



De la serie Medellín zenit: El Salvador  
David Escobar Parra

## ***UNA MIRADA DESDE LA ESTÉTICA A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL\****

\* Artículo resultado de trabajo de investigación para optar al título de Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: Junio 15 de 2006

Fecha de aprobación: Agosto 18 de 2006

UNA MIRADA DESDE LA ESTÉTICA A LA INTERPRETACIÓN  
CONSTITUCIONAL  
A PROPÓSITO DEL LIBRO "DERECHO CONSTITUCIONAL  
CONTEMPORÁNEO.

La Suprema Corte y el arte de la Política" de Lief H. Carter

Orlando Antonio Gallo Isaza\*\*

RESUMEN

Puede hablarse, desde la perspectiva de Lief H. Carter, de un impacto estético de las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre un público entrenado por la difusión que los medios han hecho de ellas. Si la emoción que la belleza de alguna de esas piezas jurisprudenciales se ha unido a su nivel de aceptación, es no sólo posible, sino lógico, echar mano de algunas herramientas de la crítica del arte para examinar esos fallos.

Esa es la invitación del autor, quien advierte que su propuesta ya estaba implícita en algunos pasajes de Kant y modernamente ha sido retomada por filósofos como Hans Georg Gadamer y juristas como Ronald Dworkin.

**Palabras clave:** narrativa, emoción, pragmatismo, arte, interpretación, ejecución, público, política.

A GLANCE FROM THE AESTHETIC TO THE CONSTITUTIONAL  
INTERPRETATION  
WITH REGARD TO THE BOOK "CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL  
LAW.

The Supreme Court and the art of Politic" by Lief H. Carter

ABSTRACT

It can be spoken, from the point of view of Lief H. Carter, of an aesthetic impact of the United States Supreme Court sentences about a public trained by the publicity that the media have done of them. If the emotion that the beauty of one of that jurisprudential pieces has joined to their acceptance level, it is not only possible but logical, to use some elements of art critic in order to examine those decisions. That is the author investigation, who warns that his proposal was already implied in some paragraphs by Kant and, contemporary, it has been retaken by philosophers such as Hans Georg Gadamer and jurists as Ronald Dworking.

**Key words:** narrative, emotions, pragmatism, art, interpretation, execution, public, politic.

\*\* Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Constitucional.

1. UNA MIRADA DESDE LA ESTÉTICA  
A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Los problemas constitucionales han sido para la sociedad norteamericana asuntos de interés público durante casi toda su historia. Ello se ha debido sin duda al carácter verdaderamente fundacional de su Constitución y al papel que la Suprema Corte ha jugado con sus interpretaciones. Los debates suscitados por algunos fallos paradigmáticos han centrado la atención de los medios y de la opinión pública durante meses e, incluso, durante años y puede afirmarse sin exagerar que el ciudadano promedio se ha involucrado en ellos, en algunos casos como si se tratara de los resultados de un *play off* en las grandes ligas.

Esos temas constitucionales han ocupado también, cómo no, al más restringido grupo de los especialistas, en el cual pueden incluirse jueces, litigantes y profesores de derecho. En vez de primeras planas, de allí han surgido teorías y escuelas que han confrontado no sólo el fondo, la normatividad misma, sino la forma, esto es, la manera como ella ha sido abordada desde la interpretación.

Sólo una tradición de esa índole puede haber propiciado una mirada tan refinada como la que Lief H. Carter propone en su obra *DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO - LA SUPREMA CORTE Y EL ARTE DE LA POLÍTICA*. Ya desde el comienzo nos previene con este sugestivo párrafo:

"La norma para evaluar a la Corte no es, por lo tanto, la prueba intelectual de lo correcto de una respuesta frente a todas las demás. Probablemente haya más de quince formas correctas de interpretar tanto a Hamlet, como a la cláusula de protección de la igualdad. La búsqueda de una sola respuesta adecuada llevó a la teoría del derecho a su actual callejón sin salida. Más bien deberíamos evaluar la calidad de una interpretación legal utilizando las mismas guías estéticas que usamos para juzgar interpretaciones teatrales y otros hechos artísticos"<sup>1</sup>.

A primera vista, esta parecería ser una alternativa nacida del escepticismo, una suerte de reactivación exacerbada del Realismo Jurídico Norteamericano. Carter

<sup>1</sup> CARTER, Lief H. *Derecho Constitucional Contemporáneo*. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1985, p. 17.

se encargará en el desarrollo de su libro de mostrarnos la sensatez de su propuesta y el alivio que representa frente a la pugna entre el **preservacionismo** y el **creacionismo** que dominó el panorama académico y judicial, cuyos diversos matices examina.

Los pasajes iniciales de su libro buscan precisamente entroncar la reflexión sobre la interpretación constitucional con todo el sistema político institucional, señalando cómo no es tanto el resultado jurídico de los casos lo que nos permite percibir en conjunto la bondad política, sino el examen de las opiniones de los jueces y la manera como éstas pueden conducir a conversaciones significativas, no sólo a los especialistas, sino a todo el público constitucional, esto es, a los ciudadanos.

La metáfora de la interpretación artística resulta eficaz cuando señala que

“La experiencia de que la interpretación alcanza la excelencia es, creo, difundida y real. Un público que estalla espontáneamente en una ovación al final de una obra o de un concierto de jazz o de rock, no se compromete con un acto de sicología de masas. La ejecución produjo en la gente, individual y colectivamente, la común apreciación de que se logró la excelencia. En segundo término, creo que la naturaleza de esta reacción no se acerca ni siquiera al misticismo ni a la irracionalidad como la gente –quizá encabezada por profesores de literatura y otros profesores–, podría suponer. Me sumergí en el libro de Nelson GOODMAN y Michael OAKESHOTT para mostrar que, dentro del marco de la experiencia del público, el “ajuste” de los elementos de la representación y la coherencia de pensamiento que la obra trasunta explica las reacciones frente a la pintura, los conciertos, los poemas, los espectáculos de televisión y las opiniones judiciales”<sup>2</sup>.

### 1.1 Preservacionismo

La escuela llamada también Interpretativismo u originalismo, propugna por un regreso a la Constitución y una interpretación ligada estrictamente al texto. Rechaza el activismo judicial y desecha casi totalmente la moderna filosofía política y social.

Aunque Carter reconoce su evidente desacreditación, se detiene en su estudio por su renovada vigencia en la presidencia de Reagan (época de publicación de su libro), la cual reforzó el conservadurismo de los Tribunales Federales y, además, porque como reacción a ella surgieron los movimientos creacionistas, cuyos vicios –dice– pueden entenderse mejor a partir de esa confrontación.

Sintetiza los planteamientos de los más representativos teóricos contemporáneos de esta corriente para caracterizarla, brindándonos no sólo una vista panorámica,

<sup>2</sup> Ibid., p. 18.

sino señalando que no era para entonces ni mucho menos una pieza de museo, pues eran contemporáneos suyos, con algunos de los cuales llegó incluso a polemizar: GARY Mc DOWELL, JOHN AGRESTO, CHRISTOPHER WOLFE, WALTER BERNS y ROBERT BORK.

GARY Mc DOWELL: Desconfiado del papel de los jueces, propugna, apoyado en Aristóteles, por leyes que definen “todos los casos en la mayor medida posible, y dejan librado a la discrecionalidad de los jueces tan poco como sea posible”. En un corto ensayo publicado en 1983, proponía borrar la mayor parte del Derecho Constitucional del siglo XX, pues lo consideraba una invasión a la Constitución Política.

JOHN AGRESTO: Reclama, volviendo a Jefferson, la restauración de controles y equilibrios eficaces a través de una doctrina constitucional en la cual las decisiones judiciales obliguen sólo a las partes y a la magistratura. Promueve un activismo controlado.

CHRISTOPHER WOLFE: Niega que los fundadores hubieran incorporado principios políticos que puedan ser interpretados y que aquello para lo cual la Constitución no proporciona reglas deba dejarse al juego democrático diseñado por ellos.

WALTER BERNS: “Cree que los fundadores formularon una correcta visión de la esencia del gobierno republicano que es suicida abandonar”<sup>3</sup>.

Plantea un vacío moral en las decisiones de la Corte que amenazaría la identidad política de la nación. Considera nociva la incidencia de esas decisiones sobre la opinión pública.

ROBERT BORK: Considerado uno de los más refinados defensores del preservacionismo. Fue seleccionado por Ronald Reagan para integrar la Suprema Corte. Algunas de sus opiniones son presentadas desde una lógica aparentemente irrefutable. He aquí algunas de ellas:

“...El poder de la Corte es legítimo sólo si tiene, y puede demostrarlo en sentencias razonadas, una teoría válida, derivada de la Constitución, en las esferas respectivas de libertad de las mayorías y minorías. Si no tiene tal teoría, sino que solamente impone su propia selección de valores, o peor, si sostiene tener una teoría pero en realidad sigue sus propias predilecciones, la Corte... instiga a la tiranía ya sea de la mayoría o de la minoría.

“No puede formularse ningún argumento que sea a la vez coherente y respetable apoyando a una Suprema Corte que “elige valores fundamentales”, porque una Corte que crea más que implementa una elección de valores, no puede encuadrarse dentro de los presupuestos de una sociedad democrática”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Ibid., p. 87.

<sup>4</sup> Citado por Carter, p. 89-90.

La radicalidad de la propuesta preservacionista se hace especialmente crítica en el sistema judicial del precedente, aplicado en Estado Unidos, pues ellos reclaman fidelidad a la Constitución, no a los precedentes. Ignoran que la evolución de ese derecho se ha dado a través de lecciones aprendidas y enseñadas a partir de lo que ha sucedido en los estrados. Atribuyen toda la supuesta decadencia del sistema judicial al activismo de los jueces, ignorando que desde la elección del caso que servirá de precedente, a pesar de las diferencias con el que está decidiendo, hay una inevitable actividad mental del Juez. Cuando el sistema del precedente se les vuelve un obstáculo en su análisis, llegan incluso a cuestionarlo a partir de los escasos paralelos que tiene en otros sistemas democráticos.

Los preservacionistas —en palabras de Carter— tratan de convencer a los académicos, pero no consiguen mucho más que predicar a los convertidos.

En la perspectiva de Carter de que la eficacia del proceso judicial depende de que se puedan establecer diálogos significantes entre la comunidad y sus instituciones, nada puede resultar tan inconveniente como el preservacionismo, pues frente al reclamo del ciudadano, presenta situaciones estáticas, consolidadas desde la Constitución, que le cierran las posibilidades de participación y lo priva de incentivos para el intercambio en el libre juego democrático.

En una comunidad pluralista como la norteamericana, insistir con los preservacionistas en una única respuesta correcta que hay que desentrañar del texto constitucional, conduce inevitablemente a que una gran masa de la población se resienta por esa falta de dinámica institucional y, como acota Carter, “Cuando las respuestas de un individuo desvarían, decimos que es un insano. Cuando las respuestas colectivas fallan la comunidad colectiva deja de existir”<sup>5</sup>.

## 1.2 Creacionismo

Como reacción a las exacerbaciones del preservacionismo, surgieron una serie de escuelas que pretendieron dar cuenta de que la bondad de las decisiones constitucionales no se basaba en su corrección jurídica sino en su coherencia política.

### 1.2.1 John Hart Ely

Este autor defiende la revisión judicial en los casos de igualdad racial y libertad religiosa y política, pues su aplicación robustece el sistema democrático creado por la Constitución. Plantea la interpretación no del texto ni de la historia sino más bien del documento constitucional como una totalidad, entendiendo que debe ser fiel a sí mismo.

<sup>5</sup> Carter, p. 107.

Aunque pretende desligarse del preservacionismo, su propuesta fracasa porque no está considerando políticas, sino sólo algún mundo político imaginado.

### 1.2.2 Dean Choper

Aboga por que el poder político de la Corte se reserve para decisiones sobre libertades civiles y no se malgasten sus recursos de poder en decisiones de menor importancia. Propone que la Corte se abstenga de invadir las esferas de las otras ramas del poder en tópicos que no comprometan los valores liberales de mayor importancia.

### 1.2.3 Michael Perry

Reserva a la Corte el papel de profeta o maestro de valores, con el objeto de estimular un entendimiento moral siempre más profundo. En la búsqueda de esa visión, debe ir más allá de las mayorías transitorias y de los compromisos políticos coyunturales que unen a la nación. Deberá ser capaz de una mirada abierta y orientada hacia el futuro.

## 1.3 Los estudios legales críticos

En sus fundamentos plantean que los juristas deberán ser los motores de un nuevo consenso político. Comparten la creencia de que la sociedad norteamericana oprime al desprotegido, sofoca la autorrealización y falsea la esencia de la dignidad individual al vincular el éxito con los logros materiales. Señalan que desde la enseñanza misma del derecho en las facultades se disfraza la forma como aquel legitima el poder capitalista.

### 1.4 Teoría normativa

Desde su perspectiva, “las decisiones constitucionales deberían esquivar todos los meta-análisis institucionales y democráticos acerca de la legitimidad e ir directamente a las cuestiones ideológicas mismas: ¿Qué son los derechos políticos? ¿Cuál es la naturaleza del hombre que desea limitar el modo como el gobierno puede usar su poder para dar forma a las opciones y a las vidas?”<sup>6</sup>.

### 1.5 Instrumentalismo pragmático

El pragmatismo es la principal contribución norteamericana a la historia de la filosofía. Tiene en Charles S. Pierce, William James y John Dewey a sus más notables representantes.

<sup>6</sup> Carter, p. 176.

Se opone al derecho natural por cuanto rechaza la creencia en una realidad trascendente más allá de la experiencia. Se opone también al realismo legal, con el que se suele confundir, pues ofrece parámetros para diferenciar las mejores decisiones de las peores.

No es una teoría de la decisión legal. Más bien prefigura el método científico y la lógica de la investigación.

El pragmatismo no da una teoría normativa. Desprecia las soluciones verbales, las malas razones a priori, los principios rígidos, los sistemas cerrados, los absolutos y los orígenes pretendidos. Ayuda a explicar por qué la historia constitucional produce tan poca teoría y tanto cambio constitucional a lo largo del tiempo.

Sólo el pragmatismo puede explicar por qué en Estados Unidos se aceptan sentencias judiciales concordantes con la experiencia primaria, así no respeten estrictamente las formas legales.

El propio Carter le reconoce a esta teoría su carácter de precursora de la teoría estética que él mismo desarrollará, pues propuso un modelo adaptable de cómo deberían funcionar las cosas, privilegiando la experiencia primaria respecto a las “adaptaciones”. “El pragmatismo, de acuerdo con Richard Rorty, ‘bosquejó la posibilidad de una forma de vida filosófica más libre, más romántica, más traviesa’”<sup>7</sup>.

### 1.6 Modelos económicos de doctrina constitucional

Los modelos económicos llevan hasta sus últimas consecuencias los planteamientos del instrumentalismo pragmático.

“Sólo los modelos económicos pueden realizar las metas del pragmatismo social porque sólo el uso de una unidad de valor estandarizada –la moneda– permite construir políticas sociales a partir de observaciones empíricas. Estos modelos poseen gran atractivo precisamente porque sostienen, estéticamente, que han ensamblado muchas cosas desconectadas”<sup>8</sup>.

“Las sociedades deben, en otras palabras, mantener abierta y viable la capacidad institucional para descubrir con autoridad que, dada cualquier teoría prescriptiva y/o normativa sobre el bienestar privado o público, algunas realidades no se adaptan a la teoría y deben por lo tanto cambiar[...]”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Ibid., p. 224.

<sup>8</sup> Ibid. P. 182.

<sup>9</sup> Ibid. P. 185.

### 1.7 John Rawls y el derecho natural

“Los modelos económicos de Derecho Constitucional, por lo menos como los trata Posner, son una interesante cruza híbrida de Derecho Natural y Funcionalismo Empírico Pragmático”<sup>10</sup>.

Aunque se suele asociar el Derecho Natural con la Edad Media e ideologías de índole religioso, en las sentencias de la Corte Norteamericana se puede encontrar la búsqueda de unos propósitos que van más allá del texto positivo.

Como paradigma de esa simbiosis entre Derecho Natural y Pragmatismo está la teoría económica de John Rawls, la más ampliamente difundida en la segunda mitad del siglo XX. En su teoría de la justicia propone una visión unitaria de la Constitución justa:

“Rawls pide primero a sus lectores que imaginen la redacción de una Constitución en la siguiente ‘posición original’: todos los fundadores operan detrás de un velo de ignorancia. Ignoran tanto su propio status o riqueza personal como los de cualquier otro en su sociedad. En estas circunstancias Rawls sostiene que ellos deberán necesariamente coincidir en dos principios. El primero otorga igual derecho al más extenso sistema total de libertades básicas (libertad de conciencia, libertad de voto, libertad para poseer propiedades) que pueda coincidir con la extensión de esas libertades a todos los miembros de la comunidad. El segundo permite las desigualdades sociales y económicas que (a) produzcan los mayores beneficios a los menos favorecidos y (b) atribuyan bienestar y status, a ocupaciones y posiciones de poder, que están al alcance de todos los miembros, dentro de un sistema de igualdad de oportunidades para procurarse empleo.

Los fundadores, detrás del velo, suplieron estos principios con reglas prioritarias de clarificación e implementación. De tal modo que: (a) Los principios de justicia están ordenados por voces, de modo que la primera deba satisfacerse totalmente antes de pasar a la segunda. La libertad, el primer principio, sólo puede ser restringido para acrecentar la libertad. Una restricción de la libertad, a través del encarcelamiento de un ciudadano por incumplimiento de deberes militares o la prisión de un ciudadano por un crimen, deben fortalecer el sistema de libertad compartido por todos. (b) El segundo principio, de justicia social, es superior a los principios de eficiencia económica, de modo que la desigualdad de oportunidades y la desigualdad de bienestar deben acrecentar las oportunidades y el bienestar de aquellos

<sup>10</sup> Ibid. p. 186.

menos favorecidos. El pobre, en otras palabras, debe estar mejor en condiciones de desigualdad de lo que estaría en condiciones de pura igualdad”<sup>11</sup>.

Se ha dicho que Rawls no pretendió construir una teoría académica, sino actuar para un público político. Podría decirse que su éxito se debe más al entusiasmo que suscitó en la comunidad que al refinamiento de su tesis.

Con respecto a este aspecto que se ha señalado en Rawls, Carter reflexiona: “Pienso, en otras palabras, que Rawls tuvo repercusión porque creó para su público una visión de un grupo humano que tiene actualmente consenso normativo”<sup>12</sup>.

Negociar desde la posición original, bajo el velo de la ignorancia, se parece mucho a una posición ideal de independencia del juez: la obligación que éste tiene de escuchar, su responsabilidad personal en la decisión y el requisito de que la justifique con un principio que pueda aplicarse más allá del caso mismo.

### 1.8 El derecho natural y la Constitución: dos ejemplos

Carter elige dos aplicaciones de la teoría de Rawls al ámbito jurisprudencial, desde comunidades académicas diferentes: las de Ronald Dworkin y Walter Murphy. Ambos autores ven la producción constitucional como una forma de arte.

#### 1.8.1 Ronald Dworkin

Su modelo es una propuesta crítica del positivismo. Frente a esa visión del universo normativo, enteramente compuesto por reglas, Dworkin resalta la importancia de los principios, lo que, paradójicamente, le deja un menor marco de acción al juez para obrar de una manera caprichosa.

Cuando los jueces resuelven una controversia deben demostrar que la justicia que aplican existía como principio cuando se dieron las acciones que suscitan la controversia. Buscan, en todo caso, que su respuesta sea la correcta.

Dworkin se apoya, para ilustrar su teoría, en un ejemplo extraído de la crítica literaria. Propone el examen por parte de un grupo de eruditos de la novela “David Cooperfield”, de Charles Dickens. Enfrentados a esa obra, los críticos hallarán cuestiones que el libro no responde claramente. Buscarán, cada uno, la respuesta que mejor se adapte a lo que el libro plantea. Probablemente no coincidirán en esa respuesta, pero no podrán rechazar la evidencia de que algunas respuestas son mejores que otras y que una respuesta correcta es teóricamente posible.

<sup>11</sup> Ibid. P. 187-188.

<sup>12</sup> Ibid. P. 191.

“Para Dworkin, el sistema legal análogo a los hechos narrativos dados en David Cooperfield —lo que Dickens nos cuenta acerca de David— es la tradición política de una nación. Esta tradición contiene los principios que generan las respuestas más adecuadas y por lo tanto ‘correctas’ para los casos difíciles. Dworkin critica correctamente al positivismo en su punto más vulnerable. El positivismo menosprecia el problema crítico de la imparcialidad, y fracasa al manejar el presupuesto de que una empresa social no puede funcionar sin la creencia de que posee una identidad objetiva.”<sup>13</sup>

Carter encuentra algunos problemas en el planteamiento de Dworkin. Dice que:

“Dworkin es demasiado voluble. El modelo de David Cooperfield de obtener teóricamente las mejores respuestas a lo desconocido a partir de la mejor adaptación de lo conocido, no funciona en la práctica. En primer lugar los eruditos no logran acuerdo sobre cuál evidencia necesita adaptación. Por ejemplo, en la búsqueda de una respuesta, alguien podría alegar que, puesto que sabemos que esta novela es la más autobiográfica de todas las novelas de Dickens, debemos admitir como prueba pertinente sobre David los hechos de la propia vida de Dickens. Otros pueden negarse a considerar información externa al libro, y su desacuerdo nos pondrá nuevamente en medio del debate interpretativista.”<sup>14</sup>

#### 1.8.2 Walter Murphy

Explícitamente iusnaturalista, Murphy defiende las invocaciones que la Corte Suprema norteamericana ha hecho al espíritu más que a la letra de la Constitución. Menciona, entre otras, estas razones como sustento:

Las menciones que los fundadores hacen de conceptos como “libertad” o “justicia” no fueron gratuitas y estaban enmarcadas en la tradición del Derecho Natural, muy en boga en la época.

Locke era la fuente más inmediata de la filosofía constitucional y no cabe duda de que ese autor creía de manera explícita en derechos naturales.

“La resistencia moderna a las teorías del Derecho Natural no surge de una investigación histórica técnicamente superior en las concepciones mentales de los fundadores. Más bien, los realistas modernos son quienes han aceptado —en una posterior fundamentación— la dicotomía del marco científico hechos-valores como la única forma correcta de conocimiento”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Ibid. P. 193.

<sup>14</sup> Ibid. P. 197.

<sup>15</sup> Ibid. P. 204.

El Derecho Natural ha desempeñado un papel activo en buena parte de las decisiones constitucionales modernas, a pesar del rechazo que teóricamente suscitaba.

Sintetizando los aportes que encuentra en Murphy y en Dworkin, Carter expresa:

“La tarea es restaurar las formas mediante las cuales los abogados puedan construir para sus clientes visiones políticas en las que las acciones y deseos de éstos tengan un sentido moral, maneras mediante las cuales los jueces de los tribunales convengan a los litigantes perdedores de la bondad del resultado del juicio, y maneras mediante las cuales los estudiantes de derecho constitucional puedan organizar el significado moral de lo que leen”<sup>16</sup>.

### 1.9 Otro enfoque sobre el movimiento de estudios legales críticos

Carter vuelve sobre los Estudios Legales Críticos para detenerse en la consideración de que sus propulsores se inscriben en la tradición pragmática y por lo tanto están atentos a los hechos, más que a las teorías.

Señala su desdén por la pretendida neutralidad de los jueces y de los profesores de derecho. En palabras de Tushnet: “El profesor cuya meta más elevada es **permanecer neutral**, evitar sostener su propio punto de vista, y que trata por lo tanto de enseñar el Derecho objetivamente, sólo **reforzará sabidurías enfermizamente adaptadas**”<sup>17</sup>.

Los miembros de este movimiento sostuvieron claramente que las elecciones frente a las normas están basadas siempre en valores y que la responsabilidad de esa elección debería ser asumida.

El movimiento crítico resultó saludable para el ámbito constitucional norteamericano. Señaló la desnudez del emperador. Indicó una nueva ruta en la que mostró que la experiencia jurídica se relaciona íntimamente con el discurso social, económico y político. Resaltó la incoherencia entre el trabajo de la Corte y el medio social en el cual se plasmaban sus decisiones.

Llamó la atención sobre pensar cosas y no palabras y estuvo ligado profundamente a una cultura precavida contra eslogans e ideologías.

### 1.10 ¿Por qué necesitamos un marco de referencia narrativo?

“Duncan Kennedy (1976) vinculó las eternas demandas de un marco de referencia normativo, con nuestro deseo de libertad individual, que sólo podemos lograr en referencia con acciones grupales. Pero los grupos dependen del uso de la fuerza y

<sup>16</sup> Ibid. P. 207.

<sup>17</sup> TUSHNET, En: CARTER, Op. Cit., p. 209. Lo resaltado no pertenece al texto original.

la coerción, y debemos moralizar este poder para conservar la convicción de que somos libres”<sup>18</sup>.

Es necesaria la fe en la existencia de principios morales, pero esa fe no se adquiere mediante frías discusiones académicas. Carter propone que sólo el arte, al ordenar el significado de las experiencias, puede satisfacer esa necesidad de fe. Como en las actividades religiosas, debe haber una regularidad en esa presentación. Cuando las partes proponen un litigio a la Corte, construyen una narración que trata de dar claridad a lo que es esencialmente confuso. “Los jueces deben hacer surgir la experiencia de su confusión, esto es, realizar lo que Santayana llama ‘La función del arte’, y por lo tanto tratar de ‘hacer la vida mejor’”<sup>19</sup>.

Carter encuentra que la teoría estética puede satisfacer esa necesidad de que la fuerza bruta sea una fuerza moral. ‘Tengo genuina fe’ en algo —sea una teoría constitucional o la bondad de un fallo de un tribunal específico, un sermón dominical o la ejecución de la Novena Sinfonía de Beethoven— cuando pienso que las partes de la cosa adaptan entre sí y con algún modelo de lo que debería ser<sup>20</sup>.

Como los mitos, las narraciones o las epopeyas, las decisiones judiciales, pero sobre todo, las decisiones constitucionales, son bases sobre las que se edifica un grupo social. La Constitución tiene ese nombre porque se le adjudican los efectos de constituir o construir una sociedad. El Derecho es un elemento central de la narrativa comunitaria.

“Cuando la Corte anuncia *de jure* el final de la segregación racial, cuando anuncia que el estado no puede prohibir a una mujer decidir abortar en el primer trimestre de preñez, cuando sanciona una pena capital, altera los puntos de referencia normativos que utilizamos cuando actuamos y nos comunicamos unos con otros (...) la decisión cambia las bases de la construcción social de la realidad. Las narrativas no son utopías. Por el contrario, ligan e integran ‘los es’, los ‘debería’ y los ‘podiera ser’ en un todo en cuya realidad necesariamente creemos”<sup>21</sup>.

### 1.11 Las implicaciones jurisprudenciales de la filosofía moderna

La coherencia de las respuestas constitucionales no puede mirarse, en el contexto de una cultura política pragmática (opuesta a una religiosamente fundamentalista), con excesivo rigor. No se puede perder de vista el carácter único de cada experiencia primaria. “Podemos imaginarnos encontrando, en un caso, igualmente bue-

<sup>18</sup> Ibid. P. 222.

<sup>19</sup> Ibid. p. 223.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid. p. 227.

nas sentencias opuestas si cada una nos proporciona un punto de partida persuasivo para intercambios acerca de lo que es políticamente bueno”<sup>22</sup>.

La conciencia de este aspecto sólo es posible a través de lo que ha sido el desarrollo de la filosofía moderna sobre el conocimiento práctico, el cual ha tenido en las llamadas ciencias del espíritu, a su representante más original y determinante en Hans Georg Gadamer. El entendimiento ocurre, según éste, a través de una constante acción recíproca entre lo particular y lo universal en la mente del intérprete. Esa acción no tiene métodos ni reglas predeterminados. Nada se acepta sin previo cuestionamiento y el proceso mismo no se aparta del ser del intérprete, el cual es transformado en dicho proceso.

“Este modelo de entendimiento se parece a la práctica constitucional convencional en varios aspectos. Explica, o podría explicar, la diversidad de posiciones constitucionales, sinceramente sostenidas, por ejemplo, las diferencias entre el entendimiento del Juez Brennan y del Juez O’Connor sobre el alcance del debido proceso en la Decimocuarta Enmienda. No parece estar atado a ninguna autoridad legal ni por ningún método para alcanzar o defender el propio entendimiento. Si la comprensión nunca se detiene y está siempre condicionada por lo que sucedió antes, la falta de coherencia constitucional no debe sorprendernos. **Los ideales o los universales**, probablemente el valor de la autonomía, o de la representación mayoritaria, o la eficiencia organizacional, **que cada juez combina con los hechos particulares** dados en el caso, **son necesariamente personales**”<sup>23</sup>.

Gadamer se acerca a Dworkin en el punto de considerar posible que los hombres encuentren respuestas comunes, a partir de sus experiencias personales independientes, pero encuentra más difíciles de lograr los acuerdos hermenéuticos intersubjetivos de lo que Dworkin supone, cuando éste considera posible teóricamente una única respuesta correcta.

Gadamer asume que el entendimiento ocurre a través de “intercambios verdaderos”, conversaciones entre gente libre e igual, con aceptación del dicho del otro, a partir de la consideración y la profundización de sus asertos, con una especial relevancia del principio de la libertad. “No es concebible ningún principio más elevado que el de la libertad de todos, y entendemos la historia actual desde la perspectiva de este principio: como la lucha siempre renovada e inconclusa por esta libertad”<sup>24</sup>.

Habermas, siguiendo a Gadamer, observa que ese entendimiento práctico que conduce a la interpretación comunitaria es posible a partir del diálogo, pero encuentra

<sup>22</sup> Ibid. p. 231.

<sup>23</sup> Ibid., p. 234. Lo resaltado no pertenece al texto original.

<sup>24</sup> GADAMER, En: CARTER, Op. cit., p. 235.

que hay unas condiciones materiales que bloquean la comunicación y que un gobierno ideal es aquel que trabaja para minimizar toda restricción u obstáculo de ese diálogo.

El pragmatismo y la hermenéutica asumen como una celebración el colapso de la filosofía occidental, en tanto búsqueda de universales. Richard Rorty considera incluso que los conceptos de libertad y participación igualitaria son en sí mismos vestigios de un elitismo filosófico que utiliza un vocabulario privilegiado para justificar la creencia de que los filósofos describen adecuadamente los cimientos de la cultura.

El impulso hacia lo universal está vinculado estrechamente con la búsqueda de la única respuesta correcta. Renunciar a ese impulso, como Rorty propone, puede liberarnos de esa obsesión y prepararnos para enfrentar un mundo contingente, lo que puede finalmente renovar nuestro sentido de comunidad.

Rorty se ha ocupado de los temas constitucionales y del debate político. Ha urgido a la Corte Suprema norteamericana para “preocuparse menos por obtener la respuesta correcta y más por el intercambio de ideales sociales y las consecuencias pragmáticas de acciones políticas para la formación de comunidades que nos permitan unirnos contra la oscuridad”<sup>25</sup>.

“La naturaleza dialógica del hombre (Gadamer), el valor del discurso práctico (Habermas), nuestra herencia cultural de las virtudes socráticas (Rorty y Macintyre), y el papel crítico que los juicios públicos, como actos de expresión, juegan en la creación de una comunidad discursiva (Arendt), convergen en una prescripción política. No necesariamente es una prescripción más radical que las del ‘Derecho Natural’ de Lon Fuller para mantener abiertos los canales de comunicación, ni siquiera que el modelo de democracia, bastante convencional de los libros de texto, como un sistema que funciona porque maneja abiertamente los conflictos bajo condiciones de razón y persuasión”<sup>26</sup>.

Es preciso tener en cuenta que nos hallamos frente a una Corte enfrentada a un público y que por lo tanto el juez debe trascender sus prejuicios y sus limitaciones individuales, debe acudir a la persuasión a través de la argumentación.

Para seducir a su público, a la Corte no le bastará señalar dónde está el derecho, pues con esa actitud estaría cerrando el diálogo y socavando la construcción de una visión comunitaria.

### 1.12 El derecho y el teatro

En la construcción de las comunidades de todo tipo, las interpretaciones públicas desempeñan un papel constitutivo. La celebración de la comunión es el acto cen-

<sup>25</sup> Ibid., p. 237.

<sup>26</sup> Ibid., p. 239.

tral de la Iglesia Católica Romana. Las familias tienen también sus propios rituales e incluso la música popular aglutina modernamente las aspiraciones morales, sobre todo en los jóvenes.

“Las narraciones públicas, de las cuales las interpretaciones jurídicas, teatrales, musicales y religiosas son subproductos, pretenden alcanzar alguna forma de conclusión normativa o moral. El teatro del absurdo lo logra tanto como lo hacen las piezas morales. *Esperando a Godot* y *Un hombre para todas las estaciones* transmiten mensajes igualmente vívidos, si bien profundamente incoherentes”<sup>27</sup>.

Para entender mejor la metáfora del teatro respecto a los fallos de la Corte, Carter plantea algunas aplicaciones a la jurisprudencia constitucional:

Ante el carácter celebratorio que tienen las mejores sentencias de la Corte, ésta no puede decidir sobre temas que comprometen valores comunitarios apelando simplemente a que su decisión se deriva del texto constitucional o legal. De obrar así, estaría situando el diálogo en un punto muerto. “La creación de una visión coherente y la evocación de un *nomos* no pueden restringirse a reglas sustantivas”<sup>28</sup>.

El examen de las sentencias de una Corte permite siempre distinguir a los grandes jueces y a los mediocres. Es posible que al respecto el acuerdo no sea unánime, pero también es lícito afirmar que todos los llamados “grandes” nos convencieron de tener una visión coherente de su comunidad.

Si pensamos en los jueces de la Corte Suprema como nueve actores a los que se les pide improvisar sobre el escenario, podremos observar un sin sentido colectivo a la vez que coherencia en la caracterización individual. Parecería que cada juez utiliza los precedentes y las teorías constitucionales para crear y justificar sus visiones personales.

“Incrementar el pluralismo político parecería inevitable para ampliar las distinciones y divisiones visibles entre los intérpretes de este drama. Si los individuos indagan sobre una idea constitucional ‘que parezca ser completa en sí misma’ (Oakshott) en un mundo pluralista, el compromiso que deben alcanzar para generar mayorías, será inevitablemente más comprometido, arbitrario e incoherente”<sup>29</sup>.

Cuando se da una buena decisión constitucional, que interpreta eficazmente el guión, se da una seducción del público a través de la modelación de las experiencias comunes.

Tal y como no se da una fidelidad total respecto al texto normativo si quieren lograrse efectos en la construcción del entramado social, tampoco el abrazo incondicional a una única teoría resulta conveniente para ese fin.

<sup>27</sup> Ibid., p. 246.

<sup>28</sup> Ibid., p. 249.

<sup>29</sup> Ibid., p. 250.

### 1.13 La estética en derecho constitucional

La lectura que Hannah Arendt hace de Kant nos persuade de que cuando éste construye su teoría del gusto estético hace filosofía política no escrita. A partir de ahí, puede pensarse también que los actos estéticos son actos de comunicación política. El artista busca entre otras cosas, convencer a un público.

El juez, como el ejecutante, pretende convencer a la comunidad de que se apoya no sólo en la norma (partitura), sino que interactúa con la experiencia política pública. Mucho de su éxito depende más de la adaptación que tenga el conjunto de los elementos, que del hecho de que haya “encontrado” la norma correcta.

“El ejecutante cautiva a su público no prestándose a sus caprichos, sino tomando los valores y experiencias que el público conoce y adaptándolas en su conjunto en formas nuevas y por lo tanto reveladoras. Las sentencias constitucionales de la Corte deben referirse al problema de la bondad política. Si sacamos en conclusión que la Corte habla sólo a un público de juristas, deberíamos entonces juzgar necesariamente las realizaciones judiciales en lo que he llamado términos jurisprudencialmente ‘convencionales’, porque los elementos de la interpretación textual e histórica, la fidelidad a los precedentes, etcétera, son los elementos con los cuales está familiarizado. Para persuadirlo a usted de que rechace esta solución, debo persuadirle de que la Corte debe interpretar para un público más amplio”<sup>30</sup>.

Cuando la jurisprudencia constitucional estuvo desligada de la política, cuando los más radicales preservacionistas pretendieron encontrar la solución al caso concreto únicamente en el documento constitucional, o en el querer de los fundadores, actuó equivocadamente.

El pragmatismo filosófico, al atender la experiencia histórica, dio a la Corte una atención hacia un público no especializado que conforma la comunidad política.

### 1.14 Un bosquejo de una teoría estética

Todo conocimiento y entendimiento del mundo es simbólico. Sin las palabras y sin las metáforas no es posible concebir el universo. En el mundo del Derecho esto es particularmente evidente. En el ámbito de las ciencias epistemológicas, en el cual sujeto y objeto se hallan escindidos y se encuentran sólo a partir de un método del conocimiento, no resulta siquiera deseable que el lenguaje ordinario y las creencias e ideologías permeen ese proceso de conocimiento.

Pero desde la hermenéutica y el pragmatismo, con los que se aborda modernamente el Derecho, la adecuación del lenguaje científico a la realidad histórica política resulta conveniente, en aras de propiciar un diálogo creativo.

<sup>30</sup> Ibid., p. 260.

Ante el interrogante de ¿cómo los símbolos verbales convencen a la gente de que un mensaje es coherente con sus creencias?, Carter propone una respuesta en tres etapas:

“Primero, la interpretación debe utilizar símbolos de modo que exciten la conciencia del perceptor, que lo sacudan hasta que acepte la posibilidad de una nueva comprensión, una recreación o el reordenamiento de los símbolos que ya conoce”<sup>31</sup>.

Segundo, el discurso como un todo debe ser eficiente, “los discursos simples son ejemplares cuando percibimos un lenguaje beligerante en un discurso sobre la guerra, un lenguaje amante en mensajes de paz, un lenguaje económico en mensajes de autointerés”<sup>32</sup>.

Tercero, los jueces deben convencer a un público presente. Aunque su discurso podrá en ocasiones ser precursor al avizorar horizontes nuevos, nunca podrá, como en el caso de los artistas, conformarse con ser comprendidos después de la muerte.

En los juicios sobre temas no constitucionales, el público de la Corte se limita generalmente a las partes y sus abogados, pero en los asuntos constitucionales, sobre todo cuando son altamente sensibles, el auditorio es toda la nación.

Las buenas sentencias serían aquellas en que sus autores se comprometieron directamente con la materia prima del mundo, porque “en última instancia hombres y mentes deben prevalecer sobre métodos, y donde no lo hagan, las introspecciones y los juicios carecerán de sabor y autoridad intelectual”<sup>33</sup>.

La reflexión sobre las teorías en las buenas sentencias de esos jueces debe ser implícita. Después de todo al gran público no le interesan esas sutilezas académicas. Aquí surge un nuevo paralelo con el arte moderno, que al reflexionar sobre sí, ha entrado para algunos en franca decadencia.

## 2. CONCLUSIÓN

El paso de las teorías semánticas a las teorías interpretativas en el derecho corresponde también al que se dio desde el enfoque epistemológico hasta el enfoque hermenéutico. La crisis del positivismo está ligada a ese tránsito. Sólo a partir de ese entendimiento es posible comprender que un debate como el que sostuvieron Hart y Dworkin estaba probablemente destinado a fracasar, en los términos de un acuerdo teórico, pues ambos estaban ubicados en perspectivas irreconciliables.

<sup>31</sup> Ibid., p. 268.

<sup>32</sup> Ibid., p. 269.

<sup>33</sup> Ibid., p. 294.

La aparición de la filosofía pragmática norteamericana, a través de autores como John Dewey y su discípulo Richard Rorty y el encuentro de esa filosofía con la hermenéutica, esbozada primero por Martín Heidegger y sistematizada por Hans Georg Gadamer, abrieron inusitadas perspectivas para el abordaje del tema del derecho.

El descubrimiento de que el derecho es siempre interpretación y de que no es posible describir la norma desde el mundo del ser, sacó al derecho del callejón sin salida al que se había visto abocado por la ilusión positivista.

Si todo describir es ya un interpretar, no hay que temerle al enfoque moral o al político, cuando se evalúa lo jurídico. La perspectiva hermenéutica se ha refinado, entre otras cosas, para no ser tildada de iusnaturalista. Como bien lo enuncia Rodolfo Arango: “El paso de la verdad como correspondencia del pensamiento con el mundo, a la verdad como coherencia (de la proposición normativa con las reglas del discurso normativo), permite asegurar el sentido de las proposiciones normativas y predicar de éstas verdad o corrección, sin caer en el absolutismo moral o en el autoengaño”<sup>34</sup>.

La perspectiva estética para interpretar el derecho ha de entenderse, claro está, en un sentido metafórico. Obsérvese, por ejemplo, que “el artista interpreta mientras crea ya que para hacer arte debe tener una teoría, así sea tácita, de que lo que produce es arte, del por qué lo es y por qué es mejor arte si se utilizan ciertas técnicas o elementos. La crítica, por otra parte, crea al interpretar”<sup>35</sup>.

Ese carácter metafórico explica por qué no hay una adecuación, elemento por elemento, en una y otra perspectiva. Al artista no necesariamente corresponde el juez ni al crítico de arte el teórico del derecho.

Pero la metáfora es fértil. Permite que una complejidad arduamente debatida: el derecho, sea examinada desde una complejidad con mayor prosapia: el arte. No debemos desdeñar las luces que sobre uno y otro fenómeno arroje su interacción.

Ya Ronald Dworkin había llamado la atención sobre la eficacia de esta mirada cuando escribió:

“Interpretar una práctica social es sólo una forma u ocasión de interpretación. Las personas interpretan en muchos contextos diferentes, y deberíamos comenzar tratando de hallar algún sentido sobre la manera en que estos contextos difieren. La ocasión más familiar de interpretación, tan familiar que casi no la reconocemos como tal, es la conversación. Interpretamos los sonidos o marcas que hace otra persona para decidir lo que ésta ha dicho. La

<sup>34</sup> ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*. Ed. Uniandes, Bogotá, 1999, p. 134.

<sup>35</sup> Ibid., p. 15.

llamada interpretación científica tiene otro contexto: decimos que un científico primero recoge datos y luego los interpreta. La interpretación artística tiene también otro: sus críticos interpretan poemas, obras de teatro, pinturas para defender algún propósito de su significado, tema o sentido. La forma de interpretación que estudiamos, la interpretación de la práctica social, es como la interpretación artística en el siguiente sentido: ambas apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas, en lugar de lo que las personas dicen, como en la interpretación de la conversación o los sucesos no creados por las personas, como en la interpretación científica. Sacaré provecho de dicha similitud entre la interpretación artística y la interpretación de la práctica social; denominaré ambas formas como formas de interpretación 'creativa' para distinguirlas de la interpretación científica y de la conversación".<sup>36</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*. Ed. Uniandes, Bogotá, 1999, P. 177.
- CARTER, Lief H. *Derecho Constitucional Contemporáneo*. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1985, P. 333.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Ed. Gedisa, Barcelona, 1992, P. 328.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Ed. Gedisa, Barcelona, 1992, p. 47.