que *“si todo el poder político fuera transferido a los jueces, la democracia y la igualdad de poder político quedarían destruidas. Pero lo que estamos analizando es apenas un tipo pequeño y especial de decisiones políticas...”*.

Claro que este tipo “pequeño y especial” de decisiones se refiere, ni más ni menos que a las relativas a los derechos, y en especial los derechos contra la mayoría. El argumento de Dworkin contiene un defecto evidente, pues confunde “cantidad” con “calidad” o “importancia” de las decisiones. El argumento de la “equidad” – que no se sustraiga el poder político del pueblo– es tratado como una cuestión de cantidad o tamaño de decisiones; pero su verdadera potencia se aprecia si se lo entiende como un argumento sobre la importancia o gravedad de las cuestiones, y Dworkin no parece tener una respuesta sobre eso, en tanto pretende justificar que se sustraigan de la comunidad un número pequeño de decisiones, pero que son las más importantes. Ello se explica precisamente por la visión relativamente pesimista sobre la calidad de las decisiones democrática y el elitismo subyacente acerca de las capacidades de la ciudadanía y los representantes.

El mismo punto se puede ver claramente explicitado en otro trabajo que nuestro autor publica en 1978 –“Liberalismo”–, incluido luego como capítulo 8 en CdP. Allí presenta su visión sobre las tesis fundamentales del liberalismo, y explora –acaso brevemente– su relación con el ideario democrático. Aquí podemos encontrar la respuesta de Dworkin a la pregunta sobre ¿qué tan demócrata puede ser un liberal?

Para un liberal, dice nuestro autor: *“la democracia está justificada porque hace valer el derecho a la consideración y el respeto del que toda persona goza en tanto individuo; pero, en la práctica, a menudo las decisiones de una mayoría democrática puede violar ese derecho...La decisión política...no refleja sólo algún*

⁸ Es notable –una vez más– advertir cómo el argumento democrático se transforma en un análisis (negativo) de la capacidad epistémica de los legisladores y “de la gran mayoría de los ciudadanos” para la indagación de principios; y la afirmación de que los jueces tienen mejores herramientas para tal indagación. El elitismo subyacente en el argumento es notorio.

acuerdo entre las preferencias personales de todos...sino el predominio de un conjunto de preferencias externas...El liberal, entonces, inclinado...a la democracia en lo político por motivos claramente igualitarios, se encuentra con que dichas instituciones arrojarán resultados desigualitarios a menos que añada al proyecto distintos tipos de derechos individuales.” (250).

Como vemos, Dworkin se toma más en serio el esfuerzo de identificar algún valor moral como fundante de la democracia – la “igualdad de consideración y respeto”. Pero rápidamente vuelve su preocupación por la posibilidad de que la democracia “*arrojará resultados desigualitarios*”, especialmente por la influencia de las preferencias externas, salvo que sea contrabalanceada por elementos externos a ellas; concretamente, los derechos, como un elemento no democrático, contra-democrático, justificado por contribuir al ideal político abstracto del que proviene la justificación de la democracia.

En 1983, Dworkin dictó en Alemania una conferencia sobre desobediencia civil, que luego fue incluido como cap. 4 de CdP –“Desobediencia Civil y Protesta Nuclear”. En dicho artículo se puede observar cómo cristalizan en su pensamiento varios de los elementos que hemos venido comentando. Por ejemplo, la distinción entre principios y política (y la visión de esta última como arena de la lucha o compromisos entre intereses y preferencias) es profundizada por Dworkin para efectuar distinciones analíticas cruciales. Lo que llamará “desobediencia basada en la justicia” legitima en su opinión incluso acciones hostiles de desobediencia tendientes a oponerse o dificultar la implementación de la decisión cuestionada, pero la “desobediencia basada en política” no habilita la resistencia hostil, pues debe respetarse la decisión mayoritaria. Y los fundamentos los que la desobediencia basada en razones de justicia está justificada a utilizar estrategias hostiles (a diferencia de la basada en política), son para Dworkin los mismos, y tienen la misma fuente, que aquellos que justifican el control judicial de constitucionalidad, a saber, que “*se puede obligar a la mayoría a ser justa, contra su voluntad*” (150).

La justicia, la verdad, la respuesta correcta no se emplazan en la arena democrática, sino en la judicial. La democracia es el foro de la política, entendida como intereses, negociación, preferencias entrelazadas, presiones; la justicia es el foro de los principios, la razón, la imparcialidad, la calma, la ecuanimidad. A su vez, los derechos fundamentales son límites –restricciones– a la democracia y a las mayorías, para evitar que éstas destruyan el valor de la igualdad. Y los jueces están mejor ubicados que cualquier otra institución para identificarlos y hacerlos efectivos, particularmente contra las mayorías.

Ese es el Dworkin original, clásico. Los rasgos de su pensamiento que hemos recorrido suelen utilizarse aún hoy para delinear ciertas reconstrucciones sobre simplificadas sobre su pensamiento. Sin embargo sus concepciones se modificaron notablemente, en varias dimensiones, a lo largo de las últimas cuatro décadas, como veremos más adelante.

II. - Segunda etapa:

1. Desarrollos filosóficos en la teoría del derecho y un primer intento (fallido) en la construcción de una justificación de la democracia.

Las posiciones presentadas en DeS, y expandidas posteriormente en los artículos que integrarían CdP, deberían enfrentar dos críticas, en algún sentido opuestas, a varios de sus elementos centrales.

Por un lado, la crítica del positivismo incluyente a la teoría del derecho de Dworkin. Dicha crítica sostenía que la tesis filosófica sobre las reglas y los principios era en realidad compatible con los postulados conceptuales del positivismo, ya que –según el argumento– el propio Dworkin reconocía que los principios se identificaban a partir de –y estaban incluidos en– las prácticas institucionales de la comunidad. Según el positivismo incluyente, la regla de reconocimiento podía, en tales comunidades, incluir a los principios así identificados, con lo que mantenía su potencia conceptual y superaba el ataque de nuestro autor.⁹

Por el lado opuesto, en los años 80' se desplegó la crítica comunitarista al liberalismo, acusándolo de un solapado elitismo y perfeccionismo moral.¹⁰ El cuestionamiento se proyectaba a las posiciones de Dworkin sobre las respuestas correctas a las cuestiones de principios, que en su visión, nadie estaría en mejor posición institucional para identificar que los jueces.

En esta década Dworkin afinará sus posiciones y expandirá el alcance de su trabajo, para aclarar y rebatir esas críticas y mantener el núcleo de sus tesis filosóficas –el derecho volcado a la moral– e institucionales –los derechos como cartas de triunfo contra-utilitaristas y contramayoritarias, y el control judicial de constitucionalidad como institución justificada. El camino para hacerlo será su teoría del derecho como “práctica interpretativa”.

Así, se distinguirá del positivismo, a quien reconvertirá interpretativamente en “convencionalismo” y frente al cual afirmará que su teoría no es una forma de convencionalismo, y que la interpretación “constructiva” que él defiende para la operación del derecho no puede serlo.

También se encargará de las críticas comunitaristas, al impregnar su teoría de (y en) la práctica comunitaria, y alegar que el derecho como interpretación no está desconectado de la vida comunitaria, sino que es (y sólo puede ser) una práctica de interpretación de su sentido político, construida colectivamente, pero

⁹ Dworkin se ocupó de rebatir estas críticas tanto en IdJ como, muchos años después y con una estrategia argumental diferente, en los artículos que conformaron JeT. Incluso en JxH realizó otro ajuste a su respuesta.

¹⁰ El blanco predilecto de esta crítica fue “A theory of Justice”, y los ajustes teóricos que hiciera Rawls son una buena muestra de la potencia que tuvo el ataque.

que ello no le quita nada de la dimensión moral, ni implica atar la moralidad a las pulsiones comunitarias.

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

El giro interpretativo de Dworkin comienza con el artículo “Law as interpretation”, de 1981, pero tendrá su exposición sistémica en 1986, con *Law’s Empire* (IdJ), donde nuestro autor incluirá por primera vez la discusión específica sobre la legitimidad política, que impactará fuertemente en su trabajo sobre la democracia. En este libro, Dworkin distingue claramente entre la legitimidad y la justicia de una comunidad política, o de sus prácticas políticas, y afirmará que tales valores puede entrar en conflicto.

Esta distinción será relevante en los desarrollos futuros sobre la tema que nos ocupa, a punto tal que al final de su recorrido asociará normativamente a la democracia con la legitimidad antes que con la justicia; pero en sus primeros intentos de construir una justificación moral o filosófica de la democracia, el camino fue otro, como vemos a continuación.

En 1987 Dworkin completó su imponente serie de artículos “What is Equality?”, con su cuarta parte, referida a la Igualdad Política. Presentó allí su primera argumentación directa y completa en favor de una concepción específica de la democracia. Su primer ejercicio genuino de interpretación sobre el valor de la democracia. Merece pues que le dediquemos una detenida atención –particularmente, porque, a mi entender, resulta un esfuerzo seriamente fallido.

Bajo la idea de que una comunidad igualitaria debe ser una comunidad democrática, Dworkin plantea su texto como la respuesta a la pregunta fundamental relativa a la “*distribution of political power within such a community*” (184).

El trabajo –originalmente una conferencia– es en sus propias palabras “*a long and twisting road*” y en buena parte consiste en una pelea con un hombre de paja; lo que llamará la “*detached conception of democracy*”, una concepción que nadie sostuvo jamás, explícita ni implícitamente, que es absurda e inconsistente, y no forma parte de ninguna tradición en la filosofía democrática.

En todo caso, lo que nos interesa aquí es la respuesta que Dworkin sí considera valiosa a la pregunta fundamental: su “*dependent conception of democracy*”.

Dicha respuesta es aparentemente simple: “*the best form of democracy is whatever form is most likely to produce the substantive decisions and results that treat all members of the community with equal concern... [entendido como] to distribute material resources and other opportunities and values in an egalitarian way... [lo que en el mismo párrafo llamará] substantive egalitarian goals*” (186).

Como anticipáramos, en este primer ensayo de fundamentación, la democracia es “dependiente” de la justicia, es instrumental a –para– la igualdad distributiva.

Las herramientas conceptuales fundamentales para diseñar su concepción son dos: Por un lado, la distinción entre los valores, resultados o consecuencias “distributivas” y “participatorias” –que a su vez subdivide en “symbolic”, “agency” and “comunal”– de los procesos políticos; y por el otro, la distinción entre cuestiones “choice-sensitive” y “choice-insensitive”. Las distinciones son sumamente originales y Dworkin define y precisa las categorías con bastante claridad y extensión.¹¹

A la hora de delinear su concepción de la democracia Dworkin se ocupa de mostrar qué clase de arreglos institucionales van dejando satisfechos a los valores o consecuencias “participatorias” –en particular, las simbólicas y agenciales. Instituciones tales como democracia representativa, igual derecho a voto, sensibilidad en el diseño de distritos electorales para neutralizar desigualdades de poder injustas, y libertad de expresión entendida como garantía básica para el acceso a la expresión y neutralización de influencias desmedidas resultante de fuentes injustas de desigualdad económica o de poder social, son las instituciones que honran dichos valores.

Pero nuestro autor debe también justificar qué tipo de institucionalidad democrática permite realizar los “objetivos distribucionales” –es decir, adoptar las mejores decisiones, obtener los mejores resultados de justicia distributiva. La distinción entre cuestiones “choice sensitive” y “choice insensitive” guía la respuesta en este punto. Por si no fuera obvio, Dworkin nos aclara: *“Some readers will recognize, in the distinction between choice-sensitive and –insensitive issues, a distinction I have described differently in the past as one between issues of policy and issues of principle. I do believe that what I call issues of policy are choice-sensitive, and that issues of principle are choice-insensitive. But I do not assume that in the present discussion...”* (205).

Una vez posicionados en esta distinción, Dworkin argumenta que en relación con las cuestiones “choice-sensitive” el camino correcto llevaría por el lado de decisiones mayoritarias basadas en la igualdad de voto, y salvaguardas contra desigualdades de influencia inapropiadas. Algo así como un sistema mayoritarianista clásico.

Pero, ¿qué ocurre con las cuestiones “choice-insensitive”?, que son las más importantes, claro. Sorprendentemente, Dworkin usa un argumento de “path dependency” para definir esta cuestión: sugiere, en principio, usar para las cuestiones “choice insensitive” la misma estructura institucional que identificada para las “choice sensitive”, que –según afirma– ya le han dado una forma concreta a la concepción de la democracia, tal como él la ha construido (207); pero con una salvaguarda que permite cambiar la lógica del juego. El esquema mayoritario se puede cambiar cuando *“two conditions are met. We must have some positive reason*

¹¹ En lo que sigue, asumimos que los lectores están familiarizados con las clasificaciones y subclasificaciones elaboradas por nuestro autor.

to think that a different procedure would considerably improve ex ante accuracy in deciding choice-insensitive issues, and these different procedures must not outrage any of the other goals of egalitarian politics we have canvassed” (207).

Y entonces, Dworkin dirá que hay una razón positiva para apartarnos del sendero mayoritario en relación con “las choice-insensitive issues of principle”; en particular “those that reject putative rights against majority decision...including the choice-insensitive issue of which issues are choice-insensitive”. Y alegará que en relación con tales cuestiones, la práctica de la revisión judicial de las leyes “enhance accuracy” (209). El viejo argumento justificatorio del control judicial alegando su superioridad frente a la alternativa de que la propia mayoría sea llamada a decidir si tiene derecho a hacer lo que ha dicho que tiene derecho a hacer, late en este párrafo, claro.

Pero, este desarrollo clama por una pregunta obvia: ¿por qué Dworkin creía – por qué deberíamos creer– que no hay mayor accuracy en la decisión comunitaria sobre las cuestiones “choice-insensitive”? Aquí su respuesta: “If we were to accept certain assumptions, cardinal among which is the assumption that people are on average more likely than not to decide choice-insensitive issues correctly, then we would conclude that the more people who vote for a particular such issue, assuming equal impact, the more likely it would be that the majority would vote for the right side. But there is no a priori ground for accepting those assumptions ...” (206/7).¹²

87

Como se puede ver, Dworkin rechaza enfáticamente la pertinencia del teorema de Condorcet. Curiosamente, sin embargo, no se refiere a él expresamente, ni se ocupa de argumentar en su contra, sino simplemente de manifestar su rechazo; y en la nota al pie que incorpora para explicarse, asocia esa idea no a un argumento de racionalidad como el de Condorcet, sino a la metafísica de la “voluntad general”. Lo único que tiene para decir en relación con este punto es: “whether I think it more likely than not that any particular person will reach the right decision about capital punishment depends on what I think the right answer is, not on any general observations about the average man or woman’s skill in moral philosophy” (207).¹³

¹² Dworkin persiste en el escepticismo respecto de las capacidades sociales para alcanzar mejores respuestas a través de los procesos mayoritarios.

¹³ La referencia a “any particular person” equivoca el tipo de argumento del teorema de Condorcet, que es agregativo, no distributivo. A su vez, la referencia a “what I think the right answer is” no impugna el punto del teorema de Condorcet, que funciona precisamente considerando qué pensamos sobre cuál es la respuesta correcta. Por lo demás, la referencia de Dworkin a las “average man o woman’s skill in moral philosophy” no puede ser despegada, por su propia formulación, de una impronta elitista.

2.- Una crítica interna a la justificación de la “dependent conception of democracy”

El primer ensayo justificatorio sobre la democracia nos entrega una serie original, compleja e innovadora de distinciones típicamente dworkinianas –concepciones “detached/dependent”; igualdad “de impacto/de influencia, en dimensiones vertical y horizontal”; accuracy “ex ante/es post”; valores “distribucionales/participatorios”, cuestiones “choice sensitive y choice insensitive”.

Pero el resultado, en términos de diseño institucional, resulta elemental, básico y clásico: la típica democracia representativa, con garantías contra influencias indebidas de los poderosos, decisiones mayoritarias para las cuestiones triviales, y supremacía judicial para las importantes cuestiones de principio, en particular las relativas a los derechos contra las mayorías. Teóricamente, este diseño es el que mejor realiza los valores distribucionales y los participatorios.

Una enorme creatividad retórica para justificar una institucionalidad democracia básica y clásica. Si el proyecto hubiera sido exitoso, podríamos haber dormido tranquilos, sabiendo que la mejor democracia posible estaba tan a nuestro alcance. Pero el ensayo de Dworkin falla en puntos demasiado fundamentales. Sus distinciones son inconsistentes y se autodestruyen.

88 Empecemos por las dos dimensiones de valor de los procesos políticos (distribucionales y participatorios). Dworkin falla en articular la satisfacción de los valores participatorios y los distribucionales, a la luz de la variable “accuracy”. No explica en modo alguno por qué el marco institucional debería diseñarse en términos generales tomando como primer punto de análisis los arreglos que mejor honren los objetivos “participatorios” (agenciales, simbólicos y los inefables comunales) y no en base a los “distribucionales”.

Simplemente afirma que los elementos participatorios van dándole forma a un diseño institucional, pero no argumenta por qué deberíamos hacer que ellos guíen dicho formato, si es que estamos comprometidos –como él lo estaba– con una concepción “dependent” que tiene a los valores distribucionales –y a la “accuracy” de las decisiones– como fundamentales. Sin ese argumento, su respuesta es incompleta; no tenemos ninguna razón para aceptar a priori las exigencias de los “participatory goals” en el diseño institucional, y no parece haber nada más que la “path dependency” para explicar su elección, lo que es insuficiente a todas luces.

Pero más grave, y recíprocamente, tampoco tendríamos razones –en el esquema de Dworkin– para buscar la satisfacción del objetivo de “accuracy ex ante” de la decisión, que Dworkin asocia a los resultados “distributivos”, por sobre la realización plena de los resultados u objetivos participatorios. No hay razón alguna –en el argumento de Dworkin– por la que debiéramos buscar “accuracy” distribucional, en las decisiones choice-insensitive por sobre la más plena realización

de los valores participatorios –agenciales y simbólicos.

Y eso es lo único que era imprescindible que argumente.

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

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

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

Tal como funciona el aparato conceptual de este trabajo, Dworkin debía reconocer necesariamente que las cuestiones distributivas fundamentales sobre recursos y oportunidades materiales –así como las cuestiones morales sin consecuencias distributivas materiales, como el aborto, la pena de muerte, etc.– no pueden sino ser “choice-insensitive”; ya que se refieren a cuestiones fundamentales de principio en un caso, y al nervio de la “igualdad de recursos” en el otro. Pero entonces, y dada la forma en que Dworkin ha entendido la “igualdad de recursos”, es falso –o mejor dicho, es contradictorio– que afirme cosas tales como que *“the decision whether to use available public funds to build a new sports center or a new road system is typically choice-sensitive”* (204).

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

La mera “distribución de las preferencias” no puede ser, consistentemente,

un criterio de justicia para tales decisiones, en la propia visión de Dworkin. Ella debería resultar de un adecuado reflejo de igual consideración y respeto, donde se evite el peso indebido de prejuicios, etc. No hay razón para decir que en relación con esta distribución de los recursos la igual consideración y respeto se abstiene de bloquear, por ejemplo, las preferencias externas. Tampoco hay razón alguna para alegar que en este asunto existe –a priori– “intederminación moral”, tal que todas las respuestas son iguales en su valor.¹⁴

Sencillamente, eso no es lo que Dworkin pensaba en su tesis sobre la igualdad de recursos. Así, *toda decisión pública no trivial que tenga consecuencias distribucionales –y toda decisión pública no trivial las tiene– debe reflejar adecuada y consistentemente, el esquema de igualdad de recursos y las exigencias de igual consideración y respeto; y por lo tanto no puede ser “choice-sensitive”, porque la determinación de lo que demanda la igual consideración y respeto no es, para Dworkin “choice-sensitive”.*

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

Ni hablar de las cuestiones “puramente morales” a la luz de estas distinciones. Cuando Dworkin ejemplifica acerca de qué tipo de cuestiones son “choice-insensitive” menciona como ejemplos *“the decision whether to kill convicted murderers or to outlaw racial discrimination in employment...”* (204). Nunca aclara si entiende que estas decisiones tienen impacto distributivo o no, pero es claro que el segundo caso lo tiene, notablemente; y es claro que la categoría no capta inteligiblemente –ni incluye, ni excluye– el primer caso.

Como vimos, Dworkin no tiene –ni podría tener, porque su aparato conceptual no lo permitía– una distinción entre decisiones públicas con impacto distributivo que sean choice-sensitive y choice-insensitive. Pero tampoco tiene, ni podría tener, una distinción entre decisiones puramente morales –sin impacto distributivo, si es que las hubiera– que fueran choice-sensitive y choice-insensitive.

Si a ello le sumamos que la cuestión sobre el carácter “choice-sensitive” o “insensitive” de una cuestión es para Dworkin “choice-insensitive”, advertimos dónde termina llevándonos el esquema de nuestro autor: *No queda prácticamente espacio alguno para la acción democrática participatoria, mayoritaria.*

En una concepción en la que las cuestiones de distribución de los recursos constituyen una cuestión moral fundamental, asociadas al principio más básico de justicia sustantiva de las instituciones, al igual que las cuestiones clásicamente morales sobre la vida, la libertad y la muerte, etc. no queda lugar para decisiones políticas, públicas, “choice-sensitive”.

¹⁴ La respuesta “la mayoría odia a los deportistas y por lo tanto elige construir caminos”, por ejemplo, no puede ser indiferente para la igualdad de recursos.

De este modo, un control judicial, supuestamente “limitado” a las “choice-insensitive issues of principle” como proponía Dworkin es, en realidad, el gobierno de los jueces en todo lo verdaderamente importante (a nivel moral y distributivo).

Es imposible aceptar esto como la mejor forma de democracia, la que más nos garantice alcanzar las mejores decisiones sustantivas. La “dependent conception” termina siendo un fracaso. Un fracaso inevitable dado que se pretende una justificación instrumental de la democracia, que la haga dependiente de la obtención de resultados correctos, y al mismo tiempo se tiene una aproximación elitista –o recelosa de las capacidades comunitarias– hacia la identificación o conocimiento de tales resultados.

Estamos a fines de los años 80, Dworkin atravesó las décadas anteriores desconfiando de la mayoría, los legisladores, los ciudadanos promedio, y proyectando una confianza sin límites hacia las capacidades y aptitudes morales y epistémicas de los jueces. En el artículo que comentamos, ensayó una justificación moral del valor de la democracia en relación con una sociedad igualitaria, con una dimensión instrumental tanto respecto de la justicia distributiva, y la “accuracy” de las decisiones públicas, cuanto a ciertos los valores participatorios.

Pero el ensayo fue un fracaso, que terminó comprometiendo sus propias dimensiones participatorias y apoyándose en un elitismo moral inconsistente con los propios presupuestos de la concepción que se delineaba.

En la próxima década, la democracia se vinculará menos con la justicia y más con la legitimidad, y el camino se despejará mejor para nuestro autor.

91

III. Tercera etapa:

1. La construcción de la concepción “asociativa” de la democracia, y de su rival, la concepción mayoritarianista (desde “liberal community” e “IDC” hasta LDP)

En 1989 Dworkin publicó dos trabajos que implican un cambio significativo en su forma de analizar las comunidades políticas y la democracia. Me refiero a “Liberal Community” e “Igualdad, Democracia y Constitución: Nosotros el Pueblo en los Estrados”. En ellos se encuentran las bases de la concepción asociativa, con la que Dworkin trabajará en lo sucesivo.¹⁵

Los textos presentan una idea robusta sobre la vida comunitaria y las condiciones de legitimidad de las prácticas políticas, que conformarán las precondiciones del valor y sentido de la democracia.

¹⁵ El proceso de elaboración y publicación de este texto y IDC fue simultáneo. De hecho, en las versiones iniciales publicadas Dworkin se remite en cada uno a la conferencia que dio lugar al otro, e incluso los plantea como forthcoming.

En “Liberal Community” Dworkin defiende una idea de lo que llamará “communal life”, dotada de la densidad suficiente como para no resultar atomista, ni una función agregativa de acciones individuales, pero que a su vez resulta consistente con el individualismo ético que defiende el liberalismo. Para ello afirma que una comunidad política puede ser interpretada como una instancia de una “unidad de acción” –una organización en la que los individuos reconocen y actúan cooperativamente a través de los actos formales de las instituciones de dicha comunidad, como ocurre en una orquesta funcionante y saludable–, y “de responsabilidad” –todos los miembros de la comunidad experimentan responsabilidad por los actos de ésta–; pero sin conformarse en una “unidad de juicio” (el agente del juicio, la unidad de evaluación, sigue siendo el individuo).

Esta idea sobre la comunidad se traduce, en su otro texto, en una idea de la democracia que inicialmente llamará “communal”, más tarde “constitucional”, y finalmente “asociativa” –“partnership”.

En IDC, Dworkin vuelve a introducir el problema democrático de la revisión judicial, pero aquí –por primera vez– alegará que para resolverlo, es imprescindible analizar primero cómo entender el valor o sentido de la democracia. La pretensión de Dworkin, desde este momento –y a diferencia de lo que hacía en las etapas anteriores– será la de defender que bajo cierto entendimiento de la democracia, la revisión judicial no es una amenaza ni una ofensa para ella –pero tampoco una restricción o complemento–; sino una herramienta para realizarla. En *Freedom’s Law* completará el argumento presentando a los derechos constitucionales precondiciones para hacer efectivas las condiciones de una democracia valiosa.

Como se puede ver, el desafío que se propone nuestro autor en esta etapa no es menor; implica la tarea de defender como consistente con el valor de la democracia a la existencia de instituciones que adoptan métodos elitistas para definir los valores morales y políticos que regirán la comunidad. Veamos como lo hace.

Su propuesta es que entendamos el ideal de “gobierno por el pueblo” de la forma integrada –es decir, como una unidad social de acción y responsabilidad, pero no de juicio– que anticipara en *Liberal Community*. Ello requiere que las instituciones realicen tres principios, en los cuales se expresa dicha unidad de agencia integrada, en la que “los ciudadanos individuales figuren como miembros iguales” (64). Estos principios justificarán arreglos institucionales particulares que Dworkin entiende como básicos de una democracia valiosa. Encontramos así el “principio de participación”¹⁶ –que explica el sufragio universal, cargos públicos abiertos a todos, arreglos distritales diversos, libertades políticas tales como las de expresión

¹⁶ “A cada persona debe ofrecérsele un rol que le permita a marcar una diferencia en el carácter de las decisiones políticas, y la fuerza de ese rol...no debe estar estructuralmente fijada, o limitada por suposiciones acerca de su valía, talento o habilidades” (64).

y protesta– el “principio de interés”¹⁷ –que explica una robusta concepción de la ciudadanía, que no incluya sólo el voto, sino también las condiciones materiales de vida– y el “principio de independencia”¹⁸ –que conduce a las libertades políticas fundamentales, como las de asociación, expresión, religión, y la libertad de conciencia, que reclama tolerancia a moralidades sexuales y personales impopulares como parte de las condiciones mismas de la democracia.

Así, los derechos del bill of rights, no limitan ni atentan contra la democracia, sino que “*son necesarios para generarla*” (72). Dworkin argumenta aquí por primera vez la compatibilidad entre los Derechos y –una concepción normativa de la– Democracia, y entre restricciones a la mayoría y mejor democracia. Realiza así una clara transformación de su pensamiento, correlativa al ajuste en su visión de la vida comunitaria y el ideal del autogobierno.

Confiado en su nueva concepción de la democracia, Dworkin se atreve a argumentar que “*toda interpretación del derecho constitucional debería considerar, justamente, el hecho de la democracia. Debemos preferir interpretaciones de las cláusulas...que sean consistentes con los principios democráticos...*” (74). Pero, inmediatamente agregará: “*Pero la moneda tiene otra cara...cualquier interpretación de nuestras democracias debería ser consistente con el hecho de que rechazamos el mayoritarismo irrestricto...*” (74).

Para esclarecer su punto, Dworkin muestra en breves pinceladas esa vinculación entre democracia e “interpretación judicial”: Así, dirá por ejemplo, que “*el principio de interés permite apreciar la sensatez del enfoque que ha desarrollado la Suprema Corte de los EEUU para interpretar la abstracta cláusula de igual protección. Las distinciones elaboradas por la Corte, como el examen laxo y estricto, y los test de relación racional y de interés compulsivo, si bien toscos y abiertos a mejoras, son respuestas a las necesidades que impone el principio de interés a la interpretación judicial...*” (75). De manera más arriesgada, afirmará que “*el principio de independencia sugiere una estrategia para evaluar la jurisprudencia de la Suprema*

93

¹⁷ “Las decisiones colectivas deben reflejar igual consideración por los intereses de todos sus miembros...una persona no pertenece a una unidad colectiva...a menos que sea tratada por los otros miembros como tal, y tratarla de ese modo significa aceptar que el impacto de la acción colectiva en la vida e intereses de ese miembro es tan importante para él éxito final de la acción como el impacto en la vida e intereses de cualquier otro.” (67)

¹⁸ “Los ciudadanos...deben ser alentados a considerar que el juicio moral y ético es responsabilidad propia en lugar de responsabilidad de la unidad colectiva...un gobierno democrático no debe determinar el pensamiento de los ciudadanos acerca de cuestiones del juzgar político, moral o ético...”; y agrega en la nota la pie “en cualquier caso de acción comunitaria integrada, debe trazarse una línea entre lo privado y lo colectivo...”. El principio “...se subvierte cuando la comunidad adopta medios coactivos, ocultos o indirectos para dar forma a las convicciones de sus ciudadanos”. (68). Ya veremos que este principio experimenta cambios sustantivos unos años después.

Corte acerca de la privacidad...” en relación con la discusión del aborto (76). En su opinión, el principio de la independencia veda la política de prohibición del aborto pues ella implicaría la *“suposición de que una comunidad tiene derecho a establecer estándares morales para el conjunto de sus ciudadanos, [lo que] claramente lo contradice [contradice a dicho principio]. En una democracia comunitaria genuina, “gobierno del pueblo” quiere decir un gobierno que permita que cada persona sea responsable del desarrollo de su propia personalidad ética y moral...”* (77).

Así, dado que *“en la concepción comunitaria [communal], la democracia y las restricciones constitucionales no son antagonistas, sino que, en principio, van de la mano”* (78), el control judicial no debe verse como antagónico con la democracia, sino como una herramienta para realizar sus condiciones, a través de las restricciones constitucionales que efectivizan los principios de participación, interés e independencia.

En 1996, en la Introducción de Freedom’s Law, Dworkin dio un paso más en su proyecto.

Por un lado, reivindica la llamada “lectura moral” de la constitución, que *“proposes that we all...interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice...The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law”* (2); y defiende que su “moral reading” no sólo es la mejor respuesta sobre cómo entender la constitución, sino que ella es plenamente consistente con el ideal democrático. Al mismo tiempo, y yendo un poco más lejos, argumentará que la revisión judicial, que acepta la lectura moral, tampoco es inconsistente con el ideal democrático.

Para Dworkin el rechazo a la lectura moral, así como la posición que critica a la revisión judicial alegando que resulta *“elitist, antipopulist, antirepublican and antidemocratic...”* se apoyan o descansan *“...on a popular but unexamined assumption about the connection between democracy and majority will...”*(6).

Dworkin comienza el argumento en favor de su idea de la democracia planteando la idea de que la democracia es un concepto interpretativo, que integra la moralidad política. Y en el plano interpretativo, desde aquí en adelante Dworkin identificará al “mayoritarismo” como la concepción rival, contra la cual defenderá la superioridad de su concepción.

El test que aplicará, será el de evaluar cuál de ellas realiza mejor las virtudes políticas asociadas a la legitimidad (libertad, igualdad, comunidad, equidad).¹⁹

¹⁹ En este momento, Dworkin no identifica a ningún autor como defensor del “mayoritarismo”. Alude a él como una “posición popular”. A partir de *Law and Disagreement* (1999), Jeremy Waldron construirá una justificación para el mayoritarismo. Dworkin discutirá sus argumentos en sus últimos libros.

La clave de su presentación consiste en afirmar que el carácter democrático de un sistema de gobierno no depende de cuánto gobierne la mayoría, sino de cuánto se asegure a todos los miembros de la comunidad una serie de condiciones, que llama *“democratic conditions of equal status for all citizens”* (17). La democracia no es una cuestión de ejercicio del poder de gobierno, sino de un cierto tipo de status político de los ciudadanos, ese que resulta de la realización de las tres condiciones que presentara en IDC –participación, interés e independencia.

Dworkin alega que su concepción realiza mejor la idea de “libertad positiva”. Basado en la idea de acción colectiva communal, asociará la libertad positiva con las condiciones de “membrecía moral”: *“If I am a genuine member of a political community, its act is in some pertinent sense my act, even when I argued and voted against it...”* (22). La falla fundamental del “mayoritarismo”, afirma Dworkin es su carencia de una teoría consistente acerca de la membrecía moral, de las condiciones en las que una comunidad es una comunidad genuina, legítima. Solo cuando se realicen tales condiciones, afirma Dworkin, la decisión mayoritaria puede reclamar alguna clase de ventaja moral frente a otros procedimientos, pero no resulta superior en sí misma.

Lo que Dworkin no hace aquí (y en realidad no hará jamás) es argumentar que el mayoritarismo no proveería la forma institucional por excelencia para la toma de decisiones en la medida en que estuvieran suficientemente respetadas tales condiciones (lo cual deslegitimaría la revisión judicial en tales comunidades). Dworkin evita esta cuestión.

Debemos notar que en un pasaje de este hermoso texto, mientras discute la democracia a la luz del ideal de fraternidad y comunidad, Dworkin vuelve a ocuparse de la relación entre los procedimientos participativos y deliberativos y la calidad de las decisiones, y afirma que *“...the quality of the discussion might be better...in a general public debate preceding or following a judicial decision than in a political battle culminating in a legislative vote or even a referendum...Although the political process that leads to a legislative decision may be of very high quality, it very often is not... Even when the debate is illuminating, moreover, the majoritarian process encourages compromises that may subordinate important issues of principle. Constitutional legal cases, by contrast, can and do provoke a widespread public discussion that focuses on political morality...I put the suggestion ... tentatively, as a possibility, because I do not believe that we have enough information for much confidence either way...I do not mean, of course, that only judges should discuss matters of high political principle. Legislatures are guardians of principle too, and that includes constitutional principle... the argument of this section aims only to show why the ideal of community does not support the majoritarian premise, or undermine the moral reading”* (30/31).

Al final de su argumento, Dworkin pasa a la revisión judicial. Su posición ya no es tan terminante como en las décadas anteriores, el contrario. En primer lugar

afirma que la lectura moral, así como la existencia y respeto de las condiciones democráticas, son a priori compatibles tanto con una comunidad con revisión judicial como con una que no la tenga, pues la lectura moral “...is a theory about how certain clauses of some constitutions should be read...It is not a theory about who must ask these questions, or about whose answer must be taken to be authoritative” (34).

¿Cómo definir, entonces las cuestiones de diseño institucional a la luz de dicha lectura y de la concepción de la democracia sostenida por Dworkin? Su respuesta es la siguiente: “I see no alternative but to use a result-driven rather than a procedure-driven standard for deciding them. The best institutional structure is the one best calculated to produce the best answers to the essentially moral question of what the democratic conditions actually are and to secure stable compliance with those conditions” (34).

La respuesta dependerá en última instancia de consideraciones prácticas. “...many of these may argue forcefully for allowing and elected legislature itself to decide on the moral limits of its power. But other considerations argue in the opposite direction, including the fact that legislators are vulnerable to political pressures of manifold kinds, both financial and political, so that a legislature is not the safest vehicle for protecting the rights of politically unpopular groups...” (34).

En última instancia, ¿deberíamos dejar dichas cuestiones en las manos de mecanismos mayoritarios o judiciales? Si el test debe ser uno de resultados, ¿quién tiene más chances de acertar en esos asuntos? Históricamente Dworkin afirmaba que sin dudas el poder judicial era el que tenía las mejores credenciales para la tarea. En este momento su confianza ha variado. No aspira a probar superioridad del poder judicial, y se conforma con un empate –que es todo lo que necesita para defenderse de la crítica antidemocrática, por cierto. Y así es como concluye su alegato: “Certainly it impairs democracy when an authoritative court makes the wrong decision about what the democratic conditions require –but no more than it does when a majoritarian legislature makes a wrong constitutional decision that is allowed to stand. The possibility of error is symmetrical. (33).

Interesantemente, en el último capítulo de FL Dworkin vuelve a la tensión entre democracia y constitución –mayorías y poder judicial– al discutir sobre el pensamiento de Learned Hand. Allí insistirá con mayor vehemencia –y contra Hand– en la defensa de la supremacía judicial en cuestiones constitucionales, incluso como consistente con los ideales democráticos, calificando a su propia respuesta como paradójica. Y es fácil ver por qué. Según Dworkin: “...individual citizens can in fact exercise the moral responsibilities of citizenship better when final decisions involving constitutional values are removed from ordinary politics and assigned to courts, whose decisions are meant to turn on principle, not on the weight of numbers or the balance of political influence...” (34).

Al año siguiente de FL, Dworkin publicó “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, que fue incluido luego como capítulo 5 de JcT.

Este artículo es significativo en el proceso teórico de Dworkin por una razón anecdótica y por otra sustantiva. Anecdóticamente, este fue el primer texto en el que utilizó la expresión “partnership conception” para caracterizar su idea sobre la democracia.²⁰ Pero el texto también tiene un punto teóricamente relevante. Si bien su agenda era discutir diversas sofisticaciones del originalismo como teoría interpretativa, Dworkin dedica un pasaje a explayarse un poco más sobre las implicancias institucionales de las tres condiciones de su concepción de la democracia –a fin de defender, una vez más, que la revisión judicial no es incompatible con ella, claro.

Al caracterizar la “independencia”, afirma: *“no puede haber una empresa conjunta democrática a menos que a los individuos se les conceda una esfera privada en la que sean libres de tomar por sí mismos las decisiones que tienen un contenido más ético y religioso, respondiendo únicamente a su propio juicio y conciencia... Nadie puede considerarse a sí mismo miembro pleno e igual de una empresa organizada cuando ésta pretende autoridad para decidir lo que él entiende que el autorrespeto exige que decida por sí mismo. Esta es la base de la garantía de la libertad religiosa... y de la independencia de las decisiones éticas fundamentales... garantizada... por la cláusula del debido proceso”* (152/3).

El elemento que quiero entafizar en esta presentación de Dworkin es la rígida separación entre la esfera privada –ética– y la comunitaria –política o intersubjetiva. Si bien ya en IDC había afirmado que *“en cualquier caso de acción comunitaria integrada, debe trazarse una línea entre lo privado y lo colectivo...”*, tanto allí como en FL asociaba el requisito de independencia a la exigencia de que: *“[the community] must not dictate what its citizens think about matters of political or moral or ethical judgment, but must, on the contrary provide circumstances that encourage them to arrive at belief on these matters through their own reflective and finally individual conviction”* (FL, 26).

El requisito de “independencia” se asociaba inicialmente con la “independencia de juicio” sobre cualquier asunto político, moral o ético, y con el desarrollo

²⁰ Si bien en este artículo Dworkin comenzó a utilizar el término, lo proclamó públicamente en un breve artículo titulado, precisamente “The Partnership Conception of Democracy”, publicado en, 86 Cal. L. Rev. 453 (1998) y que no fue incluido en sus libros. Allí, realiza la siguiente afirmación, que consume su giro acerca de la concepción de la democracia, concebida como acción colectiva, comunal, integrada con los derechos: “Citizens have shared responsibilities for political decisions in, but only in, a democracy that provides every citizen substantial equality of part and voice in its collective decision, that recognizes the equal importance of every citizen’s fate in deliberating and executing those collective decisions, and that guarantees each individual a sovereign immunity from such collective decisions over certain matters of conscience and faith that, as a matter of self-respect, people must decide for themselves. These conclusions have an important consequence. They merge two ideas that have often been thought to be opposed –democracy and constitutional rights– into the distinctive ideal of political partnership”.

individual de las habilidades cognitivas y las propias convicciones; pero a partir de este artículo de 1997, lo reemplaza más bien por la inmunidad de una esfera reservada de decisión, relativa a cuestiones éticas y religiosas, que podríamos llamar “auto-referentes” o relativas al “auto-respeto”.

En todo caso, vamos cerrando la presentación de esta etapa en el pensamiento de nuestro autor. En la década de trabajos que inicia a fines de los 80 Dworkin (a) ha finalmente presentado y afinado su caracterización de la democracia como una experiencia asociativa, de “partnership”, basada en tres condiciones de ciudadanía moral que aseguran igual consideración y respeto, (b) ha argumentado que los derechos fundamentales se justifican como precondiciones para realizar la democracia, así entendida, (c) y ha intentado justificar que bajo su concepción, la revisión judicial no es inevitablemente contrademocrática –o al menos no resulta menos riesgosa para la democracia que las instancias mayoritarias– cuando se ejerce respecto de cuestiones relativas a los valores constitucionales, o –de manera más limitada– a los derechos de minorías o grupos políticamente impopulares, y para preservar una esfera de autodeterminación ética individual.

La democracia se hace más robusta, más densa (más comunitaria) en esta época, y con ello se atenúa un poco el rol privilegiado del poder judicial.

98 La lectura moral de la Constitución ahora involucra y comprende como “guardianes de los principios” no solo a los jueces, sino también a los legisladores. Toda la comunidad –también los jueces– debe participar de la lectura moral. Todos pueden acertar o equivocarse. Dworkin ya no argumenta sobre un foro privilegiado para los principios (el judicial), sino que, más modestamente, alega en contra de la idea de que la revisión judicial implique per se una alienación democrática. El elitismo que se identificaba en la primera etapa se va dejando de lado en esta visión colectiva/intepretativa.

Pero Dworkin debe preservar –como buen liberal– el “individualismo”, y para eso construye una “esfera de decisión” individual, blindada, para cuestiones éticas y religiosas, que categorialmente se excluye de la intromisión comunitaria y cuya tutela sí está dispuesto a encomendarse a la protección judicial –contramayoritaria. Ya veremos que esta esfera se hará difícil de sostener en el futuro, a medida que Dworkin integre la ética y la moral.

2. ¿Dworkin deliberativista? Una vision fugaz: “free speech, politics and the dimensions of democracy”

En 1999, Dworkin volvió a ocuparse de la democracia, al discutir la regulación del rol e influencia del dinero en la política. En sus propias palabras: “*our answer to a philosophical question –what is the best conception of democracy?– is likely*

to be decisive of whether we endorse or reject not only campaign expenditure limits but other ways of regulating our electoral process” (353). El texto se incluyó como capítulo 10 en SV y fue la única oportunidad en la que Dworkin incluyó expresamente una dimensión “deliberativa” como parte del núcleo de su concepción de la democracia. También fue la única vez en que nuestro autor admitió una potencialidad epistémica privilegiada para la deliberación y decisión colectivas sobre cuestiones de trascendencia moral.

El artículo afirma la tesis de que la libertad de expresión “...*is in itself a fundamental human right. Free speech and democracy are connected not instrumentally but in a deeper way, because the dignity that freedom of speech protects is an essential component of democracy rightly conceived” (354).*

Dworkin vuelve a contraponer “mayoritarismo” –que aquí descompone en una variante populista y otra visión, más sofisticada, que evoca la posición de Waldron– y su “partnership conception”. Para ésta última, dice nuestro autor: “...*government by ‘the people’ means government by all the people, acting together as a full and equal partners in a collective enterprise of self-government... Citizens play two main roles in a mature democracy. They are, first, the judges of political contests whose verdicts, expressed in formal elections or in referenda or other forms of direct legislation, are normally decisive... Citizens are also, however, participants in the political contest they judge: they are candidates and supporters whose actions help, in different ways, to shape public opinion and to fix how the rest of the citizens vote. The majoritarian conception of democracy pays exclusive attention to the first of those roles... the partnership conception recognizes both roles, because it supposes that in a true democracy citizens must play a part, as equal partners in a collective enterprise, in shaping as well as constitution the public’s opinion ” (357/8).*

99

En ese marco, Dworkin postula que la democracia tiene tres dimensiones: “*The first dimension ...is popular sovereignty, which is a relation between the public as a whole and the various officials who make up its government. Partnership democracy demands that the people rather than the officials be masters... ” (363). “The second dimension ...is citizen equality...[it] demands that they [the citizens] participate as equals... The partnership conception insists on equal suffrage ... but it requires that citizens be equal not only as judges of the political process but as participants in it as well. That does not means that each citizens must have the same influence over the minds of other citizens... But partnership democracy is damaged when some groups of citizens have no or only a sharply diminished opportunity to appeal for their convictions because they lack the funds to compete with rich and powerful donors” (364). “The third dimension of democracy is democratic discourse. Genuine collective action requires interaction: if the people are to govern collectively... then they must deliberate together as individuals*

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

Esta dimensión de “democratic discourse” es clave para la libertad de expresión, que debe regularse bajo la idea de que ella “...permits an expanded and even more plausible epistemic claim to be made, moreover; which is that a discourse from which no idea is formally excluded is even more likely to secure truth if the discourse is further structured to encourage ideas to be inspected on their merits” (381).

El artículo que estamos revisando, incluye una notable innovación en la presentación de los elementos caracterizante de la democracia, y reivindica una potencia epistémica significativa para la deliberación inclusiva. Sin embargo, el texto quedará como una reliquia, una visión fugaz de lo que podría haber ocurrido con la teoría de Dworkin si éste hubiera perseguido ese nervio deliberativo. La dimensión de “democratic discourse” y sus implicancias dialógicas desaparecerán en los trabajos del siglo XXI sin dejar rastros.

En todo caso, al finalizar el siglo XX, nuestro autor parecía haber logrado una concepción satisfactoria de la democracia –su “concepción asociativa”–, inmersa en la lectura moral del derecho y las dimensión interpretativas de las prácticas políticas, que le permitía abordar las principales discusiones prácticas que le interesaban. Una última transformación conceptual estaba aguardando, sin embargo, y llegaría con sus trabajos del Siglo XXI.

IV. - Cuarta etapa:

1. La “concepción asociativa” como realización de los principios de dignidad, y como segmento de la red de valor ético, moral y político (“DP” y “JXH”)

Dworkin enfatizó constantemente la dimensión moral de los asuntos políticos y legales. Su tesis original en DeS afirmaba que la mejor reconstrucción del derecho demandaba la inclusión de principios morales como parte significativa de los estándares jurídicos. En IdJ cristalizó esa impregnación moral de las prácticas sociales e institucionales, a través de la actividad interpretativa. En FL

avanzó directamente hacia la idea de “lectura moral”; una forma de interpretar y efectivizar la constitución política. A medida que daba esos pasos más generales, su visión de la democracia también evolucionaba, desde lo que tomó inicialmente como una mera práctica sin sentido normativo relevante, a una práctica dotada de sentido interpretativo y normativo, para incluirla –finalmente– como uno más de los conceptos interpretativos fundamentales de la moralidad política.

Como sabemos, el último, y más radical, movimiento teórico de Dworkin fue postular que todo el universo de valor –ético, moral, político, jurídico– es interpretativo, y, como tal, se comprende mejor –hacemos mejor sentido de él– integrándolo en una red interpretativa de apoyo mutuo. Dentro de esa red interpretativa se encuentra la moral política, que Dworkin reconstruye en base a una “estructura de árbol”. La democracia y el derecho, se argumentará en esta etapa, son ramas de la moral política –en la que interpretan los conceptos de libertad, igualdad, derechos– que fluye de la moral interpersonal –donde actúan conceptos como los de daño, obligaciones, ayuda–, que fluyen e interactúan con la ética –qué es vivir bien– y las cuestiones más generales y abstractas –sobre la responsabilidad, la interpretación y la verdad.

En esta ambiciosa etapa final de su trabajo, Dworkin no ofrecerá una reelaboración sustantiva de su idea sobre la democracia –aunque sí le hará un significativo ajuste expositivo, a fin de ubicarla en el árbol de la moralidad política, integrarla con su idea sobre la dignidad y anudarla a la red de valor.

101

En esta agenda confluye tanto el ambicioso proyecto filosófico que será completado en JxH, como su búsqueda personal, angustiada, por contribuir a la superación de la profunda brecha política que encontraba en su comunidad. Su libro DP, fue un esfuerzo práctico en ese último propósito, en el que se postula la posibilidad de un nivel profundo, básico, más elemental, de acuerdo comunitario, desde el cual puedan reexaminarse con otra luz los asuntos claves que dividían a su comunidad política, y a la luz del cual pudieran re-entenderse sus instituciones fundamentales. La propuesta de Dworkin fue que ese nivel más profundo de acuerdo estaría anclado en una cierta idea sobre la dignidad humana, más concretamente sobre dos principios de dignidad humana que se ofrecen como terreno común interpretativo, y que se proyectarán también en la caracterización y justificación ofrecida para su “concepción asociativa”.

Repasemos las dos obras de este fecundo período final.

1.1. - “Is democracy possible here?”

A partir de unas conferencias en dictadas en Princeton se conforma este breve libro. La “concepción asociativa” se presentará allí como que mejor consistencia logra con los principios básicos –las dos dimensiones– de la dignidad humana: el

principio del “valor intrínseco”²¹ y el “principio de la responsabilidad personal”.^{22,23}

Dworkin volverá a criticar al “mayoritarismo”, y utilizará por primera vez un ejercicio retórico que luego se haría famoso en su discusión con Waldron, el del “bote salvavidas”. Mediante ese ejemplo Dworkin rechaza la idea de que los procedimientos de decisión mayoritarios sean siempre, o por default, los más equitativos para saldar los desacuerdos en una comunidad –no lo son, obviamente, dice Dworkin, en los casos en los que el desacuerdo se refiere a cuál debe ser el procedimiento para resolver el desacuerdo, por ejemplo.

También se ocupa nuestro autor, finalmente, de rebatir con algún detenimiento el famoso “teorema de Condorcet”, que ya había desestimado con anterioridad, como hemos reseñado. Su argumento –ciertamente liviano– sostiene que: “...no tenemos en absoluto derecho a hacer esa suposición [la del teorema, según la cual cada miembro del grupo tiene una posibilidad mayor a 50 % de estar en lo correcto] cuando se trata de cuestiones morales fundamentales. Por el contrario, todos creemos que son muchas más las personas que se han equivocado acerca de estas cuestiones morales, a lo largo de la historia y hoy en todo el mundo, que las que han encontrarlo la respuesta correcta...” (178). Desafortunadamente, Dworkin no dirá nada, en favor de su –elitista– afirmación, ni sobre las condiciones que favorecen o dificultan el acercamiento a dicha verdad en cuestiones morales (la educación vs. la ignorancia, la soledad vs. la conversación, la intuición vs. la argumentación, etc., la buena fe vs. el capricho, la responsabilidad en la formación del juicio etc.).

102

En todo caso, nuestro autor se dedica a argumentar que los dos principios de dignidad que presenta en el texto dan lugar a –se proyectan en– dos principios básicos que deben conformar la democracia –y que funden y reemplazan a sus antiguos tres elementos.

A.- “Igualdad de consideración”: es una proyección del primer principio de dignidad. “Debemos poner el máximo empeño en asegurar que nuestros representantes políticos actúen con igual consideración por todos...el mejor instrumento para conseguir este objetivo es el sufragio universal y aproximadamente igual... [Pero además] podemos proteger mejor la igualdad de consideración si consagramos ciertos derechos individuales en una constitución que deba ser interpretada por

²¹ “Toda vida humana tiene un tipo especial de valor objetivo...es algo bueno que la vida tenga éxito y que su potencial se realice y es algo malo que fracase y que su potencial se malogre” (24).

²² “Cada persona tiene una responsabilidad especial en la consecución del logro de su propia vida, una responsabilidad que incluye el empleo de su juicio para estimar qué clase de vida sería para ella una vida lograda...” (25).

²³ Esos principios ya habían sido en cierta forma mencionados en la introducción de SV como “two principles of ethical individualism”. A su vez, en el cap. 6 de JxH ambos principios serán configurados como principios éticos, con el nombre de “self-respect” y “authenticity”, respectivamente.

los jueces antes que por representantes electos, junto con la condición de que la constitución pueda reformarse sólo por supermayorías” (182/3).

B.- “Autogobierno”: es una consecuencia del segundo principio de dignidad. Según Dworkin “la igualdad de consideración es una condición necesaria de la legitimidad política. Pero no puede ser una condición suficiente, por sí sola, porque las personas carecen de derecho moral para ejercer una autoridad coercitiva sobre otras aun cuando actúen en interés de esas otras personas. Ello constituiría una clara violación del segundo principio de la dignidad” (183/4). La salida consiste en afirmar que “aunque someterme a la autoridad de los otros comprometería mi dignidad cuando no participo en sus decisiones, mi dignidad no se ve comprometida cuando participo, como un miembro igual, en esas decisiones” (184).²⁴ Así, “este supuesto tiene una importancia crucial. Explica, si algo puede explicarlo, por qué es legítimo un gobierno democrático. Constituye además el nervio de la concepción asociativa de la democracia; debemos preguntar...qué derechos deben reservarse al ciudadano individual para que someterse a la voluntad de la mayoría de sus conciudadanos en otras circunstancias no comprometa su dignidad. Es obvio que el derecho a participar en las decisiones políticas... es esencial. Lo es también ... la igualdad de consideración de la mayoría por su destino ...la concepción asociativa requiere [también] alguna garantía de que la mayoría no impondrá su voluntad en [cuestiones de religión u otros valores éticos comparables]...Por tanto, según la concepción asociativa, los derechos constitucionales que protegen la libertad que los individuos tienen para tomar sus propias decisiones éticas no comprometen la democracia, sino que más bien constituyen un intento de garantizarla...”(184).

103

En las páginas finales de su trabajo Dworkin apurará algunas propuestas que califica como “radicales” tendientes a mejorar la calidad de la democracia de su país, e incluyen reformas educacionales tendientes a mejorar las capacidades de los ciudadanos para el debate público, reformas a los medios de comunicación, el financiamiento político y el proceso preelectoral, tendientes a mejorar la calidad, información e intercambio relativo a las cuestiones y candidatos políticos, e incluso –y sorprendentemente para algunos, tal vez– reformas a la Corte Suprema, proponiendo que sus integrantes tengan un término de duración de 15 años.²⁵

²⁴ Este argumento será repetido en JxH, y allí Dworkin lo calificará de “paradojal”, ver próxima sección, en la que analizamos dicho libro.

²⁵ Sin dudas, si el Dworkin de DeS hubiera leído semejante propuesta, habría desatado irrefrenable la furia de Hércules. Pero en esta amarga década, Dworkin veía el amanecer de lo que llamaría “the Supreme Court Phalanx”, en *The New York Review of Books*, SEPTEMBER 27, 2007; y que impiadosamente describió de esta manera: “It would be a mistake to suppose that this right-wing phalanx is guided in its zeal by some very conservative judicial or political ideology of principle. It seems guided by no judicial or political principle at all, but only by partisan, cultural, and perhaps religious allegiance...”. Pero la separación de Dworkin respecto de su antiguo favoritismo hacia los jueces no se explica sólo por la coyuntura de su país, sino que su propia teoría había ido evolucionando y matizando los elementos en que aquel favoritismo se había apoyado.

1.2.- Una primera crítica a la nueva configuración de la democracia a la luz de las exigencias de la dignidad

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

Lo relevante de esta presentación, insisto, es la vinculación de estos principios de la legitimidad política con los más abstractos principios éticos de la Dignidad que Dworkin ha presentado (valor intrínseco y responsabilidad especial), conformando la red entre ética, moral y política. Sin embargo, la presentación es exageradamente esquemática; Dworkin tenía la carga de decir algo más sobre la relación entre ambos principios, tal como los formulara en esta ocasión.

104 En particular, creo que nuestro autor tenía la carga de argumentar si había alguna prioridad lexicográfica entre estas dos nuevas dimensiones de “autogobierno” e “igualdad de consideración”; o si confiaba en una integración de apoyo mutuo entre ellas.

Afirmo que tenía dicha carga porque, tal como ahora los presentaba en esta ocasión, el espacio de uno y otro principio podrían estar en dinámicas de suma cero: el autogobierno podría reclamar autoridad para definir las condiciones de membresía o los derechos a ser consagrados como fundamentales; y a la vez, si las condiciones de membresía o los derechos fueran muy demandantes –sin importar quien las defina, si los órganos representativos o los jueces– su contenido podría restringir notablemente la extensión y profundidad de la dimensión de autogobierno.

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

De hecho, creo que aún en la esquemática forma en que Dworkin describe ambos principios, su composición y condiciones normativas, termina en realidad asignando una prioridad fundamental al primer principio por sobre el segundo –no creo que sea casual que lo enuncie primero, o que se refiera a él como una “condición necesaria”–, y dentro del segundo principio a su vez, a la sub-condición de independencia ética –la esfera blindada que ya venía protegiendo desde la etapa anterior– por sobre la práctica de autogobierno respecto de la cual constituye un límite.

Ambas priorizaciones interpretativas implican a mi modo de ver una significativa

inconsistencia. Por el contrario, creo que si uno de los dos principios debiera prevalecer, sólo podía ser el segundo; pues es a través del autogobierno que se deberían definir interpretativamente las condiciones de igualdad de ciudadanía, en la medida que ello es presentado por el propio Dworkin como una cuestión política o de moral intersubjetiva, que debe en sus propios términos debería ser resuelta por la comunidad política, por exigencia de la propia idea de dignidad, una vez proyectada a dichas prácticas.

Por supuesto, tanto una integración –que postulo como altamente difícil de articular–, como la primacía del segundo principio –que sería a mi juicio el sucedáneo consistente–, implicarían que el avance de la legitimidad democrática asociativa recortaría notablemente el espectro de asuntos o derechos que quedarían fuera de la autoridad colectiva, y que legítimamente podríamos asignar a una autoridad no colectiva/mayoritaria; algo que Dworkin nunca se sintió del todo cómodo para hacer.

Veamos si estos desafíos se resuelven mejor en su último libro.

2. “Justice for Hedgehogs”

En 2011 se publica esta obra monumental, que incluye un capítulo dedicado a la democracia. Aquí no se agregará mucho acerca del contenido de la “concepción asociativa”, que se presenta de manera similar a DP. Sin embargo, este último acto del desarrollo filosófico de nuestro autor es muy significativo porque es aquí donde completa su argumentación relativa a la ubicación de la democracia, en el complejo entramado filosófico que Dworkin nos ha legado. Allí se integrará a la democracia en la unidad y continuidad de los valores éticos, morales y políticos, y su proyección en los diversos planos de abstracción que Dworkin recorriera –desde el plano institucional hasta los más elementales relativos al valor básico de la vida humana.

El tratamiento que dispensará a la democracia estará explícitamente enmarcado en la idea de “libertad positiva”, vinculado con las dos dimensiones de la “dignidad” que se identificaran como núcleo ético –y también moral– de la concepción dworkiniana.²⁶

El camino recorrido en el capítulo dedicado a la democracia es conocido en su sustancia, aunque resulta algo original –y ciertamente problemático– en su encuadre.

Dworkin comienza afirmando, como ya lo venía haciendo, que la dignidad requiere “*independence from the government in matters of ethical choice*” (379), aunque no ocurre lo mismo en materia de “*collective decisions about morality and justice...*”. Respecto de tales decisiones “*my dignity requires that I be allowed a*

²⁶ En el Cap. 9 se presentan los dos principios éticos, ya reseñados (203/4). Dworkin reconoce allí que ellos también se formulan y operan como principios políticos –tal como los presentara en DP–, y morales –conformados de manera similar a la inviolabilidad kantiana y el antiperfeccionismo (ver JxH 203, 205 y 212).

role in the collective decisions. What role must that be?” (379). La respuesta a esa pregunta, es –afirma– una teoría interpretativa de la democracia, y Dworkin abordará ese cometido, presentando nuevamente la batalla entre las dos concepciones rivales.

Una vez más, describirá al mayoritarismo sin ninguna caridad hermenéutica, afirmando por ejemplo que: *“the majoritarian conception defines democracy only procedurally. The partnership conception ties democracy to the substantive constraints of legitimacy. Because legitimacy is a matter of degree, so, on this conception, is democracy”* (384).²⁷ Asimismo, dirá que al mayoritarismo le interesa responder una pregunta, la siguiente: *“Which system is more likely to reliably enforce the reflective and settled will of a majority of citizens in the long run?”* (383).²⁸

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

En este punto, me interesa remarcar cómo JxH vuelve a recordar el vínculo entre democracia y legitimidad, entendida ésta como un asunto diferente al de la justicia de las instituciones o decisiones públicas. La experiencia de “partnership” solo es posible, dice Dworkin si todos –más allá de los desacuerdos– *“respect the conditions of legitimacy...”* (384). Sin embargo, y de manera llamativa, el capítulo sobre la democracia no explora este asunto en profundidad, sino que se dedicará a repetir la discusión sobre qué concepción realiza mejor la “fairness” o la igualdad. Ya veremos las implicancias de esta elección.

Dworkin sigue confiado en la superioridad de su concepción frente al mayoritarismo en términos de igualdad y defiende una especie de empate, o equilibrio, en términos de “fairness”.²⁹

Hacia el final del capítulo sobre la democracia Dworkin se propone analizar, más

²⁷ El “mayoritarismo” de Waldron, sin ir más lejos –y ni hablar del constitucionalismo popular– no están captados adecuadamente en esa caracterización. La tesis de Waldron, por ejemplo, no es “sólo” procedimental; al contrario, se apoya en una visión sustantiva de la igualdad, que en su opinión resulta honrada, por mecanismos participativos de decisión mayoritaria. Ver. “Law and Disagreement”, Oxford, 1999.

²⁸ Otra vez, una caracterización poco caritativa. Tal pregunta sólo es relevante si antes se estableció, como Waldron tratara de hacer, que la igual dignidad –cuando existen profundos desacuerdos y se debe tomar una decisión que obligará a todos– se honra de la mejor manera mediante procedimientos participativos, que concluyan en una decisión mayoritaria. Dworkin plantea la pregunta en el vacío, lo que no es justo.

²⁹ Esta dimensión se discute en base a una profundización del ejemplo del bote salvavidas, que ratifica su idea de que no hay argumentos de equidad en favor de los procedimientos mayoritarios para todos los casos.

ambiciosamente, en qué medida su concepción es consistente o no –en términos de respeto a la igualdad entre los ciudadanos– con instituciones tales como el “gobierno representativo” y el “control judicial”. Para responder dichas preguntas plantea una “*burden of argument*”, en base a la cual realizar el análisis.

El test de la “concepción asociativa” es el siguiente: “*any significant difference in the political impact of different citizen’s votes is undemocratic and wrong unless it meets two conditions, one negative and the other positive. First, it must not signal or presuppose that some people are born to rule others...Second, it must be plausible to suppose that the constitutional arrangement that creates the difference in impact improves the legitimacy of the community*”³⁰ (392).

Veamos cómo opera el test en relación con la revisión judicial, que nos interesa en este trabajo: Dworkin comienza por alegar que, obviamente, el poder de los jueces no implica una discriminación por nacimiento ni riqueza; de modo que la cuestión de su consistencia con la democracia gira en torno a la segunda condición: “*Is it plausible that judicial review improves democratic legitimacy overall?*” (396).

La respuesta parece bastante sorprendente –sorprendentemente deficiente, agregó. Según Dworkin, “*Any defense of judicial review as democratic...must argue that judicial review improves overall legitimacy by making it more likely that the community will settle on and enforce some appropriate conception of negative liberty and of a fair distribution of resources and opportunities, as well as of the positive liberty that is the subject of this chapter*”.

La considero sorprendentemente deficiente porque, según parece, al final del día, la distinción entre legitimidad y justicia (igualdad, libertad negativa, etc.), y la idea de que el valor de la democracia se asociaba a las condiciones de legitimidad termina sorpresivamente borrada, eliminada conceptualmente. Dworkin parece poner una vez más a la legitimidad como dependiente de la justicia. La democracia queda, otra vez, instrumentalizada con respecto a valores políticos sustantivos –una especie de regreso a lo que había sido lo peor de la “dependent conception”, que Dworkin parecía –acertadamente– haber dejado atrás, cuando comenzó a asociar democracia y condiciones de ciudadanía moral, etc. Todo eso se realiza además sin una fuerte fundamentación.

Y por si esto fuera poco, el desarrollo de la respuesta termina siendo llamativamente contextual –lo cual le quita al argumento el atractivo “interpretativo” sobre el “valor de la democracia” que el autor nos venía prometiendo.

En sus palabras: “*Whether that argument can succeed for any political community obviously depends on a host of factors that vary from place to place. These include the strength of the rule of law, the independence of the judiciary, and the character of the constitution judges are asked to enforce. Judicial review*

³⁰ Como se puede ver, es un test completamente diferente al que adoptaba en “What is equality?: Part IV” para las cuestiones “choice-insensitive

may well be less necessary in nations where stable majorities have a strong record of protecting the legitimacy of their government by correctly identifying and respecting the rights of individuals and minorities... Nothing guarantees in advance that judicial review either will or will not make a majoritarian community more legitimate and democratic... History is not decisive of the large question whether judicial review can be expected to improve legitimacy in the future. But history counts. I am denning ... that judicial review is inevitably and automatically a defect in democracy. But it does not follow that any democracy has actually benefited from the institution... ” (398/399).

Al final de esta argumentación, Dworkin ya no defiende ni siquiera la consistencia o la “no in-consistencia” democrática de la revisión judicial; ¡Quién podría hacer un juicio sobre algo tan complejo! Todo depende del contexto y la historia.

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

Mas allá del tipo de respuesta que Dworkin acabó dando al asunto de la revisión judicial, lo que resulta claro es que en alguna parte de este recorrido, se extravió el camino argumental al que conducían sus propias promesas sobre lo que iba a ofrecernos. Dworkin terminó respondiendo preguntas que no había hecho, evadiendo las que había hecho, y presentando conclusiones que no guardan correlación con lo que estaba analizando. Prometía que mostraría “when and why” se podría justificar limitar la igualdad de impacto –lo que distingue a la concepción “partnership” de la “mayoritaria”, que parece prohibir todo desvío de dicha igualdad–; y la respuesta que encontramos es algo así como: simplemente cuando sea mejor para la legitimidad; que luego transforma –inconsistentemente– en algo así como “que se logre una concepción apropiada de los derechos, la igualdad de recursos, la independencia ética y la libertad positiva”; asunto que, al final del día, “dependerá del contexto y la historia”³¹.

Supuestamente la elección entre concepciones alternativas de la democracia nos proveería principios para evaluar y optar por diferentes arreglos institucionales (más o menos mayoritarianismo, mayor o menor influencia del poder judicial, etc.). Dworkin falla en proveer una respuesta consistente sobre el punto, en este último paso.

Sin embargo, podemos intentar superar este sabor a poco con una última vía de exploración. Recordemos que Dworkin había identificado inicialmente a la

³¹ Al principio del capítulo, Dworkin prometía la siguiente agenda: “...is the practice of judicial review...illegitimate because it is undemocratic... or is that practice rather a necessary and desirable corrective to democracy? Or –a third possibility- is ...actually essential to creating a genuine democracy? ...we cannot choose among them without choosing among conception of democracy and defending our choice...” (380). Al final resulta que, al parecer, tampoco podríamos elegir entre ellas luego de haber elegido una concepción en particular, al menos si elegimos la que Dworkin mismo favorece.

legitimidad como concepto clave para evaluar las diferentes concepciones de la democracia –las condiciones de legitimidad a la luz de los principios de la dignidad. Veamos pues cómo reconstruyó dicho concepto político fundamental en el mismo libro, unos capítulos antes, mientras tejía su red de valor, para ver si podemos emplearlo como parámetro evaluativo de las concepciones de la democracia.

Para eso debemos adentrarnos en el cap. 14, donde Dworkin analizaba las “obligaciones” como concepto básico del universo moral, y las “obligaciones políticas” dentro de ellas, entendidas como un tipo de obligación asociativa. Esta clase de obligación tiene en Dworkin un tinte paradójico: Un gobierno coactivo es esencial para nuestra dignidad, pero a la vez amenaza con hacer imposible nuestra dignidad –pues parece implicar el dominio de otros sobre nosotros, o de nosotros sobre otros. Su respuesta es que la obligación política no viola la dignidad en la medida que: *“we find ourselves in associations we need and cannot avoid but whose vulnerabilities are consistent with our self-respect only if they are reciprocal – only if they include the responsibility of each at least in principle, to accept collective decisions as obligations...”* (320).

Veamos ahora las condiciones en que las obligaciones políticas se sostienen. Ese es el campo de la legitimidad: *“Legitimacy is a different matter from justice. Government has a sovereign responsibility to treat each person in their power with equal concern and respect. They achieve justice to the extent they succeed... Government may be legitimate, however ... even though they are not fully, or even largely, just. They can be legitimate if their laws and policies can nevertheless reasonably be interpreted as recognizing that the fate of each citizen is of equal importance and that each has a responsibility to create his own life....that is, if it strives for its citizens’ full dignity even if it follows a defective conception of what that requires...”* (321/322)³².

109

Con esta reconstrucción podemos cerrar mejor el círculo sobre las concepciones de la democracia. Dworkin debía haber evaluado a las concepciones de la democracia con el test de la obligación política, de la legitimidad, sin derivar, como terminó haciendo, a la cuestión de la justicia –para entregarse al contexto y la historia; pues dicho concepto proveía, en su propia estructura, el puente entre los principios de dignidad y la esfera política.

Acaso la mejor formulación de esta forma integrada de resolver las ecuaciones múltiples de la dignidad, la legitimidad, la libertad y la democracia está en el inicio de su capítulo 17 (Liberty). Allí dijo: *“We must distinguish two very different questions. Both assume that government...is inevitably coercive. The first asks; By whom –and with*

³² Sólo cuando existan manchas sustanciales a la justicia, sin canales políticos para limpiarlas, “then political obligation lapses entirely. The unfortunate citizens must contemplate, as I said, not just civil disobedience but revolution” (323).

whom— should I be coerced? The second asks: How much should I be coerced? (365).

Dworkin entendía que la idea de libertad positiva respondía a la primera pregunta y la de libertad negativa a la segunda, y reconocía que “*both these ideas—of positive and negative liberty— are initially puzzling.*” Y ésta era su respuesta: *The second principle of dignity explains why we should regard answers to these two questions, which seems so different, as both theories of liberty. People must be allowed responsibility for their own lives, and...that responsibility is compatible with governance by others only when certain conditions are met...First, everyone must be permitted to participate in the right way in the collective decisions that make up his governance, and second, everyone must be left free from collective decision in matters that his personal responsibility demands he decide for himself. Because responsibility has those two dimensions, so does liberty. A theory of positive liberty stipulates what it means for people to participate in the right way. It offers, that is, a conception of self-government...*” (365).

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

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

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

Eso era lo que Dworkin debía argumentar al comparar las concepciones rivales; eso era lo que debía evaluar para identificar los supuestos justificables de alejamiento de la igualdad de impacto en su concepción, y analizar arreglos institucionales específicos tales como el gobierno representativo y la revisión judicial. Es difícil saber por qué no lo hizo. Acaso porque si realizaba el ejercicio a fondo se habría visto obligado a cambiar las respuestas que había venido dando desde Freedom’s Law. En efecto, creo que ese era el caso, según argumento a continuación.

2.1.- ¿Dos asuntos mal resueltos en el último movimiento?

A.- *La esfera de cuestiones éticas*: Desde IDC Dworkin invocó la “independencia ética del individuo” como salvaguarda frente al robustecimiento de la vida comunitaria que él mismo iba realizando. Esa independencia fue presentada inicialmente como “independencia de juicio” individual. La comunidad era una unidad de acción y de responsabilidad, pero no era una unidad de juicio.³³

Pero, como hemos visto, a partir de “The arduous virtue of fidelity...”, varió sutilmente esa caracterización, para transformarla en la reserva, el blindaje, de una “*esfera privada en la que sean libres de tomar por sí mismos las decisiones que tienen un contenido más ético y religioso...*” (JCT, 152).

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

111

Pues bien, yo creo que la segunda dimensión –a la que antes Dworkin no había hecho referencia– es teóricamente consistente, a la vez que sigue la idea originaria de “independencia de juicio”, expresando una protección “antiperfeccionista” valiosa y funcional. La independencia ética se viola cuando la comunidad –la mayoría, el gobierno– pretende decirle a las personas qué ideales éticos son mejores o peores, y sobre esa base les impone conformarse a ellos. Para ello resulta procedente el test relativo a la clase de argumentos empleados para justificar la decisión colectiva. Las decisiones basadas en argumentos perfeccionistas violan la independencia ética. Impecable, creo.³⁴

Pero la primera dimensión de la independencia ética, destinada a blindar la esfera de decisiones de “carácter fundacional”, o “matters of ethical foundation” resulta

³³ Decía allí: “una comunidad viola el principio de independencia tanto si vuelve irrelevantes las convicciones personales del individuo respecto de la cuestión de cómo conduce efectivamente su vida, como si le prohíbe tener tales convicciones” (70). Agregaba que “... toda suposición de que una comunidad tiene derecho a establecer estándares morales [éticos, de acuerdo a su formulación en JxH] para el conjunto de sus ciudadanos, claramente lo contradice [al principio de la independencia]... ‘gobierno del pueblo’ quiere decir un gobierno que permita que cada persona sea responsable del desarrollo de su propia personalidad ética y moral...” (77)

³⁴ En este sentido, Dworkin expresa el mismo punto que en nuestro medio hiciera Carlos Nino, al fundar en el control de razones perfeccionistas una de justificaciones para la revisión judicial en el marco de una democracia deliberativa. Ver *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Bs. As. 1992, pág. 699.

teóricamente inconsistente, especialmente en el marco del proyecto de JxH, donde se argumenta la integración interpretativa entre ética, moral y política.

En la estructura de JxH ya no puede haber esferas, sino una red de apoyo e integración mutua. Ninguna dimensión es más fundacional que ninguna otra cosa. La ética y la moral intersubjetiva se brindan sentido y apoyo mutuo, tal como las reconstruye en esta obra. Su esperanza y pretensión de aislar las “matters of ethical foundation” no pueden ser exitosas.

La debilidad de su argumento en este punto se revela cuando al describir esas decisiones blindadas, Dworkin debe agregar la frase –aparentemente inofensiva–: “*provided that they do no threaten the like Independence of other people*”. Ese es el fin de las esferas.

¿En qué sentido podría afirmarse, por ejemplo, que mi independencia ética en cuestiones religiosas está blindada si en el caso en que mi religión me ordenara sacrificar a mi hijo, –o castigar a los infieles– la comunidad o el gobierno estarían legitimados para impedirlo porque ello amenaza la independencia de otro (de mi hijo, o de terceros)?

Correlativamente, ¿en qué sentido puede reivindicarse, por ejemplo, que las decisiones sobre el aborto no violan la independencia ética de otras personas, frente a una comunidad que entendiera –habiendo formado su juicio de manera tan responsable como yo– que sí ocurre tal cosa pues en su punto de vista el feto es una persona? Y los ejemplos podrían seguir, claro.

112

La pretensión de blindaje categorial de ciertas cuestiones como asunto de independencia ética sólo podía hacerse, con alguna confianza, cuando se suponía un abismo también categorial entre ética y moral intersubjetiva –o, más lejos en el tiempo, y en un recorte diferente, entre policy y principle. Pero no puede ser una estrategia exitosa en un universo de valor integrado de apoyo mutuo, que es el universo de JxH, donde los mismos principios éticos son proyectados también como principios morales, según el propio Dworkin ha reconocido, y llegan a la esfera política también.

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

Y, por si hiciera falta decirlo, el recurso al concepto de “amenaza” o, más aún de “daño” empleado en la frase calificadora que hemos citado tampoco ayuda a resolver la cuestión, pues ese concepto también es interpretativo y está plagado de valor.³⁵

³⁵ No podría haber, en el propio sistema de Dworkin, una noción no interpretativa de daño, en la que pudiéramos apoyarnos para saldar las controversias interpretativas sobre qué cuestiones son éticas o morales.

Una vez que tengamos un desacuerdo sobre la existencia del daño a tercero (o de amenaza a la independencia de otro) no habrá forma de resolver la tensión. ¿Quién decide –yo o mi comunidad– si mi convicción religiosa de sacrificar a mi hijo, o castigar a los infieles compromete o no su independencia? Si decide mi comunidad, entonces mi comunidad decide sobre cuestiones de “ethical foundation”, y yo no soy independiente en el sentido que Dworkin venía pretendiendo.

La cuestión tiene una obvia implicancia para la teoría de la democracia –para la legitimidad– y para el diseño institucional en términos de justificación de la revisión judicial. Dworkin veía a dicha institución como un elemento potencialmente valioso para proteger el “principio de independencia”, o “la independencia ética”, rechazando que la comunidad pueda reivindicar títulos para decidir sobre eso. Pero dicha habilitación no puede ya estar justificada en términos de una esfera protegida de cuestiones fundacionales. La independencia sólo puede ser protegida frente a interferencias basadas en posturas perfeccionistas, como hemos visto.

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

113

2.2.- El rol de los procedimientos –y decisiones– mayoritarios en una comunidad legítima

Dworkin siempre tuvo alguna clase de recelo frente a los procedimientos y decisiones mayoritarias. Temía que las preferencias externas y los conflictos de intereses dominaran las decisiones, y desconfiaba de que las instituciones mayoritarias de las democracias –típicamente las relativas a los cuerpos legislativos– tuvieran las condiciones y capacidades epistémicas adecuadas y pertinentes para adoptar decisiones ecuanímes e imparciales, mucho menos, correctas.

Sin embargo, cuando decidió enfrentar al “mayoritarismo”, en la 3° etapa que identificamos, no argumentó en base a esos recelos, sino de un modo mucho más sutil y efectivo. Alegó desde ese entonces que los procedimientos mayoritarios no eran en sí mismos equitativos ni expresaban un valioso compromiso con la libertad positiva o la igualdad moral; pues, decía, tales valores dependen del tipo de status –igual ciudadanía moral– que las prácticas comunitarias reconocen y honran para sus ciudadanos. Ese status se realizaba a través de los principios de participación, interés e independencia (luego, los de “igualdad de consideración” y “autogobierno”).

Ahora bien, como lo dijo en JxE: *“I assume that majoritarian procedures are appropriate –indeed sometimes necessary– in circumstances when they are fair”*.³⁶ Así pues, el rechazo al mayoritarismo no es, al final de su carrera, un rechazo a la regla o procedimientos mayoritarios, sino a su asociación directa como un procedimiento que intrínsecamente realiza los valores políticos fundantes (igualdad, libertad, equidad, etc.) y por lo tanto, el único conforme con la legitimidad.

Dado que la legitimidad está un paso atrás –en el respeto por las condiciones de ciudadanía moral en FL, o de dignidad en JxH–, una comunidad política legítima, podría tender, tal vez, mucho espacio para los procedimientos mayoritarios. Por eso, aparece la pregunta obvia: si una comunidad cumpliera significativamente las condiciones de legitimidad, ¿podría esa comunidad ser institucionalmente mayoritarista en sus procedimientos y métodos decisorios, de manera consistente con la propia partnership conception?

Si así fuera, la institucionalidad mayoritaria para todas las decisiones políticas –o para todas las moralmente importantes– quedaría justificada, pero no por una concepción mayoritarista o procedimentalista, sino por resultar sustantivamente consistente con los presupuestos de la concepción asociativa y las condiciones de legitimidad política³⁷.

Sin embargo, Dworkin siempre terminaba atando –a priori– las condiciones de legitimidad a la existencia misma de procedimientos contramayoritarios. Es más, como se puede ver, en la cita que acabamos de realizar de su “Response” agrega una referencia a la revisión judicial como posible arreglo para mejorar la fairness.

Ello sugiere que Dworkin se inclinaría por afirmar –consistente con su inveterado recelo mayoritario– que una institucionalidad mayoritaria nunca podría considerarse como consistente con condiciones “fair”, o con una comunidad legítima en los términos que él ha construido dicha noción; que las condiciones políticas sólo podrán ser “fair” si la institucionalidad cuenta con salvaguardas contramayoritarias –como la revisión judicial–, para asegurar que nadie sea privado de su valor intrínseco, ni de su independencia para ejercer su responsabilidad. Pero si esa fuera su idea, lo cierto es que Dworkin nunca ha hecho un argumento interpretativo positivo que permitiera justificarla –salvo la vieja alegación de que la mayoría sería juez y parte.

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

³⁶ En su Response, en “Colloquim...”, op. cit. pág. 1087. Agregando “...Judicial review is among the arrangements that might improve their fairness...”

³⁷ De hecho, ya en FL decía: *“When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not...there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better.”* (17)

Por mi parte, creo que JxH tiene elementos como para adoptar otro camino; uno que reivindique los procedimientos y decisiones mayoritarias como “apropiados” o, más aun “necesarios” para todas las decisiones comunitarias, en una comunidad legítima.³⁸ Esos elementos están en su fabulosa teoría sobre la “verdad” y la “responsabilidad moral” de la primera parte del libro.

En efecto, y dicho con la brevedad que demanda esta parte final del trabajo, Dworkin reivindica la verdad en cuestiones de valor –en contra el escepticismo–; y rechaza las hipótesis del impacto causal –en contra el realismo. En su visión “*Moral judgments are made true, when they are true, by an adequate moral argument for their truth...by and adequate case for its truth...*” (37). Y estamos justificados en suponer que cierto juicio moral es verdadero “...when we are justified in thinking that our arguments for holding it true are adequate arguments” (37). Pero sólo nos ganamos ese derecho, cuando actuamos responsablemente en la formación de nuestros juicios y argumentos.³⁹

Bajo tales ideas, puede postularse que la búsqueda de la verdad en cuestiones que nos interesan políticamente en una comunidad de iguales, demanda y justifica el ejercicio responsable de la argumentación colectiva, pública. *En las cuestiones políticas, morales, valorativas en general, que desafían todo el tiempo a nuestras comunidades políticas, tenemos la responsabilidad de buscar la verdad –con integridad y autenticidad; pero no honramos dicha responsabilidad, ni podemos reclamar nuestra verdad, o ganarnos el derecho de vivir con ella, si no hacemos el trabajo de sopesar nuestros argumentos con los de nuestros iguales, si no activamos conjuntamente los filtros contra nuestro prejuicios, si no esclarecemos y pulimos los presupuestos fácticos, causales, conceptuales, filosóficos que forman la red de nuestros juicios, exponiéndolos a la crítica de otros iguales.* Una verdad no desafiada o desafiada colectivamente –social y políticamente– no es una verdad responsable, en una comunidad de iguales. Y esa responsabilidad es consistente con –y es demandada por– los mismos principios de dignidad que conforman la teoría de Dworkin. Construir una comunidad legítima debe ser al mismo tiempo construir una comunidad de ejercicio responsable de la búsqueda de la verdad moral. Cuando dicha comunidad se logra razonablemente, la mayoría gana su derecho a vivir de acuerdo a su verdad. No por la tiranía de los números, no por el conteo de cabezas, sino por respeto a su responsabilidad. En todo caso, nadie tiene un derecho mayor a ese, y eso es suficiente.

En una comunidad legítima dworkiniana –una comunidad responsablemente deliberativa en la búsqueda de los mejores argumentos, diría yo– tal vez, los

³⁸ Con restricciones “argumentales” pero no sustantivas, como el que surge de la prohibición de “argumentos perfeccionistas”, por ejemplo.

³⁹ En el Capítulo 6 de JxH Dworkin desarrolla su interpretación de la “responsabilidad moral”

procedimientos y decisiones mayoritarias –responsablemente participativos y deliberativos– son finalmente, siempre apropiados y necesarios.

No es eso, insisto, lo que Dworkin dijo. Tampoco es, intuyo, lo que quisiera decir –aunque su texto de 1999 parecía abrir el camino en dicha dirección. Pero eso es, creo, lo que debería haber dicho, de manera consistente con el resto de su monumental JxH.

V. Conclusiones

Es tiempo de sintetizar las conclusiones de nuestra reconstrucción de la evolución del pensamiento de Dworkin sobre la democracia.

1.- En primer lugar, resulta claro que la significación normativa de la democracia fue ocupando diversos lugares en su sistema teórico. Inicialmente su teoría del derecho, la interpretación, los derechos y la legitimidad prácticamente no tenían relación fuerte con la democracia. Posteriormente ésta comenzará a ocupar un lugar relevante para la legitimidad y la justicia de la comunidad política, aunque –en la segunda etapa– Dworkin no acertará a construir una concepción exitosa de ella, quedando atrapado en una inconsistente justificación instrumental. Será en una tercera etapa cuando conseguirá integrar la democracia, los derechos y las instituciones políticas relevantes en una concepción consistente, en la que estos conceptos se prestan apoyo y justificación recíprocamente. En su última etapa, la ambición dworkiniana llegará más lejos, integrando a la democracia en una red más amplia de valor, entretejida con el ideal ético de la dignidad. La democracia quedará allí asociada a las condiciones de legitimidad de las obligaciones políticas.

2.- Las condiciones, requisitos o prerrequisitos de la democracia, pertinentes para realizar su valor, fueron variando en su configuración y/o matices a través del tiempo, de manera acorde a los movimientos indicados en el punto anterior, a partir de la segunda etapa.

Dworkin empezó construyendo ciertas dimensiones o “consecuencias participatorias y distributivas” en “What is equality?”, para pasar luego a los tres principios de membrecía moral o ciudadanía democrática (“part”, “stake” and “independence”) de IDC y FL, y terminar –finalmente– con los dos principios presentados a partir de DP –“igualdad de consideración” y “autogobierno”. En ese recorrido, un curioso desvío ocurrió en su artículo de 1999 que hemos reseñado, donde se incluían al “democratic discourse” como una de las tres dimensiones constitutivas de la democracia asociativa.

3.- Correlativamente, también experimentó transformaciones el juicio de Dworkin sobre determinados arreglos institucionales:

3.1.- Los procedimientos y decisión mayoritarios fueron vistos inicialmente como exclusivamente relevante para cuestiones de “policy” o

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

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

3.3.- La revisión judicial fue originalmente interpretada como una interferencia justa a la operación democrática para asegurar la justicia sustantiva de las decisiones relativas a principios (primera etapa); luego como una práctica consistente con la democracia, porque contribuía a realizar los resultados sustantivos (justicia) que ésta debía realizar (segunda etapa); más tarde (en la tercera etapa) como una institución no-inconsistente y potencialmente reforzadora de la democracia; y finalmente como una práctica cuya contribución a –o interferencia con– la legitimidad democrática resultaba indeterminada y quedaba en última instancia sujeta a cuestiones contextuales e históricas de cada comunidad política.

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

Lo que nunca cambió en todos estos años –salvo en aquel trabajo de 1999, y potencialmente en JxH, según alguna lectura posible que postulamos–, fue su rechazo a cualquier asignación de valor epistemológico a los consensos o convergencias morales de la comunidad –cualquiera fuera la forma en que se hubieran construido.

Es más, Dworkin expresó la convicción de que generalmente la mayoría de la gente tiene juicios equivocados en las cuestiones morales relevantes. Conjuntamente con eso, reivindicó –sobre todo en la primera etapa– el modo profesional, meditado, aislado de presiones indebidas, propio de la judicatura. Su última conversación con Waldron acerca de la influencia de las preferencias externas en las decisiones populares mayoritarias permite concluir que esa aversión individualista, y en buena

medida elitista, seguía presente hasta el final.

Sin embargo, he sostenido que es factible encontrar en los desarrollos finales de su teoría de la verdad moral, y la responsabilidad moral, una salida a su elitismo individualista, que provee la sustento a una dinámica más comunicativa, más colectiva, en la construcción del razonamiento moral. No por un fetiche colectivista o populista, sino en base a un entendimiento interpretativo sobre cómo honrar mejor nuestra responsabilidad en la búsqueda –siempre inacabada– de la verdad moral.

5.- En los desarrollos finales de JxH Dworkin parece perder algo de consistencia argumental al cerrar su caso sobre la democracia sin explorar más profundamente sobre la legitimidad y los arreglos institucionales. Más significativo aún, su insistencia en blindar un tipo de cuestiones, o un ámbito de decisiones individuales, a la injerencia de la comunidad, resulta difícil de integrar con sus desarrollos sobre la red integrada de valor ético/moral/político, que disuelve en buena medida los límites de las esferas. A su vez, el trabajo parece quedarse corto al analizar el rol y alcance de los procedimientos y decisiones mayoritarios en comunidades legítimas. Su antiguo prejuicio contramayoritario parece sujetar a Dworkin en una posición incómoda en esta materia.

6.- Es dudoso que la concepción asociativa, tal como la ha terminado de construir nuestro autor, tenga el mejor caso para la legitimidad. Su desinterés por las condiciones deliberativas, y por las implicancias que su razonable realización –en términos de inclusión y razones públicas– tendrían para la superioridad moral y política de una decisión mayoritaria tomada en tales condiciones, la colocan, creo, en desventaja frente al ideal deliberativo, en los propios términos de su proyecto integrado. También es claro que las instituciones contramayoritarias tienen un caso muy difícil para justificar una contribución, no contingente, a la legitimidad. Ni siquiera el mejor argumentador de los últimos 50 años se animó, al final de su carrera, a hacer una defensa positiva; y debió conformarse con “mantener los dedos cruzados”.

El caso para estos arreglos resulta aún más difícil si las instituciones promayoritarias fueran rodeadas por intensas exigencias participativas –que tanto Waldron como Dworkin podrían hacer en el marco de sus concepciones– y deliberativas, para asegurar la responsabilidad en la búsqueda de la verdad.

6.1.- Es una pena que Dworkin nunca haya querido discutir explícita y seriamente la superioridad de su concepción frente a las tesis deliberativistas que reivindican la superioridad moral y política de las decisiones resultantes de procedimientos de discusión colectiva incluyentes y orientados hacia el ejercicio imparcial de la razón pública. Es una pena que se limitara a rechazar la confianza epistémica del deliberativismo sin proveer una argumentación seria, y que no explorara más profundamente aquel asomo sugerido en el artículo de 1999.

Creo que a la luz de su desarrollo final sobre el tema de la verdad moral, con su apoyo último en la “responsabilidad”, su edificio teórico nos abriría la puerta

hacia el deliberativismo interpretativo, moral y político. En efecto, en el comienzo de JxH, Dworkin afirmaba: *“I argue...that we should treat moral reasoning as a form of interpretative reasoning and that we can achieve moral responsibility only by aiming at the most comprehensive account we can achieve of a larger system of value in which our moral opinions figure. That interpretative goal provides the structure of adequate argument. It defines moral responsibility. It does not guarantee moral truth. But when we find our arguments adequate, after the kind of comprehensive reflection, we have earned the right to live by them. What stops us, then, from claiming that we are certain they are true? Only our sense, confirmed by wide experience, that better interpretative argument may be found. We must take care to respect the distance between responsibility and truth...”* (39).

Nuestra responsabilidad moral, y el respeto por la distancia entre ella y la verdad, nos reclaman la deliberación. No somos responsables si no deliberamos, si no nos comprometemos conjuntamente en la búsqueda de la verdad, si no tomamos a nuestros puntos de llegada como sujetos a derrota por nuevos y mejores argumentos. En eso debería consistir genuinamente nuestro “partnership”. Y sólo cuando lo hacemos nos ganamos el derecho “to live by them”, o como elegantemente dijera Carlos Nino, solo entonces “tenemos razones para creer que tenemos razones para hacer”.⁴⁰

⁴⁰ Nino, Carlos; El constructivismo ético; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; 1989; pág. 133

VII. Bibliografía

Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 2012,

Ronald Dworkin, *Una Cuestión de Principios*, SigloXXI, Buenos Aires, 2013.

Ronald Dworkin, *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Buenos Aires, 1998.

Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2002.

Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.

Ronald Dworkin, *La Democracia Posible*, Paidós, Barcelona, 2008.

Ronald Dworkin, *La Justicia con Toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Ronald Dworkin, *Justice For Hedgehogs*, Belknap Press, 2013.

Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

120 Carlos Nino, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

J. Raz y P.M.S. Hacker (eds), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A.Hart*, Clarendon Press; Oxford; 1977.

Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.