

EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS*

Mary Ann Glendon

Mary Ann Glendon analiza en estas páginas cómo se ha generalizado en EE. UU. una nueva versión del “lenguaje de los derechos”. El problema, señala, no estribaría en la noción misma de derechos, ni en la fuerte tradición de los derechos en EE. UU., sino en que éstos se formulan hoy en términos absolutos, simplistas, legalistas e hiper-individualistas, manteniéndose silencio en lo que toca a las responsabilidades colectivas, cívicas y personales. Este nuevo idioma de los derechos, argumenta, ha empobrecido el debate público en ese país, a la vez que hace muy difícil la definición de los temas cruciales, y más todavía su discusión y resolución. Sólo si se logra superar el desdén por la política, concluye la autora, podrán brotar las reservas de sabiduría, virtud e imaginación que las diversas comunidades norteamericanas aún conservan en su memoria.

MARY ANN GLENDON. Abogada. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Entre sus numerosas publicaciones pueden mencionarse *The New Family and the New Property* (1981); *Comparative Legal Traditions*, con Michael Gordon y Christopher Osakwe (1985); *Abortion and Divorce in Western Law* (1987), y *The Transformation of Family Law* (1989). Mary Ann Glendon actuó como representante del Vaticano en la Conferencia Mundial de la Mujer realizada recientemente en Beijing.

* Capítulos 1, 2 y 7 (“The Land of Rights”, “The Illusion of Absoluteness” y “Refining the Rethoric of Rights”) del libro de Mary Ann Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse* (Nueva York: The Free Press, 1991). Estos capítulos han sido traducidos al castellano por *Estudios Públicos* y su publicación en esta edición cuenta con la debida autorización.

EL PAÍS DE LOS DERECHOS

Si esa libertad existe, es evidente que cada uno dispondrá de su propia vida en la ciudad de la manera que más le guste.

En efecto.

Creo yo —añadi— que en un régimen de esa clase habrá hombres de todas las procedencias.

¿Cómo no?

Es muy posible —dije— que sea también el más hermoso de todos los regímenes. Pues así como resplandece hermosa un manto artísticamente trabajado y adornado con toda clase de flores, no otra cosa ocurre con un régimen en el que florecen toda clase de caracteres.

Platón, *La República*¹

Nuestras maneras de pensar y de expresarnos nos parecen tan naturales, que a menudo sólo un extraño compenetrado con nosotros puede entrar en nuestra percepción del mundo y detectar que ella tiene una característica especial. Así, fue un aristócrata francés, resuelto a sacarle el mejor partido posible a la vida en una era democrática, quien se percató de que el lenguaje cotidiano de los estadounidenses, que conoció en los viajes que hizo a este país en 1831 y 1832, estaba plagado de legalismos. En los diez meses que estuvo con nosotros, Tocqueville recorrió todo lo que a la sazón eran los Estados Unidos, de Massachusetts a Georgia, de Nueva Orleans al actual Wisconsin. En todas partes encontró que tanto la manera de pensar de los juristas como su forma de expresarse “se infiltra, por así decirlo, en toda la sociedad, descendiendo hasta las últimas capas”². Al observador extranjero de hoy todavía le sorprende hasta qué punto el derecho y los juristas han influido en la forma de vida de los norteamericanos³.

Tocqueville atribuyó el tono jurídico del lenguaje común al hecho de que, a diferencia de Europa continental, en los Estados Unidos la mayoría de los hombres públicos eran abogados⁴. Pese a dudar de que el derecho como tal influyera muy directamente en el comportamiento humano, consideró que esta tendencia de los norteamericanos era un fenómeno social de primordial importancia. En efecto, a su juicio, en determinadas circunstancias los conceptos jurídicos pueden contribuir a configurar el mundo interior de convicciones, actitudes, sueños y anhelos, que son los resortes ocul-

¹ Plato, *The Republic*, Libro VIII, p. 409.

² Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, I, p. 270.

³ Por ejemplo, Franz Wieacker, “Foundations of European Legal Culture” (1990), p. 6.

⁴ Ya en los primeros tiempos de la colonia, cuando escaseaban los abogados y se suponía que los ciudadanos fueran verdaderos santos, algunos historiadores observaron lo apegada al derecho que era la sociedad estadounidense. Véase Daniel R. Coquillette, “Introduction: The ‘Countenance of Authority’” (1984), xxi.

tos de la acción personal y social. De hecho, generalmente estuvo de acuerdo con su famoso predecesor, Rousseau, en que “la verdadera constitución del Estado” se refiere a “las costumbres, los usos y sobre todo a la opinión”⁵. Rousseau había comparado las leyes de un país con el arco de una bóveda en que las “costumbres, más lentas en nacer, forman al fin la piedra angular”⁶. Pero ni Rousseau ni Tocqueville quisieron subestimar la función de apoyo que desempeña el arco. Al escuchar la forma en que se expresaban los estadounidenses de todos los estratos sociales, Tocqueville se convenció de que el derecho y los juristas habían dejado un sello inusual en “los usos y la moral” de la nueva nación y, en consecuencia, en su constitución no escrita. Pero, el lenguaje jurídico no sólo “se convierte así, en cierto modo, en lenguaje común”, sino que el espíritu legalista parece que “actúa en toda la sociedad y penetra en cada una de las clases que la componen, la trabaja en secreto, influye sin cesar sobre ella sin que se percate y acaba modelándola según sus deseos”⁷.

Las observaciones de Tocqueville son aún más aplicables a la cultura estadounidense contemporánea que lo que lo eran a la pequeña república democrática de nuestros antepasados. Para bien o para mal, los americanos de hoy viven en lo que sin duda es una de las sociedades más reglamentadas por la ley que hayan existido en la faz de la tierra. El brazo de la ley y del gobierno se ha alargado hasta un punto que Tocqueville y sus contemporáneos difícilmente habrían podido concebir. Por otra parte, el número de personas de formación jurídica que uno encuentra entre los funcionarios públicos y en la población en general es más grande que nunca. Actualmente, una gigantesca industria de las comunicaciones y la recreación se encarga de informar acerca de sus actuaciones, destacándolas. Estamos rodeados por imágenes del derecho y de los juristas.

Además, lo más probable es que hoy los estadounidenses de clase media tengan contacto más directo con el sistema jurídico que sus antecesores. Antiguamente, quien carecía de fortuna y podía abstenerse de la violencia tenía buenas probabilidades de no conocer en su vida el interior de una oficina de abogados o de un tribunal. En cambio, hacia mediados del siglo veinte, los americanos por lo general sólo trataban brevemente con abogados, cuando compraban o vendían sus casas, otorgaban testamento o arreglaban una sucesión. Al mismo tiempo, aumentaron las posibilidades de que cualquiera pudiese ser elegido para servir de jurado, experiencia que

⁵ Jean Jacques Rousseau, *The Social Contract*, p. 206. Véase Tocqueville, *Democracy in America*, I, pp. 305, 307.

⁶ Rousseau, *The Social Contract*, p. 207.

⁷ Tocqueville, *Democracy in America*, I, p. 270.

rara vez deja de causar una impresión profunda, incluso entre aquellos que al comienzo estiman que es una molestia. Cuando el divorcio se convirtió en un fenómeno cotidiano, un sinnúmero de hombres y mujeres tuvieron oportunidad de “comparecer ante los tribunales”, sea como partes o como testigos. Parafraseando al historiador del derecho Lawrence Friedman, actualmente la vida en los Estados Unidos se ha convertido en una “escuela de derecho vasta y diseminada”⁸.

Esta “legalización” de la cultura popular es a la vez causa y efecto de nuestra creciente tendencia a considerar que el derecho es expresión y portador de los pocos valores que son ampliamente compartidos por nuestra sociedad, a saber, la libertad, la igualdad y el ideal de justicia con arreglo al derecho. A medida que ha aumentado la heterogeneidad, se ha hecho cada vez más difícil articular los valores comunes remitiéndose a una historia, religión o tradición cultural compartidas. De esta manera, el lenguaje que hemos desarrollado para el uso público en nuestra amplia y multicultural sociedad es incluso más legalista que el que escuchó Tocqueville, y se sustenta menos en otros recursos culturales. Hoy, son pocos los estadounidenses que, como Abraham Lincoln, se sienten igualmente a sus anchas con la Biblia y con Blackstone. Ahora los políticos recurren más que nada a conceptos y tradiciones jurídicos cuando tratan de persuadir, inspirar, explicar o justificar algo ante el público. La legalidad se ha convertido en gran medida en piedra de toque de la legitimidad. Como consecuencia de ello, algunas esferas del derecho, en especial el derecho constitucional, penal y de familia, han pasado a ser un campo en que los estadounidenses procuran definir el tipo de persona que son y la clase de sociedad que quieren crear. Individualmente considerado, el lenguaje jurídico no sólo se ha convertido en el coadyuvante más importante del discurso político, sino que ha penetrado furtivamente en el lenguaje que los americanos utilizan comúnmente en torno a la mesa familiar, en el barrio y en sus distintas comunidades de relación y ayuda mutua.

Sin embargo, la jerga jurídica que impregna la sociedad estadounidense actual es muy distinta de las versiones que se dieron en el siglo diecinueve. Desde luego, ésta ha pasado por el ardiente crisol de la teoría crítica, desde la insistencia de Oliver Wendell Holmes (hijo) en hacer una estricta separación analítica entre el derecho y la moral, pasando por los “realistas” de los años treinta, escépticos en cuanto a los hechos y las normas, hasta sus seguidores más modernos de izquierda y de derecha. Segundo, no obstante que entre los abogados todavía son más los que se

⁸ Lawrence M. Friedman, “Law, Lawyers and Popular Culture” (1989), p. 1598.

dedican a planificar y prevenir que los que se dedican a litigar, es la asertividad de éstos y no la reserva de los primeros lo que se traspa más fácilmente a la cultura general por el conducto de los medios de comunicación. Finalmente, en la época de Tocqueville, el lenguaje jurídico no estaba tan saturado de referencias a los derechos como lo ha estado desde fines de la Segunda Guerra Mundial. En suma, actualmente el lenguaje jurídico es mucho más polémico, centrado en los derechos y más neutral, desde el punto de vista ético, que en 1831.

No hay indicador más revelador de la medida en que los conceptos jurídicos han penetrado el discurso popular y político que nuestra creciente tendencia a referirnos a lo que es más importante para nosotros en función de derechos, y a caracterizar casi todas las controversias sociales como un choque de derechos. Sin embargo, durante la mayor parte de nuestra historia, el discurso político no estuvo tan generosamente salpicado de referencias a los derechos como lo está en la actualidad, y el discurso relativo a los derechos no era tan legalista. El auge de los derechos sólo se dio en fecha relativamente reciente, impulsado por la evolución gradual de la función de los tribunales, y al mismo tiempo promoviéndola.

El marcado incremento de las causas en que se reclama el reconocimiento de derechos, registrado a partir del movimiento en pro de los derechos civiles de los años cincuenta y sesenta, y el incremento paralelo de los casos en que los tribunales han acogido estas reclamaciones, han sido a veces descritos como una revolución de los derechos. Si en alguna medida se justifica utilizar la manida palabra "revolución" en relación con estos acontecimientos, no es porque ellos hayan erradicado los males que debían eliminar. En realidad, si han sido substanciales los avances logrados, también han servido para que adquiramos mayor conciencia de lo profundos, rebeldes y complejos que son los problemas de justicia social que aquejan al país. Lo que sí parece revolucionario en los acontecimientos relacionados con los derechos que han acaecido en los últimos tres decenios es el cambio que éstos han producido en la función de los tribunales y los magistrados, y la forma en que ahora pensamos y hablamos acerca de los principales problemas públicos.

Al menos hasta los años cincuenta, el derecho constitucional no se centraba en la libertad individual como tal, sino en la división de la autoridad entre los estados y el gobierno federal, y en la distribución de poderes entre las ramas del gobierno central. De acuerdo con lo observado por Hamilton en el *Federalista N° 84*, en cuanto a que "la propia Constitución, en todo sentido racional y para todos los efectos útiles, es UNA CARTA DE DERECHOS", la idea era que la libertad individual se protegía más que nada

mediante estas características estructurales de nuestro régimen político. La Corte Suprema fallaba muchos menos casos relacionados con la libertad de expresión, de asociación, de credo y de los derechos de los acusados criminalmente que los que falla actualmente, no sólo porque era menos frecuente que se llevaran a juicio, sino porque hasta hace poco se pensaba que muchas disposiciones importantes de la Carta de Derechos sólo se aplicaban al gobierno federal. Sin embargo, poco a poco la Corte Suprema elaboró su doctrina llamada de la “incorporación”, en virtud de la cual declaró que la Décimocuarta Enmienda había hecho obligatorios para los estados (había incorporado) un número cada vez mayor de los derechos garantizados por las ocho primeras enmiendas a la Constitución Federal. Este proceso se aceleró en los años sesenta, cuando el Tribunal Warren comenzó a ejercer con energía la facultad de revisión de los fallos como medio de proteger los derechos individuales contra la intervención de los gobiernos estatales y del gobierno federal⁹. Actualmente, la mayor parte de la labor de la Corte en materia constitucional son casos en que se alega violación de los derechos individuales¹⁰. En los años ochenta, pese a que la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos comenzaron a mostrarse ligeramente más deferentes hacia las ramas de gobierno de elección popular, la revolución de los derechos siguió avanzando, ya que muchos tribunales supremos estatales comenzaron a interpretar que las constituciones de los estados otorgaban mayores derechos a las personas¹¹.

Quienes establecen las tendencias en el mundo académico del derecho reconocieron rápidamente que el auge de los derechos individuales era el suceso jurídico más importante de la época. Las mentes jurídicas más lúcidas del New Deal habían sido expertos en legislación y derecho administrativo; especialistas en legislación tributaria, antimonopolio y del trabajo; arquitectos e ingenieros del Estado regulador y del nuevo federalismo. Sin embargo, con el advenimiento de los derechos civiles, la atención de los juristas se desplazó hacia los tribunales. El estudio y la enseñanza del derecho constitucional adquirió atractivo y prestigio. Los catedráticos más antiguos de derecho constitucional, que habían otorgado lugar preferente a las relaciones entre el gobierno federal y los estados y a la cláusula de comercio, fueron reemplazados por hombres y algunas mujeres que se

⁹ Gerald Gunther, *Individual Rights in Constitutional Law* (1986), p. 95; Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (1988), pp. 772-773, 776.

¹⁰ Lawrence Baum, *The Supreme Court* (1985), pp. 160, 162, 166.

¹¹ La actividad de los tribunales estatales en este campo fue exhortada (y quizá estimulada) por el juez William Brennan en “State Constitutions and the Protection of Individual Rights” (1977).

abocaron a promover la igualdad y la libertad individual mediante el reconocimiento de derechos. En gran medida, el marco intelectual y el *ethos* profesional de los actuales abogados estadounidenses se han contagiado del entusiasmo por los derechos. En la formación jurídica, la profunda preocupación por la Carta de Derechos y por los tribunales tiende a opacar el importante papel que aún pueden y deben desempeñar el federalismo, la legislación y la separación de poderes para salvaguardar los derechos y la libertad. A su manera, la revolución de los derechos ha contribuido a la atrofia de los gobiernos y de los partidos políticos locales, que son vitales, y a la generalización de una actitud de desprecio hacia la política.

A diferencia de los representantes del New Deal (que se asemejaron a los Padres de la Patria en cuanto a la atención que otorgaron al diseño general del gobierno y a las funciones de sus órganos especializados, así como a las relaciones entre éstos), muchos abogados brillantes y ambiciosos que prestaban servicios en la administración pública en los años sesenta tenían un concepto más limitado y menos orgánico del derecho, del gobierno y de la sociedad. En su opinión, el poder judicial era la primera línea de defensa contra toda injusticia, al punto que consideraron que la jurisprudencia era preferible a la política corriente. En no pequeña medida, este desplazamiento de la energía y de los intereses de los abogados de derecho público, desde la legislación y la reglamentación a los fallos judiciales, refleja un creciente recelo ante el manifiesto y persistente racismo de muchas leyes, instituciones y prácticas locales. La pugna con funcionarios corruptos e intolerantes había indispuerto a muchos activistas e intelectuales de la era de los derechos civiles contra las legislaturas y los gobiernos locales, a la par que una serie de valientes sentencias de la Corte Suprema, que parecieron borrar de una plumada antiguos errores, aumentó su confianza en el poder judicial. Casos que hicieron época en la esfera del derecho penal y, más que nada, el célebre fallo de la Corte en el caso de desegregación de *Brown v. Board of Education*¹², brillaron como faros en la noche y alumbraron el camino hacia una América que finalmente alcanzaría sus ideales de igualdad de justicia y de oportunidades para todos. Muchos hombres y mujeres ilusionados se convencieron de que las sentencias de los tribunales federales abrirían paso hacia una sociedad mejor. Muy cerca de los sabios magistrados de la Corte Suprema habría renombrados científicos sociales, abogados premunidos de teorías surgidas en las mejores facultades de derecho y grupos de jóvenes auxiliares, recién egresados de las aulas y concedores de la última palabra en materia de derecho

¹²*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483 (1954).

constitucional. Así pues, el movimiento en pro de los derechos civiles no aprovechó plenamente, como habría podido hacerlo, las oportunidades a que dieron lugar sus campañas de inscripción en los registros electorales y las históricas sentencias de la Corte Suprema favorables al sistema de una persona, un voto¹³.

Mirando hacia atrás, pareciera que nuestro justificable orgullo y entusiasmo ante el fuerte impulso dado a la justicia racial por la autoridad moral de la sentencia unánime de la Corte Suprema en el caso *Brown*, nos llevó a esperar demasiado de la Corte respecto de una amplia gama de otros males sociales. Al parecer, nos indujo a subestimar el valor de un logro social igualmente trascendental, a saber, la Ley de Derechos Civiles de 1964. La idea tradicional de que, salvo que el texto constitucional o la tradición indiquen claramente lo contrario, las personas deben resolver los problemas difíciles y polémicos por conducto de sus representantes de elección popular, comenzó a desgastarse. En los años setenta, se puso de moda decir que el texto no tiene un sentido determinado y que hay iguales probabilidades de que la tradición resulte opresiva o vigorizante. A muchos activistas les parecía mejor y también más conveniente dedicar tiempo y esfuerzos a pleitos que podrían conducir a la victoria total, que pasarse largas horas en actividades de organización política, de las que generalmente lo más que se puede pretender es obtener una solución de transacción. A medida que el sistema de partidos fue víctima de grandes grupos de intereses, altamente organizados y bien financiados, la política ordinaria comenzó a parecer inútil a la par que fastidiosa, socialmente estéril y al mismo tiempo insatisfactoria desde el punto de vista personal.

Poco a poco, los tribunales removieron del control legislativo y local una serie de cuestiones y dieron alcances más amplios a muchas de las garantías constitucionales relacionadas con la libertad individual. Para el ciudadano común, tal vez lo más dramático haya sido el papel activo que asumieron los magistrados de los tribunales federales inferiores en muchos lugares del país, los que se valieron de sus facultades correctivas para fiscalizar las actividades cotidianas de cárceles, hospitales y sistemas escolares. Las mayorías de los tribunales, adoptando un criterio expansivo de las funciones que corresponden al poder judicial, y sus admiradores del mundo académico se empujaron unos a otros, como lo hacen las cuadrillas ferroviarias que se trasladan en vagones de tracción manual, a lo largo de la vía que conducía al país de los derechos. El ejemplo del movimiento en pro de los derechos civiles indujo a muchas otras víctimas de la injusticia a

¹³ *Reynolds v. Sims*, 377 U. S. 533 (1964), presagiado en *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186 (1962).

unirse a él. En los años setenta, las inquietudes de las mujeres se materializaron en torno a la idea de la igualdad de derechos. Pronto, personas e instituciones que dedicaban su tiempo a causas sociales y otras conexas, como a prevenir el maltrato y el abandono de los niños, a mejorar el trato que se da a las personas física y mentalmente discapacitadas, a eliminar la discriminación basada en los estilos de vida, a proteger al consumidor contra las prácticas ilícitas, a prevenir la crueldad con los animales y a proteger el medio ambiente, comenzaron a expresar sus inquietudes en función de derechos.

Al replantear un número cada vez mayor de cuestiones y tipos de cuestiones en función de derechos, ha surgido gradualmente un nuevo lenguaje de los derechos. Este cambio de la forma en que acostumbramos pensar y expresarnos es un fenómeno social tan importante como los desarrollos jurídicos a los que ha seguido de manera paralela. La importancia de este aspecto de la revolución de los derechos se advierte todavía más cuando se adopta un punto de vista comparativo.

En los años transcurridos desde que terminó la Segunda Guerra Mundial se ha difundido por todo el mundo el discurso de los derechos. A nivel transnacional, los derechos humanos se consagraron en una serie de pactos y declaraciones, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948¹⁴. Al mismo tiempo, varias constituciones nacionales incorporaron los derechos consagrados, con el respaldo de alguna forma de revisión judicial. (Gran Bretaña es un caso más bien especial al respecto, puesto que allí no hay revisión judicial ni constitución que conste en un documento único). Por otra parte, la arremetida por lograr derechos no se limitó a las sociedades "liberales" o "democráticas". En los Estados Unidos, el lenguaje de los derechos es hoy sólo un dialecto dentro del idioma universal de los derechos. Sin embargo, la versión estadounidense de este lenguaje tiene varios rasgos inusuales. Aparecen curiosas diferencias entre la forma en que se expresan los derechos en

¹⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948. Los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y de derechos civiles y políticos, patrocinados por las Naciones Unidas, estuvieron listos para la firma en diciembre de 1966 y entraron en vigor diez años más tarde. La mayoría de las grandes potencias, no así hasta ahora los Estados Unidos, han ratificado estos pactos. Sin embargo, los Estados Unidos firmaron la Declaración y el Acta Final de Helsinki, de 1975, que insta a contraer un compromiso no vinculante con las normas internacionales expresas en materia de derechos humanos. También hemos ratificado un número reducido de tratados de derechos humanos relativos a temas concretos: esclavitud, trabajos forzados, derechos políticos de la mujer, estatuto de los refugiados, genocidio y tortura.

los Estados Unidos y aquella en que se proclaman y debaten los derechos en muchas otras democracias liberales.

Por cierto, generalmente no pensamos que la forma en que nos expresamos sea un dialecto. Sin embargo, el lenguaje estadounidense de los derechos efectivamente tiene algunas características propias, que se manifiestan tanto en las declaraciones oficiales como en el habla ordinaria. Como primer ejemplo de esta última, considérense las acaloradas discusiones que tuvieron lugar a raíz de la primera y controvertida sentencia de la Corte Suprema sobre la quema de la bandera, en junio de 1989¹⁵. Al día siguiente de que la Corte falló que quemar la bandera estadounidense era una forma de expresión protegida por la Primera Enmienda de la Constitución, el programa de televisión *Today* invitó a un representante de la American Legion para que explicara por qué la organización no estaba conforme con la sentencia. Jane Pauley le preguntó a su invitado qué significado tenía la bandera para los ex combatientes. La respuesta que dio el entrevistado fue típica: “La bandera es el símbolo de nuestro país, tierra de los libres y patria de los valientes”. Jane no quedó satisfecha. “¿Qué es precisamente lo que simboliza?”, quiso saber. El legionario pareció irritarse, como suele sucederle a la gente cuando piensa que hay cosas que no deberían tener que explicarse. La respuesta que dio fue que “representa el hecho de que éste es un país en que tenemos derecho a hacer lo que nos dé la gana”. Naturalmente, no puede haber pretendido defender un principio que habría permitido precisamente la acción que rechazaba. De haber tenido tiempo para reflexionar, lo más probable es que no se hubiera expresado de esa manera. Sin embargo, su respuesta instintiva ilustra nuestra tendencia a recurrir al lenguaje de los derechos cuando tratamos de expresar públicamente nuestros más ardientes sentimientos acerca de cuestiones políticas.

Ese mismo día una persona entrevistada por la National Public Radio defendió la quema de la bandera. Dijo: “Según lo entiendo, yo compro una bandera. Ella me pertenece. De modo que tengo derecho a hacer con ella lo que me dé la gana”. Dejando de lado el hecho de que, en este caso, se trataba de una bandera robada, lo que resulta sorprendente sobre la forma en que esta persona se refirió a los derechos es que, al igual que el legionario, reaccionó en términos absolutos. En ninguno de los dos casos se utilizaron palabras idiosincráticas. ¿Cuántas veces en el lenguaje cotidiano hacemos declaraciones o escuchamos afirmaciones en cuanto a que, cualquiera que sea el derecho que esté en juego en ese momento, éste se impone sobre cualquier otra consideración?

¹⁵ *Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989), reafirmada en *United States v. Eichman*, 110 S. Ct. 2404 (1990).

Cuando se nos anima a hablar sobre temas de gran importancia, con frecuencia repetimos la experiencia del justamente indignado legionario. Lo más probable es que, al igual que él, comencemos por hablar en forma instintiva, y elijamos una fórmula que contenga una secuencia de asociaciones significativas para nosotros y para otros que piensan de igual manera. Cuando nuestro impulso instintivo se ve desafiado, o cuando tropezamos con la incomprensión real o fingida del que nos escucha, a menudo por un momento se nos escapan las palabras. Como el legionario a quien el entrevistador de la televisión le pidió que “desembozara el símbolo”, tal vez por un momento nos sintamos cohibidos. En estos casos, con frecuencia hablamos de derechos, y lo hacemos de la manera especial que he denominado el dialecto americano de los derechos. Este dialecto, cuyos rasgos se detallan mejor en los capítulos que siguen, penetra en todas partes. Cuando la organización People for the American Way preguntó a mil jóvenes estadounidenses qué es lo que, a su juicio, hace que los Estados Unidos sean algo especial, la mayoría de ellos mencionó con mucha razón nuestras famosas garantías y libertades¹⁶. Sin embargo, uno tras otro, los muchachos y las niñas se expresaron en el mismo lenguaje que utilizan con tanta facilidad los legionarios. Uno de ellos dijo que Estados Unidos se destaca por “el individualismo y por el hecho de que es una democracia y uno puede hacer lo que le dé la gana”. Otro dijo: “La libertad de hacer lo que queremos, cuando se nos antoje”. Otro aun: “Que en realidad no tenemos limitaciones”. Y así sucesivamente¹⁷.

No obstante, si nos detenemos a reflexionar, comprobamos que en realidad estas insólitas convicciones y afirmaciones no pueden ser verdaderas. Tenemos leyes penales que limitan decididamente nuestras posibilidades de hacer lo que nos da la gana. Por ejemplo, en el caso de la bandera, la Corte Suprema tomó la precaución de señalar que la Primera Enmienda no protege la instigación verbal a violar la tranquilidad pública. Por lo que respecta a la propiedad, nuestros derechos están limitados por los de nuestros vecinos, por leyes relativas al ordenamiento territorial, por medidas de protección del medio ambiente y por innumerables otras normas y reglas de carácter administrativo. Es probable que el entusiasta defensor de los derechos de propiedad entrevistado por la radio ni siquiera tenga derecho a quemar las hojas de su propio jardín. Expresarse despreocupadamente de esta manera no deja de tener consecuencias; de hecho, se presta para que nos equivoquemos doblemente: primero, vulgarizando o traicionando el

¹⁶ People for the American Way, *Democracy's Next Generation* (1989), p. 14.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 67-69.

sentido que damos a nuestras palabras (la bandera “representa el hecho de que éste es un país en que tenemos derecho a hacer lo que se nos antoje”), y segundo, impidiendo toda mayor comunicación con aquellos que piensan distinto que nosotros. En efecto, en su forma simple americana, el lenguaje de los derechos es un lenguaje que no da lugar a soluciones de transacción. El ganador se lo lleva todo y el perdedor tiene que abandonar la ciudad. La conversación ha terminado.

En *La República*, Platón planteó en forma muy atractiva la idea de un Estado en que cada cual puede decir y hacer lo que quiere —la ciudad “más apropiada para toda clase de regímenes políticos”¹⁸, con innumerables estilos de vida. Pero cuando Sócrates disimuladamente ensalza los atractivos de la libertad total, su interlocutor Adimanto se inquieta. En una ciudad como ésa uno no estaría obligado a participar en el gobierno, e incluso no tendría que ser gobernado, salvo que uno lo desee. No habría que ir a la guerra cuando los demás lo hagan, ni mantener la paz, a menos que uno esté dispuesto a hacerlo. A continuación, Sócrates comenta que la “benevolencia” que impera en esas ciudades es “admirable”, basta con ver a hombres que, tras haber sido condenados a muerte o al destierro, siguen paseándose libremente por la ciudad. Y obsérvese —agrega— la indulgencia con que la gente acepta los defectos de quienes ejercen cargos públicos, siempre que éstos declaren ser amigos del pueblo.

Al comienzo, la imagen de la ciudad de Platón, en la que campea la licencia, atrae mucho a aquellos de nosotros a quienes nos encantan la libertad y la variedad. “Y quizá haya muchos que, como los niños y las mujeres enamorados de todo lo artificioso, consideran ese régimen como el más bello”, dice Sócrates. Pero a medida que van surgiendo las consecuencias, Adimanto y nosotros comenzamos a sospechar que esta clase de libertad puede llevar derechamente a la desaparición de todo aquello que pudiéramos reconocer como una libertad importante.

Algunos de los que escuchan el lenguaje estadounidense de los derechos podrían concluir que los norteamericanos no tienen nada en común con los antiguos griegos, quienes sostenían que su civilización se distinguía de los pueblos que llamaban bárbaros por la moderación, el equilibrio y los límites. Otros, observando que los griegos tienen fama de haber hecho honor a sus propios ideales, a menudo infringiéndolos, dirían simplemente que somos menos hipócritas. Mucho de lo que pasa por normativo en los medios de comunicación, las universidades y la industria del entretenimiento indica que el americano moderno ha rechazado en principio muchas

¹⁸ Plato, *The Republic*, p. 409.

restricciones sociales tradicionales y, de hecho, las ha descartado. Sin embargo, el panorama total es bastante más complejo. Para citar un caso evidente, la generalidad de los padres estadounidenses se preocupan de fijar límites a sus hijos y de ayudarlos a que tengan dominio de sí mismos. En cierta medida, las diversas comunidades de las que forman parte las familias, les ayudan en estas tareas. Asimismo, lo más probable es que la mayoría de los estadounidenses concuerden en principio en que nuestro sistema es un experimento de “libertad *reglamentada*” (para utilizar la expresión del magistrado Cardozo)¹⁹, aunque tal vez no estén de acuerdo en cuanto al alcance relativo que hay que atribuir a los dos elementos que componen este vago concepto. Entonces, ¿por qué nuestro discurso público acostumbra pasar por alto la interacción esencial entre derechos y deberes, independencia y autodisciplina, libertad y orden?

Los rasgos que distinguen el dialecto americano de los derechos se perciben en los dos grandes “momentos” de la historia de los derechos humanos. El primero de ellos corresponde a las proclamas de las revoluciones americana y francesa de fines del siglo dieciocho, y el segundo a la profusión de constituciones y al movimiento internacional en pro de los derechos humanos surgidos al término de la Segunda Guerra Mundial. El lenguaje que se desarrolló en esas coyunturas decisivas para promover y aplicar los derechos proclamados contiene en todas las latitudes algunas características comunes, pero también su propio acento local. Las características comunes son bien conocidas. A partir de los tratados de los filósofos de los siglos diecisiete y dieciocho, las ideas acerca del derecho natural y de la igualdad dieron forma, impulso y orientación definida a una serie de fuerzas sociales dispersas y difusas. Hablaban de anhelos que aún carecían de nombre; despertaron esperanzas dormidas, estimularon la imaginación y cambiaron el mundo²⁰. Tanto los “derechos del hombre” del siglo dieciocho como los “derechos humanos” modernos marcan una postura contraria a los abusos y al ejercicio arbitrario del poder. Son hitos en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de nuestro potencial para ser

¹⁹ *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 325 (1937).

²⁰ Hay una vasta bibliografía sobre la historia y la teoría de los derechos y el derecho natural. Entre las obras que he considerado de especial interés, cabe mencionar las siguientes: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977); Richard E. Flathman, *The Practice of Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 1976); John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1986); Charles Fried, *Right and Wrong* (Cambridge: Harvard University Press, 1978); Morton Horowitz, “Rights”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Review*, 23 (1988); Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982); Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago: University of Chicago Press, 1953); Michel Villey, *Le Droit et les Droits de l’Homme* (Paris: Presses Universitaires de France, 1983).

libres y autónomos. Estas características comunes, unidas a la tendencia actual a la internacionalización y a la “universalización” de los derechos humanos, le dan en todas partes una apariencia superficial de unidad al lenguaje de los derechos humanos. Sin embargo, la trayectoria seguida por los Estados Unidos se apartó, en cierto modo, en cada uno de esos momentos decisivos en la historia de los derechos, de la senda seguida por la mayoría de las demás naciones atlántico-europeas²¹. La separación de los caminos quedó ya de manifiesto en 1789, cuando, a diferencia de la *Declaración de la Independencia*, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de los franceses, hizo hincapié en que las personas tienen deberes a la par que derechos²².

En los años que siguieron al término de la Segunda Guerra Mundial, los “derechos” se incorporaron de manera importante en los esquemas culturales de significado de todos los pueblos. Pero los derechos se concibieron de diferente manera en cada lugar. E incluso las divergencias leves en estas materias son potencialmente importantes, puesto que la mayoría de los seres humanos pasamos gran parte de la vida en el mundo de los significados, “suspendidos en redes de significaciones” que nosotros mismos hemos tejido²³. Las maneras en que nos referimos a las cosas y las analizamos dan forma a nuestros sentimientos, juicios, opciones y acciones, incluso a nuestras acciones políticas. La historia nos señala reiteradamente que no es prudente desechar el lenguaje político como si fuera “simple retórica”. En 1989, cuando Vaclav Havel alcanzó un sitio desde el cual pudo hablarle al mundo, eligió pronunciar uno de sus primeros discursos importantes sobre el tema del “misterioso poder que tienen las palabras en la historia humana”²⁴. El mensaje del presidente checo fue sombrío, porque su intención fue recordarnos que, si bien es cierto que palabras tan apasionantes como “derechos humanos” han seducido recientemente a la sociedad por su “libertad y veracidad”, no hay que retroceder demasiado en el tiempo para encontrar palabras y frases cuyos efectos han sido tan nocivos como hipnóticos. Y lo más grave, dijo Havel, es que las mismas palabras que a veces pueden ser “rayos de luz”, en otras circunstancias pueden convertirse en “flechas letales”.

²¹ Véase, en general, Louis Henkin, *The Age of Rights* (1990); Morton Keller, “Powers and Rights: Two Centuries of American Constitutionalism” (1987), p. 675.

²² “Declaration of the Rights of Man and of the Citizen”, en Maurice Duverger (ed.), *Constitutions et documents politiques*, 10a edición (1986), p. 17.

²³ Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures* (1973). Véase también James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning* (1984).

²⁴ Vaclav Havel, “Words on Words” (1990). (Discurso pronunciado al recibir el Premio de la Paz de la Asociación Alemana de Libreros.)

Por esta razón, parece útil a la vez que interesante tratar de definir esas características que hacen que nuestra versión del lenguaje de los derechos sea un dialecto especial; explorar las diferencias de matiz entre nuestro lenguaje sobre los derechos y el de los demás; escudriñar tanto las diferencias como las semejanzas entre la forma en que nos expresamos en público sobre los derechos y aquella que utilizamos en el hogar, en el trabajo, en el vecindario y en la iglesia, mezquita o templo. El contraste con los demás países no es dramático, sino más bien cuestión de grado y de énfasis. En los Estados Unidos, el lenguaje de los derechos es diferente en el sentido que, ordinariamente, formulamos los derechos en términos absolutos, individuales e independientes de toda relación necesaria con las responsabilidades. La simpleza y asertividad de nuestra versión del discurso sobre los derechos resaltan más a la luz del diálogo permanente acerca de la libertad y la responsabilidad que tiene lugar en varias otras democracias liberales.

En todo el mundo, el lenguaje de los derechos, universales, inalienables e inviolables, impregna cada vez más el discurso político. Sin embargo, sutiles variaciones en cómo se formulan las ideas sobre los derechos pueden tener consecuencias de gran alcance que penetran casi todos los rincones de las sociedades en juego. Por ejemplo, considérese la manera en que un país se presenta a sí mismo a los futuros nuevos ciudadanos en los procedimientos de nacionalización. En la ceremonia en que Sara, mi hija adoptiva coreana, se convirtió en ciudadana estadounidense, quedó claramente de manifiesto el simbolismo oficial de nuestro país. Ese día, en el célebre Faneuil Hall de Boston, Sara y varios centenares de otros inmigrantes escucharon una solemne exposición acerca de los derechos y libertades que serían suyos a partir de ese momento. Como recuerdo de la ocasión le dieron un folleto rojo, blanco y azul en que el Comisionado de Inmigración y Naturalización explicaba el "Significado de la Ciudadanía Americana":

Esta ciudadanía que se te ha otorgado solemnemente, es cosa del espíritu —no de la carne. Cuando juraste lealtad a la Constitución de los Estados Unidos, reclamaste para ti los derechos inalienables otorgados por Dios que, según dispone ese sagrado documento, son el derecho natural de todos los hombres²⁵.

Los derechos dominan de principio a fin el concepto de ciudadanía del sistema estadounidense, desde las publicaciones que se distribuyen en los edificios federales a través de todo el país hasta las sentencias de la

²⁵ US Department of Justice, Immigration and Naturalization Service, *A Welcome to U. S. A. Citizenship* (1977), p. 3.

Corte Suprema de los Estados Unidos (que en una oportunidad se refirió a la ciudadanía como “el derecho a tener derechos”²⁶).

Nuestro vecino cercano, Canadá, se presenta ante sus nuevos ciudadanos en forma muy diferente. Naturalmente, los textos canadienses acerca de la ciudadanía y los magistrados de los tribunales de ciudadanía mencionan los derechos en forma destacada, pero hacen aún más hincapié en la importancia de participar en la vida política de una sociedad multicultural²⁷. A Jane Jacobs, gran autora que escribió sobre la vida en las ciudades, le encanta narrar cómo, cuando se hizo ciudadana canadiense, el juez le señaló que lo más importante era aprender a congeniar con sus vecinos. ¿Simples palabras? Tal vez, pero es el tipo de palabras que uno no olvida fácilmente. Las palabras pronunciadas en un ambiente solemne, en un día que marca un cambio importante en nuestra condición, tienen peso especial. Al igual que las palabras de la ceremonia del matrimonio, se nos graban en la memoria.

Las proclamaciones oficiales relativas a derechos fundamentales también tienen distinto sabor de un país a otro. A menos que cometamos el error de equiparar las declaraciones oficiales de una aspiración con las representaciones de la realidad, podemos percibir lo que los redactores de esos documentos consideraron importante, y qué ideales han llegado a formar parte del folclor patrocinado por el Estado. Por ejemplo, trate de encontrar en el conocido lenguaje de nuestra Declaración de la Independencia o de nuestra Carta de Derechos algo que pueda compararse con las afirmaciones que contiene la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto a que “toda persona tiene deberes respecto de la comunidad”, y que todos los derechos y libertades están sujetos a limitaciones con el fin de “asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”²⁸.

Las discrepancias entre estos pronunciamientos oficiales no surgen de la nada. El lenguaje que utiliza la Declaración de las Naciones Unidas es una mezcla entre la tradición angloestadounidense en materia de derechos y el dialecto sobre los derechos y los deberes, sutilmente diferente, que se asocia con las tradiciones jurídicas romanogermánicas. Por su parte, estas tradiciones se basan en una combinación algo diferente de autores de la

²⁶ *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 102 (1958) (Warren, C. J.).

²⁷ Individualmente considerada, la participación en la vida comunitaria y política es el tema más destacado en el folleto oficial que se distribuye a los postulantes a la ciudadanía canadiense. Department of the Secretary of State, Canadá, *The Canadian Citizen* (1985).

²⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, artículo 29.

Ilustración en el campo de la filosofía política, de aquella que inspiró a los Padres de la Patria. Por ejemplo, hace una gran diferencia el que nuestras teorías sobre los derechos naturales fueran elaboradas principalmente por Hobbes y Locke, sin las acotaciones que Rousseau y Kant agregaron a la tradición continental.

Por cierto, por la vía de la interpretación, las sentencias de los tribunales pueden proporcionar, y a menudo proporcionan, ideas que no figuran en el texto de nuestros documentos fundamentales. Así, los abogados norteamericanos saben que, desde un comienzo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido que nuestras garantías constitucionales tienen limitaciones implícitas y ha impuesto a los ciudadanos el deber de respetar el derecho ajeno. Asimismo, los juristas tienen plena conciencia de que el derecho privado común —relativo a contratos, a responsabilidad civil y a relaciones de familia— está lleno de deberes recíprocos. Sin embargo, es el lenguaje consagrado en nuestros grandes documentos públicos, mucho más que las numerosas limitaciones ocultas en el texto de las distintas sentencias judiciales, el que se fija en la memoria colectiva, impregna el discurso político y pasa a formar parte de los hábitos mentales del estadounidense.

Los rasgos que más distinguen nuestro dialecto norteamericano sobre los derechos son precisamente los que se encuentran en más abierta pugna con lo que se necesita para explicar de manera razonablemente completa y coherente la clase de sociedad que somos y el tipo de organización política que procuramos crear: la inclinación a formular planteamientos extravagantes y absolutos, la cuasifasia respecto de la responsabilidad, la pleitesía exagerada que se rinde a la independencia y a la autosuficiencia de las personas, la inclinación a centrarse en la persona y en el Estado a expensas de los grupos intermedios de la sociedad civil, y una obstinada insularidad. Todas estas características no sólo hacen difícil expresar las intuiciones morales o propias del sentido común, sino que impiden que se desarrolle el tipo de discurso político racional que necesita una república pluralista, liberal, compleja y madura.

Nuestro lenguaje sobre los derechos, con su carácter absolutista, estimula expectativas poco realistas, intensifica los conflictos sociales e inhibe el diálogo que podría conducir al consenso, al ajuste o al menos a encontrar un terreno común. Al no pronunciarse acerca de las responsabilidades, parece tolerar que se acepten los beneficios que acarrea vivir en un Estado democrático de bienestar social, sin aceptar los correspondientes deberes personales y cívicos. En su implacable individualismo, estimula un ambiente poco acogedor para los fracasados de la sociedad, y ello sitúa sistemáticamente en desventaja a los agentes protectores y a los dependien-

tes, jóvenes y viejos. En su despreocupación por la sociedad civil, debilita los principales semilleros de virtudes cívicas y personales. En su insularidad, les cierra la puerta a ayudas que podrían llegar a ser importantes para el proceso de autocorrección. Todos estos rasgos fomentan la simple afirmación por sobre la argumentación razonada.

Para un país heterogéneo, empeñado en experimentar con la libertad reglamentada, éstas son cuestiones graves. Los obstáculos para la expresión y la comunicación pueden hacer tambalear a una empresa colectiva que depende de manera importante de la continuidad de la reflexión pública. Nuestro lenguaje de los derechos es como un libro que contiene palabras y frases y carece de gramática y de sintaxis. Se proclaman o proponen diversos derechos. La lista de libertades individuales se amplía, sin que se preste demasiada atención a los fines a que propenden, a sus relaciones recíprocas, a las responsabilidades pertinentes o al bienestar general. Cuando carecemos de una gramática para vivir en asociación, somos como el viajero que puede pronunciar algunas palabras para conseguir comida y alojamiento en una ciudad extranjera, pero que es incapaz de mantener una conversación con sus habitantes.

Sin embargo, nuestras deficiencias en materia de comunicación son más graves que las de un simple viajero, porque nos aíslan de nuestros conciudadanos. Al complacernos con formas demasiado simples del lenguaje de los derechos, multiplicamos innecesariamente las oportunidades de disensión civil en nuestra sociedad pluralista. Hacemos difícil que las personas o grupos que tienen intereses y puntos de vista contrapuestos formen coaliciones y lleguen a soluciones de transacción, o incluso que puedan lograr el grado mínimo de tolerancia y comprensión mutuas que facilitan la coexistencia pacífica y mantienen la puerta abierta a una mayor comunicación. Por lo general, nuestro lenguaje simplista en materia de derechos promueve soluciones de corto plazo y no de largo plazo, intervenciones esporádicas en caso de crisis más que medidas sistémicas de carácter preventivo, e intereses particulares por encima del bien común. Sencillamente no es capaz de resolver los problemas que confrontan actualmente las sociedades liberales, pluralistas y modernas. Es más, amenaza con debilitar precisamente las condiciones necesarias para preservar el principal valor que lanza al primer plano, esto es, la libertad individual. Al infiltrarse en los lenguajes más variados que siguen utilizando muchos estadounidenses en su hogar, en el vecindario, en el lugar de trabajo, en las comunidades religiosas y en los sindicatos, desgasta la trama de convicciones, actitudes y hábitos de los que en definitiva dependen la vida, la libertad, la propiedad y todos los demás bienes personales y sociales.

Sin embargo, esto no tiene por qué ser así. Hay varias indicaciones de que nuestro lenguaje público, en el que predominan los derechos, no hace justicia a la capacidad de razonar ni a la riqueza y diversidad de sentimientos morales que existen en la sociedad estadounidense. En este caso, podríamos comenzar por perfeccionar nuestra retórica sobre los derechos, reconociendo cuáles son nuestros recursos autóctonos y haciendo uso de ellos. Si se perfeccionara la retórica de los derechos, se promovería el diálogo público acerca de los fines hacia los cuales se orienta nuestra vida política. Se mantendrían a la vista los derechos y los deberes en pugna, contribuyendo a asegurar que ninguno de ellos adquiriera indebida preeminencia y que ninguno quede indebidamente opacado. No daría pábulo para pensar que la libertad consiste en poder hacer cualquier cosa que a uno se le antoje.

La crítica del dialecto americano de los derechos que se ha planteado aquí rechaza el ataque frontal al concepto mismo de derechos que suele escucharse en ambos extremos del espectro político. No es una agresión a derechos concretos ni a la idea de los derechos en general, sino un llamamiento a reevaluar algunas formas irreflexivas y ordinarias de pensar y de hablar acerca de los derechos. Reconozcamos con franqueza que los derechos susceptibles de hacerse cumplir legalmente pueden contribuir a que los ciudadanos de un país grande y heterogéneo puedan vivir juntos en forma razonablemente tranquila. Han proporcionado a las minorías una manera de dar a conocer sus reivindicaciones, que a menudo merecen el respeto de las mayorías, y han ayudado a los miembros más débiles de la sociedad a hacer oír su voz. No hay duda de que los paradigmas de los derechos civiles en nuestro país y de los derechos humanos universales a través de todo el mundo han ayudado a dejar al descubierto opresiones y atrocidades, y a poner en guardia a la opinión contra ellas. Los norteamericanos nos enorgullecemos con razón de nuestra especial tradición de libertad política. Además, muchos de nosotros tenemos la convicción patriótica de que, por lo que respecta a la libertad, los Estados Unidos fueron los primeros y los mejores en establecerla. Sin embargo, a partir de allí sólo hay un paso al planteamiento más discutible de que nuestra actual versión de los derechos, simple y categórica, equivale al logro de nuestro destino de libertad, o a las ideas más cuestionables todavía de que, si los derechos son algo bueno, tener más derechos debe ser aún mejor, y de que mientras más vehementemente se expresen, menos probabilidades hay de que se diluyan o de que seamos privados de ellos.

Recapitando, hasta los más ardientes defensores de los derechos deben reconocer que hay algo de verdad en las persistentes críticas formu-

ladas por la derecha y por la izquierda²⁹, que se remontan a la preocupación de Burke por el costo social de los derechos³⁰ y al menosprecio de Karl Marx por los derechos, quien sostuvo que éstos son más que nada humo y espejos³¹. Por difundido que esté, el consenso predominante en la bondad de los derechos es tenue y frágil. En verdad, no hay mucho acuerdo respecto de cuáles son las necesidades, los bienes, intereses o valores que habría que considerar “derechos”, o respecto de lo que habría que hacer cuando, como generalmente sucede, varios derechos se contraponen o chocan entre sí. Las oportunidades de que se produzcan conflictos se multiplican a medida que se alarga la lista de derechos. Si es que algunos derechos son más importantes que otros, y si es que un grupo más bien reducido de derechos es particularmente importante, entonces es muy probable que una lista cada vez más larga de derechos trivialice este núcleo fundamental sin promover materialmente los principios cada vez más numerosos que se han reconceptualizado como derechos. ¿Puede realmente ser el caso, como lo sugirió un artículo publicado en *The New Republic*, en 1990, que “mientras me alimento de atún y esté de acuerdo en que se utilicen primates para las investi-

²⁹ Véase especialmente, Martin P. Golding, “The Primacy of Welfare Rights”, (1984), p. 119; Richard E. Morgan, *Disabling America: The “Rights Industry” in Our Time* (1984); Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (1982); Richard Stith, “Living without Rights - In Manners, Religion, and Law” (1989), p. 54; Michel Villey, *Le Droit et les Droits de l’Homme* (1983); Tom Campbell, *The Left and Rights* (1983).

³⁰ Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*. Burke contrastó los derechos abstractos de libertad e igualdad con los “verdaderos derechos del hombre” (cursivas suyas) que describió como patrimonio heredado de nuestros antepasados, producto de la razón práctica y de la experiencia de los hombres en la sociedad civil, en vez de teorizar inútilmente sobre el hombre “natural” o “universal”. Entre estos derechos “verdaderos” (los derechos de los ingleses) Burke enumeró varios, comenzando por el derecho a vivir con arreglo a derecho:

Tienen derecho a los frutos de su trabajo y a los medios para hacer fructificar su trabajo. Tienen derecho a los bienes adquiridos por sus padres, a alimentar y perfeccionar a sus descendientes, a recibir instrucción sobre la vida y a ser consolados en la muerte. Sea lo que fuere lo que pueda hacer cada uno en forma independiente sin violar los derechos de los demás, tiene derecho a valerse por sí mismo y tiene derecho a una proporción equitativa de todo aquello que la sociedad, con todas sus combinaciones de destrezas y de fuerza, puede hacer por él. En esta asociación, todos los hombres tienen iguales derechos, pero no a acceder a cosas iguales. (p. 51).

³¹ Marx desdeñaba tanto como Burke los “llamados *derechos del hombre*” y condenaba incluso más categóricamente el hecho de que no tomaran en cuenta la sociabilidad humana. A su juicio, la “libertad” a que se refería la Declaración francesa no era más que la libertad del “hombre considerado como mónada aislada, recogida en sí misma”. Se “basaba [...] en la separación del hombre por el hombre”; en realidad, era “el verdadero derecho a esta separación”. Por lo que respecta a la igualdad, no pasaba de ser la idea del hombre como “persona separada de la comunidad”. No era más que el derecho a ser tratado igualmente “como mónada autosuficiente”. Karl Marx, “On the Jewish Question”, pp. 24, 40, 41.

gaciones sobre el SIDA”, queda en entredicho mi apoyo a los derechos humanos?³² En algún momento hay que preguntarse si un lenguaje indiferenciado sobre los derechos es en realidad la mejor manera de hacer frente a la increíble variedad de injusticias y formas de sufrimiento que existen en el mundo.

En el bicentenario de nuestra Carta de Derechos, los americanos estamos tratando de ordenar nuestras vidas en una sociedad multicultural cuya población ha aumentado de menos de cuatro millones en 1791 a más de 250 millones de hombres, mujeres y niños en la actualidad. Ya no más “benévolamente separados” (como dijo Jefferson) de gran parte del mundo “por la naturaleza y un ancho océano”³³, tenemos ahora plena conciencia de que giramos a través del tiempo y del espacio en un frágil planeta en que amigos y enemigos están cogidos en redes cada vez más espesas de interdependencia. Hábitos de reflexión y de expresión son individualistas, centrados en los derechos e insulares, como los actualmente imperantes en los Estados Unidos, difícilmente podrán permitir una respuesta creativa, oportuna y eficaz a los retos sociales y ambientales que enfrentamos. Hasta hace poco, en esta materia nos habíamos situado en el polo opuesto de la Unión Soviética y de los países que se encontraban dentro de su esfera de influencia política. En esos países, el discurso político se caracterizó durante mucho tiempo por un lenguaje enérgico y simple acerca de las obligaciones. Oficialmente se hacía hincapié en los deberes cívicos y en el bienestar general a expensas de los derechos del individuo y de comunidades determinadas. Sin embargo, actualmente, a raíz de uno de los cataclismos políticos más notables de la historia, esos países han comenzado a corregir las nociones exageradas y desgastadas del discurso público acerca de los deberes y de la comunidad. El lenguaje de los derechos y la idea de la sociedad civil se han convertido en elementos importantes de experimentos de socialismo democrático y socialdemocracia. Las puertas del Este se están abriendo de par en par a vientos provenientes de todas las direcciones que traen consigo semillas de cambio.

Nadie sabe cómo se desarrollarán estos procesos en Europa. Sin embargo, hay una cosa cierta. Como dijo Pablo a los corintios, el mundo tal y como lo conocemos está cambiando continuamente. Por lo tanto, para los norteamericanos el problema no radica en si cambiará nuestra tradición en materia de derechos, sino en qué se convertirá. Al igual que Moisés, que nunca entró en la tierra prometida sino que la divisó desde lejos, nuestros Padres de la Patria concibieron una América en que todos los ciudadanos

³² Robert Wright, “Are Animals People Too?” (1990), pp. 20, 27.

³³ Thomas Jefferson, “Inaugural Address”, p. 323.

tenían ciertos derechos inalienables, pero vivieron en un país en que esta ilusión sólo se concretó parcialmente. En los últimos años hemos avanzado hacia la materialización de los derechos, pero al hacerlo hemos descuidado otra parte de nuestro patrimonio: la visión de una república en que los ciudadanos asumen activamente la responsabilidad de mantener una vida política vigorosa. En muchos sentidos, la tradición sobre los derechos que hemos construido sobre las bases echadas por quienes nos precedieron ha prestado buenos servicios al país. ¿En qué manantiales de sentido será posible nutrirlas y renovarlas?

LA ILUSIÓN DE LO ABSOLUTO

El tercer derecho absoluto [después de la vida y la libertad] inherente a todo inglés, es el de la propiedad, que consiste en el libre uso, goce y disposición de todas sus adquisiciones, sin ninguna privación ni disminución, excepto sólo por las leyes del país [...] Además, es tan grande el respeto a la ley de propiedad privada, que no se permite la menor violación de ella; no, ni siquiera para el bien general de toda la comunidad.

William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*¹

El hogar del hombre es su castillo. Esta máxima, tradicionalmente atribuida a Sir Edward Coke, fue la defensa que presentó Marvin Sokolow cuando fue llevado a los tribunales de Queens County por su arrendador, después que los vecinos del piso de más abajo se quejaron de que los hijos de Sokolow, de dos y cuatro años de edad, estaban destruyendo su paz y tranquilidad. El arrendador quiso desalojar a la familia Sokolow basándose en una de las cláusulas del contrato de arriendo que estipulaba que ningún arrendatario podrá hacer “ruidos molestos” ni permitir que los miembros de su familia los hagan o interfieran de cualquier otra manera con los “derechos, bienestar y comodidad de los demás arrendatarios”. El juez Daniel Fitzpatrick, que vio la causa, fue directo al grano. “Lo difícil de esta situación”, dijo, “es que el castillo del Sr. Sokolow está justo encima del castillo del Sr. Levin”². El magistrado simpatizó con los Levin, un matrimonio de mediana edad que trabajaba en Manhattan y que lo único que deseaba era

¹ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Libro I, *138.

² *Louisiana Leasing Co. v. Sokolow*, 48 Misc. 2d 1014, 266 N.Y.S. 2d 447 (N.Y. Civ. Ct. Queens County, 1966).

llegar a su hogar para disfrutar de una tarde tranquila después de un día agotador. Sin embargo, también comprendió las razones de los Sokolow. El juez opinó que “los niños y la bulla han sido una sola cosa desde tiempos inmemoriales”. Sin embargo, no vio con tan buenos ojos la defensa del Sr. Sokolow cuando éste alegó que ésa era su casa y que nadie podía venir a decirle lo que tenía que hacer en su propio hogar. El juez les hizo ver a todos algo evidente, y es que cuando se vive en un edificio de departamentos moderno se entra en una suerte de “intimidad auditiva” con los vecinos. La gente que vive en una comunidad en el sector urbano de los Estados Unidos tiene una relación muy distinta de la que tenían los caballeros y damas de la época en que “sus castillos estaban muy distantes los unos de los otros, separados por enormes terrenos de caza, y un intruso tenía que saltar el foso y trepar los muros para hacer sentir su presencia”, sostuvo el juez.

Pese a que el juez rechazó la idea de que el Sr. Sokolow tenía derecho a hacer lo que quisiera en su hogar, tampoco aceptó la posición igualmente extrema del arrendador y de los Levin, que pensaban que, de acuerdo con el contrato de arriendo, cualquier ruido molesto bastaba para echar a la familia de su departamento. Ni el dominio sobre el inmueble que invocaba el arrendatario ni las cláusulas del contrato en que confiaba el arrendador podían entenderse como que daban lugar a derechos absolutos. Ambos tuvieron que aceptar que la situación se evaluara a la luz de la razón, y bajo esta luz el juez decidió que el ruido que hacían los Sokolow no era ni excesivo ni intencional. Aprovechando que se acercaba la Navidad (“tiempo de paz en la tierra para los hombres de buena voluntad”), el juez Fitzpatrick pronunció su solución al problema: “Todas son personas respetables, y con un poco de tolerancia y comprensión por los problemas del otro se deberán resolver los conflictos a satisfacción de todos”.

Estados Unidos está lleno de personas respetables que, como el Sr. Sokolow y sus vecinos, frecuentemente despliegan la retórica de los derechos como si ellos y sus intereses particulares debieran prevalecer sobre todos los que están a su alrededor. A veces, muchos de nosotros nos sentimos identificados con los jóvenes entrevistados por People for the American Way, quienes piensan que la libertad quiere decir realmente que no hay límites. En cuanto a la propiedad, son muy pocos los que no han dicho en algún momento “Esto es mío y yo puedo hacer lo que me dé la gana con ello” —sea esto una bandera, el patio de atrás de la casa o nuestro propio cuerpo. Si un vecino se queja por el volumen de nuestro equipo estereofónico, por la bulla de nuestra fiesta o porque estudiamos piano hasta altas horas de la noche, nuestra reacción automática es querer responderle que

tenemos el derecho de hacer lo que nos plazca en nuestra propia casa. Cuando la Universidad de Boston trató de complacer a sus vecinos e intentó reglamentar las fiestas que daban los estudiantes que vivían en los departamentos en el exterior del campus, muchos de éstos reaccionaron indignados. Los estudiantes entrevistados por *The Boston Globe* sostenían que si a esas personas no les gustaban los ruidos de noche, no deberían haber arrendado cerca de una zona universitaria.

Ante este tipo de situaciones, igual que el Sr. Sokolow, con frecuencia tratamos de reforzar el argumento aludiendo a los ancestrales derechos de propiedad de los ingleses e invocando estos derechos de la manera más firme posible. Sin embargo, no podemos echarle la culpa por esta manera liviana de hablar a nuestra herencia legal inglesa y ni siquiera a la mentalidad colonizadora norteamericana. Ni en Inglaterra ni siquiera en Canadá (donde, históricamente, la situación es más parecida a la nuestra), la noción de propiedad o el discurso de los derechos es tan extravagante. En efecto, uno de los valores importantes que se promueven oficialmente en Canadá es el de aprender a llevarse bien con los demás en una sociedad multicultural —una sociedad que de muchas maneras se parece a los grandes conjuntos habitacionales, con todo el estrés y la tensión que implica morar en viviendas tan próximas.

El exagerado carácter absolutista del dialecto norteamericano de los derechos es mucho más impresionante si se considera la poca relación que guarda con la realidad. Hay una enorme diferencia, como lo ilustra el caso Sokolow, entre nuestra tendencia a proclamar los derechos de una manera rígida e ilimitada y las restricciones de sentido común que se deben aplicar a los derechos de una persona cuando chocan con los de otra. En un día cualquiera, en todos los tribunales del país, en todas las épocas del año, cuando los agobiados jueces manejan las disputas de menor cuantía, utilizan un concepto moderado, domesticado, de los derechos. Los derechos establecidos en los contratos de arrendamiento no sirven para desalojar a un arrendatario por cualquier ruido molesto, pero los arrendatarios tampoco pueden hacer todo el ruido que les dé la gana en el recinto que habitan.

La propiedad, históricamente el derecho paradigma en Inglaterra y Estados Unidos, siempre ha estado sujeta a normas razonables, pese a la acalorada retórica que por lo general acompaña a su afirmación. En el epígrafe del comienzo, Blackstone nos dice que es tal el respeto que hay en el sistema jurídico por la propiedad, “que no se permite la menor violación de ella; no, ni siquiera por el bien general de toda la comunidad”. Pero el propio Blackstone recién había definido este derecho “absoluto” diciendo que no puede ser regulado ni reducido, “excepto sólo por las leyes del

país”. En un país (como Inglaterra) con supremacía legislativa, podría pasar todo un regimiento a través de esta cláusula de excepción. En los Estados Unidos, también, desde hace mucho tiempo se han aceptado, tanto legalmente como en la práctica, las limitaciones que impone el sentido común en todo tipo de derechos individuales. ¿Entonces cómo se puede explicar la persistencia absolutista en nuestra retórica de la propiedad y en la de nuestros derechos en general? Para encontrar el comienzo de una respuesta, tenemos que remontarnos al primer gran “momento” en la historia de los derechos, cuando la propiedad se convirtió en la plantilla desde la cual se modelaron los demás derechos norteamericanos.

El paradigma de la propiedad

La saga norteamericana de la propiedad comienza con John Locke —no con Locke el filósofo ni Locke el teórico político, sino con Locke el narrador de historias. La propiedad adquirió su categoría casi mítica en nuestra tradición legal, en parte, por el papel tan esencial que desempeñaron el lenguaje y las imágenes de John Locke en el pensamiento norteamericano sobre el gobierno. La parte medular de la obra de Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno*, fue el capítulo de la propiedad, donde presentó su famoso relato del origen de la propiedad individual en un “estado natural” imaginario³. Igual que la historia de Adán y Eva, la fábula de Locke está situada en un tiempo y en un lugar donde las cosas buenas de la tierra se hallaban en abundancia: “todo el mundo era América”. Al comienzo, decía Locke, Dios le entregó el mundo a la humanidad en común. En el “estado natural” nadie era dueño de las plantas, de los animales ni de la tierra con exclusión de los demás. No obstante, incluso entonces, aseguraba Locke, existía la propiedad —porque “todos los hombres tenían la propiedad de su persona”, y del “esfuerzo de su cuerpo y del trabajo de sus manos”. Cuando el hombre “le agregaba” su trabajo a algo para sacarlo de su estado natural, sostenía Locke, mediante esa acción hacía que una bellota, una manzana, un pescado o un venado se convirtieran en propiedad suya —“al menos cuando de eso mismo queda suficiente cantidad, y de igual calidad, para el uso de los demás”. Lo mismo ocurre, según Locke, con la apropiación de la tierra: la propiedad comienza cuando se la siembra y se la cultiva.

³ John Locke, “The Second Treatise of Government”, Capítulo Cinco (“On Property”).

Locke no da razones para sustentar su fatídica decisión de caracterizar el interés que tiene cada cual por su propia persona en términos de propiedad. Al parecer, suponía que sus lectores aceptarían, sin cuestionarse, que la propiedad de nuestro cuerpo era un derecho otorgado por Dios, tan natural como quien respira. Sin embargo, es evidente que esta proposición es menos obvia por sí sola que lo que sostenía Locke, porque a los europeos continentales les causa extrañeza, acostumbrados como están a otro planteamiento, fundamental para su sistema legal, de que el cuerpo humano no es propiedad de nadie⁴. Pero la terminología de Locke todavía resuena en el discurso norteamericano. Después de “demostrar” que los derechos de propiedad individuales son anteriores a la sociedad política, Locke pasó a su segunda proposición, es decir, que la razón principal por la cual los seres humanos se someten al gobierno es para salvaguardar su “propiedad”. En un acto que iba a tener una gran repercusión para los norteamericanos, anunció que usaría la palabra “propiedad” para designar, en forma colectiva, “la Vida, la Libertad y los Bienes”⁵. Según Locke, la preservación de la propiedad, en este amplio sentido, es “el principal fin” por el cual los hombres se unen para formar una comunidad⁶.

Ningún filósofo político de la rama continental de la Ilustración le otorgó un sitio tan alto a la propiedad. En efecto, según la imagen que tenía Rousseau de los seres humanos en “estado natural”, éstos no poseían “ni casas, ni chozas, ni ningún otro tipo de propiedad”⁷. Pero es importante recordar que cuando Locke escribió su *Segundo Tratado* no estaba embarcado en un mero ejercicio filosófico abstracto. Su objetivo no era tanto tratar teórica y rigurosamente los orígenes del gobierno como poner en orden argumentos convincentes para legitimar la transición a la monarquía constitucional desde un poder real sin contrapesos. En muchos aspectos, el *Segundo Tratado* es más una especie de manual de instrucciones para abogados que un texto erudito, aunque no siempre se lo leyó así. Como buen abogado, Locke sabía que la causa contra el derecho divino de los reyes se fortalecería si podía establecer, en forma convincente, que hay derechos naturales que son anteriores al Estado soberano e independientes de él. En la sociedad agraria de la Inglaterra del siglo diecisiete, la propiedad era la candidata más atractiva a ese derecho. La sabia elección que Locke hizo de la propiedad como *el* prototipo del derecho natural sirvió simultáneamente

⁴ M.-T. Meulders-Klein, “The Right Over One's Own Body: Its Scope and Limits in Comparative Law” (1983), p. 78.

⁵ Locke, *Second Treatise*, p. 395.

⁶ *Ibidem.* (El énfasis es de Locke.)

⁷ Jean-Jacques Rousseau, “A Discourse on the Origin of Inequality”, p. 59.

para deslegitimizar la monarquía, como existía entonces, y para reforzar el poder político tanto de la burguesía terrateniente como de la clase comerciante en formación. La propiedad era la piedra fundamental para un gobierno basado en el consentimiento. Una vez que se alcanzó la meta de la supremacía parlamentaria en Inglaterra, el relato sobre la propiedad que escribió Locke se desvaneció en el trasfondo, allá en Inglaterra. Los derechos de propiedad siguieron sujetos a significativas limitaciones impuestas por la costumbre y el derecho positivo. Lo mismo ocurrió en Canadá y en otros países cuyos sistemas políticos se basaron en el modelo inglés.

En Estados Unidos, por diversas razones, las ideas de Locke sobre la propiedad cayeron en un terreno diferente, y su relato de la propiedad en el estado natural fue interpretado de manera mucho más literal que lo que él mismo probablemente pretendió. Su teoría de la propiedad pasó a formar parte, junto con otros elementos, de una historia de la propiedad típicamente norteamericana. En este sentido, la influencia del filósofo fue mediada y reforzada por la de un conocido jurista inglés, William Blackstone, cuyas conferencias sobre el derecho eran muchísimo más leídas y consultadas en los Estados Unidos que en su propio país de origen.

A Blackstone le preocupaba mucho menos lo que él llamaba las “ideas metafísicas frívolas” de “escritores extravagantes” sobre la propiedad en el estado natural, que el sólido hecho de la propiedad en la sociedad civil⁸. Cuando los habitantes de la tierra “aumentaron en número, capacidades y ambición”, escribió, fue necesario cambiar los derechos naturales por derechos civiles, es decir, derechos legales. Era necesario dar este paso para evitar los “desórdenes” y promover las condiciones para una vida holgada⁹. Según Blackstone, lo que ocupaba un lugar muy alto entre estas condiciones era la necesidad de que la propiedad tuviera estabilidad y permanencia: “La necesidad engendró la propiedad; y para asegurar esa propiedad, fue necesario recurrir a la sociedad civil, lo que trajo consigo un largo séquito de concomitantes inseparables: Estados, gobierno, leyes, castigos y el ejercicio público de deberes religiosos”¹⁰.

Blackstone, a diferencia de Locke, se interesó por el tema de la propiedad en sí. De hecho, “se interesó” es una expresión muy suave para describir lo que Blackstone sentía por la propiedad. Ésta le inflamaba su alma jurídica. “No hay nada que golpee tanto la imaginación y comprometa los afectos de la humanidad”, decía, “como el derecho de propiedad; o ese único y despótico dominio que el hombre reclama y ejerce sobre las cosas

⁸ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Libro II, *3.

⁹ *Ibidem*, *4.

¹⁰ *Ibidem*, *8.

externas del mundo, con la total exclusión del derecho de cualquier otro individuo en el universo”¹¹. En este apóstrofe de la propiedad, no encontramos ni “si”, ni “y”, ni “pero” (conjunciones condicionales). El dueño de una propiedad, nos dice Blackstone, gobierna sobre lo que posee, no sólo como un rey, sino como un déspota. Los derechos de propiedad son absolutos, individuales y exclusivos.

El destino quiso que los *Comentarios* de Blackstone se convirtieran en *el libro* de derecho en los Estados Unidos durante los años cruciales inmediatamente antes y después de la Revolución Norteamericana. Pese a que el derecho inglés no era obligatorio como tal en nuestros tribunales después del rompimiento con la madre patria, durante muchos años (salvo por un breve período de rechazo patriótico) los abogados y jueces lo consideraron muy pertinente y útil. Incluso si se hubiese querido recurrir al derecho norteamericano, las sentencias de los tribunales norteamericanos sólo comenzaron a publicarse a inicios del siglo diecinueve. A su vez, tampoco se disponía siempre de los informes de los tribunales ingleses, sobre todo cuando se estaba lejos de las ciudades principales. El tratamiento sistemático de Blackstone del derecho inglés, por lo tanto, no sólo era una fuente muy importante, sino la única obra de referencia que tenían muchos abogados. Según Daniel Boorstin, “En el primer siglo de la independencia norteamericana, los *Comentarios* no eran sólo una aproximación al estudio del derecho; para muchos abogados constituyeron la única fuente del derecho”¹².

Por esta razón, en Estados Unidos la obra de Blackstone fue absorbida mucho más cabalmente por el pensamiento jurídico que en Inglaterra, donde los recursos legales eran más variados y estaban más a la mano. Sería difícil exagerar la importancia que se les daba a los cuatro concisos tomos de los *Comentarios*. Cuando Thomas Jefferson escribió sus sugerencias para un curso de derecho, recomendó “los inigualables *Comentarios*” de Blackstone como “el último resumen perfecto” tanto del *common law* como de la equidad¹³. Casi un siglo más tarde, Abraham Lincoln le aconsejó a un amigo epistolar que le preguntaba cómo podía aprender leyes, que empezara por darle una lectura completa a Blackstone y que después lo repasara por segunda vez muy cuidadosamente¹⁴. A fines del siglo diecinueve, cuando los *Comentarios* eran sólo un título de interés histórico en

¹¹ *Ibidem*, *2.

¹² Daniel J. Boorstin, *The Mysterious Science of the Law* (1941), p. 3.

¹³ Carta de Thomas Jefferson a Bernard Moore (1765). *The Writings of Thomas Jefferson* (1898), pp. 480-485.

¹⁴ Abraham Lincoln, “Letter from Lincoln to John M. Brockman of September 25, 1860” (1989), p. 180.

Inglaterra, Blackstone seguía siendo proclamado en Estados Unidos como la fuente de la sabiduría legal. En 1870, John B. Minor, de la Universidad de Virginia, respondió a una consulta casi de la misma manera que lo habían hecho Jefferson y Lincoln, agregando que el estudiante quedaría sorprendido, cuando recurriera a libros de derecho más modernos, de “las múltiples formas de conocimiento proporcionadas por Blackstone y sus comentaristas”¹⁵. Aquí, en Estados Unidos, las sucesivas ediciones comentadas de Blackstone siguieron siendo obras de consulta en las bibliotecas de los abogados hasta fines del siglo diecinueve.

Los *Comentarios* de Blackstone eran algo más que una mera obra de referencia práctica. Sus incursiones en la teoría política y legal, sus disquisiciones sobre el derecho natural y sus ejemplos extraídos de los escritos de filósofos políticos convirtieron a esta obra en un importante canal para la migración de ideas desde un ámbito del discurso a otro. La mayoría de los abogados norteamericanos aprendieron sobre los derechos naturales, no en las obras originales en que habían sido expuestos, sino en la versión familiar, mutilada y simplificada de Blackstone. Los hombres cultos entre los Fundadores se sabían a Blackstone de memoria. Como lo ha expresado Ferguson, “Todos nuestros documentos formativos —la Declaración de la Independencia, la Constitución, los Documentos Federalistas y las sentencias seminales de la Corte Suprema bajo John Marshall— fueron redactados por juristas empapados en los *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra* de Sir William Blackstone”¹⁶.

Lo que interesa aquí para nuestra indagación es que el poderoso discurso sobre los derechos de propiedad de Locke y Blackstone estaba en el aire en el momento preciso para fusionarse con ciertos factores políticos que contribuyeron a hacer de la propiedad el símbolo fundamental de la libertad individual y de la independencia en los Estados Unidos. Uno de los factores más importantes era la incomodidad que sentían los artífices de nuestra Constitución frente a la posible amenaza que representaban para ciertos tipos de derechos de propiedad las legislaturas elegidas en forma popular¹⁷. Los representantes que se reunieron en Filadelfia en 1787 habían tenido la oportunidad de darle un vistazo a la democracia pura, en las décadas de 1770 y 1780, a nivel local y estadual, y estaban aterrizados

¹⁵ John B. Minor, “Notes” (1874).

¹⁶ Robert A. Ferguson, *Law and Letters in American Culture* (1984), p. 11.

¹⁷ Para un análisis revelador del rol que ha desempeñado la protección de la propiedad privada en la formación del gobierno constitucional norteamericano, véase Jennifer Nedelsky, *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and its Legacy* (1991).

con lo que habían visto. Lo que provocó sus temores, principalmente, fue la aprobación por parte de las legislaturas estatales de leyes para aliviar a los deudores y la emisión de papel moneda, que redundó en la devaluación de las deudas impagas. El instrumento más importante que eligieron los redactores de la Constitución para proteger las transacciones de la depredación legislativa fue incorporar nuestro conocido sistema de controles y equilibrios en la estructura del gobierno. El diseño del gobierno, más que la enumeración de los derechos, tenía como principal objetivo proteger los derechos individuales o de las minorías contra la tiranía de la mayoría. De modo que nuestro gobierno se estructuró en torno al problema de la protección de la propiedad privada. Los Fundadores consideraron que la propiedad era “la principal instancia de los derechos que estaba en peligro en una república gobernada por legislaturas popularmente elegidas”¹⁸.

La propiedad, la inteligente elección de Locke para legitimar el poder de las clases que venían ascendiendo en la Inglaterra del siglo diecisiete, también fue un símbolo muy conveniente, en los primeros años de nuestra república, para el principio de que los derechos individuales tienen que imponer límites al poder del gobierno popular. En los Estados Unidos de fines del siglo dieciocho, donde la propiedad de la tierra se caracterizaba por ser un “modelo de predios agrícolas de tamaño pequeño, muy dispersos y de propiedad individual”, y donde la mayoría de los hombres blancos podían aspirar a ser propietarios en algún momento de sus vidas¹⁹, la propiedad privada era el ejemplo perfecto de una esfera protegida en la cual el Estado jamás podía entrar. Lo que J. G. A. Pocock escribió a fines del siglo diecisiete sobre la propiedad en Inglaterra era más cierto aún para los Estados Unidos cien años más tarde: “Lo importante de la propiedad privada en este contexto es que el dueño depende tan poco de otra gente e incluso no tiene necesidad de relacionarse con ella, que queda libre para ejercer la ciudadanía con plena sobriedad, en el sentido clásico”²⁰. Ésta era la visión de libertad que atraía tanto a federalistas como a antifederalistas por igual. De una manera muy concreta, también se podía considerar que la propiedad fomentaba la independencia y la seguridad personal de la mayoría de los habitantes masculinos blancos. El hogar del hombre era su santuario y su castillo.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ William T. Fischer, “The Law of the Land: An Intellectual History of American Real Property Doctrine”.

²⁰ J. G. A. Pocock, *Politics, Language, and Time* (1971), p. 91.

Retórica y realidad

Desde un comienzo, la retórica absolutista de la propiedad creó ilusiones e impidió que se pensara con claridad en los derechos de propiedad y en los derechos en general. Los esfuerzos de los autores de la Constitución por proteger directa e indirectamente los intereses de los propietarios nunca tuvieron la intención de impedir una considerable regulación de la propiedad. En la Quinta Enmienda se reconoce expresamente el poder federal de dominio eminente o de “expropiación” (una prerrogativa tradicional de la soberanía). En el siglo diecinueve se invocó con mucha soltura la autoridad para llevar a cabo expropiaciones, sobre todo a nivel estadual, para promover el desarrollo económico y, principalmente, para ayudar a los ferrocarriles a adquirir tierras. Además, las tradicionales y flexibles limitaciones legales a los derechos de los propietarios (tales como el amplio principio de que uno no debe usar la propiedad para infligir daño a los demás) fueron aplicadas en forma rutinaria en los vasos capilares del derecho privado. Y muy tempranamente las decisiones de la Corte Suprema dejaron en claro que los derechos de propiedad, aunque muy importantes, no eran, y no podían ser, absolutos. Y en el caso del puente del río Charles (1837), una compañía que había sido autorizada por el Estado de Massachusetts para administrar un puente con peaje, muy rentable, de Cambridge a Boston, entabló una demanda para anular la autorización de una nueva compañía pública formada para construir un segundo puente (unos cientos de metros más allá del puente antiguo), cuyo uso sería liberado para los usuarios una vez que se hubiesen pagado los costos de construcción. La opinión mayoritaria de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que respaldaba la constitucionalidad de la nueva autorización, estableció: “Aunque los derechos de la propiedad privada están sagradamente resguardados, no debemos olvidar que la comunidad también tiene sus derechos, y que la felicidad y bienestar de todos los ciudadanos dependen de su fiel preservación”²¹.

Pese a que en la práctica hay muchas limitaciones a los derechos de propiedad, el paradigma de la propiedad como un derecho sumamente importante y muy fuerte continuó ejerciendo una poderosa influencia en la legislación. Los dos problemas legales más prominentes llevados ante los tribunales en la segunda mitad del siglo diecinueve fueron tratados como que involucraban “propiedad”, con resultados desastrosos en la primera instancia y desafortunados en la segunda. En 1856, *Dred Scott*, que había

²¹ *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 U.S. (11 Pet.) 420, 548 (1837).

ingresado a la Corte federal de Missouri como un hombre, al salir de ella era sólo un pedazo de propiedad, cuando la corte declaró que el Missouri Compromise (que prohibía la esclavitud en los nuevos territorios) era inconstitucional²². Desde los últimos años del siglo hasta los años treinta, la Corte Suprema en repetidas ocasiones invocó los derechos de propiedad (de una manera muy amplia) para derribar una serie de leyes que, si se tomaban juntas, podrían haber servido para facilitar la transición aquí, como lo habían hecho similares legislaciones en Europa, a una economía mixta moderna y a un Estado benefactor.

Las razones que esgrimió la Corte para anular las normas que pretendían fomentar la salud y la seguridad en el lugar de trabajo²³, proteger a las mujeres y a los niños trabajadores²⁴ y promover el incipiente movimiento laboral²⁵, señalaban que estas disposiciones interferían con los derechos contractuales y de propiedad tanto del empleador como del empleado, por igual. En estos casos, los conceptos de “propiedad” y “libertad” siguieron estrechamente ligados, pero el significado de ambos se extendió y convergió en la idea de libertad de contrato: “el derecho a suscribir contratos para la adquisición de propiedad”²⁶. Uno de los contratos más importantes, dijo la Corte, era el de empleo. Si la Corte permitía a las legislaturas interferir en los contratos entre empleadores y empleados con el pretexto de proteger la salud o la seguridad de los trabajadores o promover organizaciones laborales, se estaría perjudicando “considerablemente la libertad, en el sentido constitucional largamente establecido”²⁷. De acuerdo con el punto de vista que prevalecía en la Corte en esa época, la libertad de contratación era “tan esencial para el trabajador como para el capitalista, para el pobre como para el rico, puesto que la gran mayoría de las personas no tienen ninguna otra forma honesta de comenzar a adquirir propiedad si no es trabajando por dinero”²⁸.

Mientras la Corte Suprema otorgaba de esta manera un alto grado de protección a los intereses de los dueños de la propiedad productiva, los

²² *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

²³ Ejemplo, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (La norma de Nueva York que establece un límite de 60 horas para el trabajo semanal de los panaderos fue declarada inconstitucional.)

²⁴ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918) (La norma federal que prohíbe el comercio entre estados de productos provenientes del trabajo realizado por niños, declarada inconstitucional.)

²⁵ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915) (La norma de Kansas que proscribía los contratos de trabajo “yellow dog” opuestos a los sindicatos, declarada inconstitucional.)

²⁶ *Ibidem*, 14.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem* (énfasis agregado).

tribunales a nivel estadual estaban construyendo diligentemente una coraza protectora alrededor de otro tipo de propiedad: el hogar familiar. Mediante la aplicación de la ley sobre violación de la propiedad, los jueces fortalecieron los derechos de los propietarios de viviendas para no permitir la entrada de terceros a sus propiedades. Establecieron penas criminales y civiles por violar las propiedades que se usaban con fines residenciales, incluso cuando la persona que entrase fuera el dueño del inmueble que quiere hacer arreglos, o un notificador judicial, o incluso una persona que está tratando de recuperar bienes que le pertenecen, pero que han quedado retenidos en la propiedad del dueño de casa²⁹. Jueces y jurados se mostraron dispuestos a tolerar el uso de la fuerza, incluso fuerza mortal, para apoyar el derecho del dueño de la propiedad de no dejar entrar a otros. Por cierto que había ciertas limitaciones legales en el uso de la autoayuda en la defensa de la propiedad. No obstante, como lo ha resumido un autor: “En la Corte, la defensa del castillo puede haber tenido sus límites, pero para la opinión pública era un derecho absoluto”³⁰. El historiador del derecho Aviam Soifer ha escrito que “la retórica que rodeó la doctrina legal desde mediados hasta fines del siglo diecinueve tendió a reforzar la convicción [de la mayoría de los hombres blancos norteamericanos] de que eran totalmente libres para contratar, poseer y legar propiedad como lo estimaran conveniente”³¹.

La protección constitucional, enérgica y directa, de los derechos de propiedad de la actividad empresarial comenzó a declinar cuando la Corte Suprema, bajo una fuerte presión para que hiciera respetar la legislación económica y laboral del período de la Depresión y del New Deal, repudió varios casos anteriores en que se había sacrificado la legislación progresista en aras de una noción amplia de “propiedad”. Aunque la Corte, cuando se trataba de derechos económicos, sólo a fines de los años 30 comenzó a remitirse regularmente al parecer de las legislaturas estaduales, durante más de una década había habido presagios de cambio. Las leyes de zonas —que potencialmente representaban una amplia facultad gubernamental para restringir al dueño de la tierra el uso de su propiedad— comenzaron a ser constitucionalmente aceptadas en 1926³². Otra de las primeras señales de advertencia del cambio de categoría de la propiedad entre los valores constitucionales apareció en una sentencia de 1934 en que la Corte observó, mientras apoyaba el estatuto que regulaba el precio de la leche, que:

²⁹ Comentario, “The Right to Privacy in Nineteenth Century America”, p. 1892.

³⁰ *Ibidem*, p. 1898.

³¹ Aviam Soifer, “Reviewing Legal Fictions” (1986), p. 891.

³² *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.* 272 U.S. 365 (1926).

ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos; porque no puede existir gobierno si los ciudadanos pueden usar su propiedad en perjuicio de sus compatriotas o ejercer su libertad de contrato para hacerles daño. Es fundamental regular tanto el derecho privado como el derecho público en pos del interés común³³.

El viraje decisivo ocurrió en el período de 1937 de la Corte Suprema, cuando ésta hizo respetar la Ley Nacional de Relaciones del Trabajo (National Labor Relations Act) y una ley estadual que establecía niveles de salarios mínimos para mujeres y niños, anulando sentencias anteriores que establecían lo contrario³⁴.

A su vez, la Corte comenzó a cambiar su interpretación de la cláusula de “dominio eminente”. La parte pertinente de la Quinta Enmienda reza “[...] ni tampoco ha de tomarse la propiedad privada para uso público, sin una justa compensación”. Desde los primeros años de la república, parecía establecido que estos términos significaban que el gobierno federal no podía expropiar ninguna propiedad salvo para uso público. En otras palabras, el gobierno no tenía poder alguno para obligar a transferir la riqueza de una persona privada a otra, ni para quitarle la propiedad (como lo había dicho el juez Chase en 1798) a A para dársela a B³⁵. Aun cuando este entender perduró, había mucha elasticidad en la cláusula de dominio eminente, dependiendo de la amplitud o estrechez de lo que la Corte entendía por “público”, y en qué medida los jueces estaban dispuestos a reinterpretar el juicio de los legisladores con respecto a: 1) si el uso propuesto era “público”, y 2) si los medios escogidos por la legislatura eran apropiados para el fin público que se tenía en vista. A partir de la década de 1950, la situación se revirtió. La Corte comenzó a tomar una postura extremadamente deferente hacia las decisiones legislativas, tanto con respecto a los fines como a los medios, en materia de expropiaciones. El uso público, que durante mucho tiempo se había entendido como que la propiedad podía ser expropiada, ya fuera para uso real de un sector del público (por ejemplo, para un parque, carretera o escuela), o para evitar un daño público (por ejemplo, un peligro de inundación, una plaga pública), tomó un sentido de “propósito público” mucho más amplio y más vago³⁶.

³³ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 523 (1934).

³⁴ *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.* 301 U.S. 1 (1937) [anulando *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915); *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)].

³⁵ *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 388 (1798).

³⁶ *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954).

Comenzó a parecer que el único límite práctico al poder de dominio eminente era el requisito de una justa compensación. La culminación de estas causas a nivel de la Corte Suprema fue la sentencia unánime, en 1984, de hacer cumplir una gran reorganización de la propiedad de la tierra en Hawai³⁷. En ese estado, más del 90 por ciento de la tierra estaba concentrada en manos de un pequeño grupo de grandes propietarios. Éstos arrendaban la tierra a largo plazo a personas que entonces construían casas en terreno arrendado. En 1967, el Estado de Hawai autorizó a la Autoridad de la Vivienda de Hawai, a solicitud de dichos arrendatarios, para ejercer el poder de dominio eminente con el fin de expropiar los terrenos a los arrendadores, pagarles una indemnización y vendérselos a los arrendatarios. Esto evidentemente parecía una expropiación para uso privado, un clásico traspaso forzado de A a B, y fue defendido de esta manera en los tribunales. Sin embargo, la opinión de la Corte, por el juez O'Connor, establecía que "donde el ejercicio del poder de dominio eminente está racionalmente relacionado con un propósito público concebible, la Corte nunca ha sostenido que una expropiación compensada esté proscrita por la Cláusula de Uso Público"³⁸. El propósito que la Corte aceptó como "concebible" era un vago intento de contrarrestar las tendencias "oligopólicas"³⁹.

Otra línea de causas resueltas en virtud de la cláusula de expropiaciones redujo aún más el *status* constitucional de la propiedad. Desde hacía mucho tiempo la Corte había reconocido que el gobierno, sin condenar abiertamente la propiedad, podía disminuir su valor por reglamento, y así llevar a cabo una "expropiación" *de facto* por la cual se debería pagar una indemnización. Puesto que toda regulación disminuye en cierta medida el valor de la propiedad afectada, y puesto que el gobierno no podría operar si tuviera que pagar indemnización cada vez que ejerciera lo que Oliver Wendell Holmes Jr. en cierta ocasión llamó "los hurtos menores del poder policial"⁴⁰, la Corte Suprema debe trazar líneas delicadamente. La Corte nunca ha desarrollado un criterio plenamente coherente para determinar cuándo las regulaciones van tan lejos que se consideran una expropiación.

³⁷ *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229 (1984).

³⁸ *Ibidem*, 241. Se deberá suponer que la sentencia de *Hawaii Housing* fue necesariamente una victoria de los que no tienen. El propietario individual más grande era un consorcio cuyos beneficiarios eran hawaianos aborígenes, en circunstancias que muchos de los "arrendatarios" eran ricos continentales que habían emigrado a Hawai. El derecho de propiedad, como cualquier otro derecho, es una espada de doble filo y frecuentemente uno de ellos es más afilado que el otro.

³⁹ *Ibidem*, 242.

⁴⁰ Carta de Holmes a Harold Laski de 22 de octubre de 1922, *Holmes-Laski Letters* (1953), p. 457.

Curiosamente, sin embargo, con el tiempo los jueces han ajustado sus puntos de vista, haciéndolos concordar con el desarrollo en Norteamérica de un gran Estado regulador. En general, la Corte se ha mostrado cada vez más llana a aceptar dictámenes legislativos en estos casos de “expropiaciones por regulaciones”, expresando sólo algunas reservas menores con respecto a lo que ha considerado ser un exceso del celo regulador.

El ejemplo más impactante de cómo se ha debilitado el derecho de propiedad en la jerarquía oficial de los valores constitucionales es un juicio que se resolvió a nivel estadual en 1981. Es un caso que ilustra dramáticamente cuán indiscifrable y pobre puede llegar a ser el lenguaje norteamericano de los derechos. Para inducir a la General Motors Corporation a construir una nueva planta de montaje Cadillac, proyectada para crear 6.000 empleos en la zona, la Municipalidad de Detroit accedió a usar su poder de dominio eminente para adquirir el terreno que la GM quería. No se trataba de una simple transferencia obligada de un dueño privado a otro: el terreno en cuestión era todo un barrio étnico completo, conocido como “Poletown”, con 1.400 hogares, escuelas, 16 iglesias, 144 negocios comerciales y una organización vecinal que le rogó a la Corte Suprema de Michigan que salvara a la comunidad de la demolición y de la aplanadora⁴¹. Poletown, originalmente un barrio donde generaciones de inmigrantes polacos habían formado sus hogares, era, en la época que fue decidida su destrucción, una de las comunidades étnicas integradas más antiguas de Detroit. Los residentes del barrio —ante el poder de la Municipalidad, la General Motors, el Sindicato de Trabajadores Automotores, los bancos y los medios de comunicación aliados en su contra— creyeron, ingenuamente, que los tribunales protegerían sus derechos de propiedad. Ninguna suma, señalaron, podría compensar la destrucción de sus raíces, relaciones sociales, solidaridad, sentido de pertenencia a un lugar y recuerdos compartidos que estaban en juego.

Pero nuestro sistema legal no les ofreció ninguna posibilidad de dialogar sobre el daño que se les iba a infligir. Patéticamente, trataron de presentar un argumento parecido al de la protección ambiental. Sin embargo, el argumento ecologista no tuvo efecto alguno sobre la mente de jueces entrenados en un sistema legal que tiene dificultad tanto para tratar con los efectos a largo plazo como para visualizar entidades que no sean individuos, empresas y el Estado. En cuanto a los derechos de propiedad de los residentes de Poletown, habían quedado muy atrás los días en que esos derechos podían prevalecer sobre el “uso público”. Bastaba, opinó la mayo-

⁴¹ *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*, 410 Mich. 616, 404 N.W. 2d 455 (1981).

ría de los magistrados de la Corte Suprema de Michigan, que el propósito de la Municipalidad de Detroit fuera disminuir el desempleo y las aflicciones fiscales. El beneficio para una entidad privada, la GM, era meramente “incidental” al proyecto público. La Corte tampoco podía prever que el difícil dictamen de traspasar Poletown a la GM iba a servir al propósito declarado de Detroit de salvar empleos y mejorar la salud económica de la región. Ni el propio general Jaruzelski habría sido tan implacable. Al final, la planta Cadillac no produjo los beneficios económicos que se habían previsto con tanto entusiasmo. No obstante, habían sido desplazadas 4.200 personas en “la reubicación más grande y más rápida de ciudadanos para un proyecto de desarrollo privado en la historia de Estados Unidos”⁴².

Esta manifiesta falta de preocupación legal por los tipos tradicionales de derechos de propiedad no significa que la propiedad, entendida de manera más amplia, haya dejado de merecer la atención respetuosa del sistema legal norteamericano. Las sentencias de la Corte Suprema que sostienen que las empresas son “personas” con derechos constitucionales de expresión, y que echan abajo los esfuerzos estatales y federales por restringir la influencia de las empresas en las elecciones, han fortalecido indirectamente (aunque en forma menos notoria) la protección de la propiedad productiva⁴³. Con ese refuerzo constitucional de su ya superior acceso al mercado de las ideas, actualmente las personas corporativas ya no necesitan tanto la antigua protección directa de los derechos económicos de que gozaron a comienzos de este siglo.

Aun cuando el apogeo del paradigma absolutista de la propiedad ocurrió hace más de cincuenta años, éste se mantiene en el discurso popular y hasta la Corte Suprema, de vez en cuando, parece querer revivirlo. Dada la actual subordinación de los derechos de propiedad a otros derechos por parte de la Corte, es más sorprendente aun que la propiedad siga hechizando y embelesando la mente tanto de los estudiosos del derecho como de los legos. En Estados Unidos, cuando queremos proteger algo, tratamos de caracterizarlo como un derecho. En gran medida, todavía se da el caso de que cuando queremos aferrarnos *particularmente* a algo (beneficios sociales, un trabajo, etc.), tratamos de conseguir que el objeto de nuestra preocupación sea caracterizado como un derecho de propiedad. Recientemente, en una audiencia pública sobre una iniciativa para reformar la ley de divorcio de Massachusetts, uno de los representantes de un grupo que promueve los derechos de los padres alegó contra el mejoramiento de la situación econó-

⁴² Jeannie Wylie, *Poletown: Community Betrayed* (1989), p. 52.

⁴³ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976); *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

mica de la madre que tiene la custodia de los niños, señalando: “Si la mujer ya se lleva la propiedad más importante del matrimonio, que son los hijos, ¿por qué habría de recibir la otra propiedad también?” El tratado de Blackstone duerme en los estantes, pero su retórica permanece.

En nuestra incesante tendencia a convertir las cosas en “propiedad” hay rastros, a su vez, de esa habilidad de Locke para crear mitos y, particularmente, de su decisión de comenzar su relato del derecho natural con la audaz afirmación, que “[...] todo Ser Humano posee una Propiedad en su propia Persona”⁴⁴. Por cierto, muchos norteamericanos hablan de ser dueños de su cuerpo y de sus órganos. Las teorías de la propiedad también han sido muy importantes en los argumentos que se esgrimen en las disputas sobre el *status* legal de los embriones congelados resultantes de los procesos de fertilización *in vitro*.

Hay más ecos de Locke en los esfuerzos que despliegan muchas personas, tanto en la derecha como en la izquierda del espectro político norteamericano, para relacionar la “propiedad” con la libertad y la independencia. Cada lado, evidentemente, concibe la propiedad de una manera diferente. Como la propiedad de la tierra ya no sirve para dar a la mayoría de los ciudadanos una esfera protegida, el empleo y sus correspondientes beneficios, especialmente la jubilación, constituyen la base principal de cualquiera seguridad económica que puede llegar a tener la mayoría de la gente de clase media. Para la mayoría de la población que vive en la pobreza, los beneficios sociales se han convertido en la exigua contraparte. Cuando se empezó a reconocer la importancia del empleo y de la asistencia social en el *status* y la seguridad, Thurman Arnold, Charles Reich y otros teóricos del derecho intentaron reconceptualizar el empleo y el bienestar como nuevas formas de propiedad⁴⁵. En la década de 1960, los abogados que apoyaban las reformas lanzaron una campaña para convencer a la Corte Suprema de que los beneficios sociales, la seguridad social y los empleos gubernamentales deberían ser tratados como propiedad para los fines constitucionales⁴⁶. El éxito de este esfuerzo sólo se limitó a una serie de causas en que se estableció que una persona no podía ser depojada de los beneficios sociales y otros derechos estatutarios sin haber tenido la oportunidad de ser oída⁴⁷. Los abogados conservadores, por su parte, tam-

⁴⁴ Locke, *Second Treatise*, pp. 328-329.

⁴⁵ Thurman W. Arnold, *The Folklore of Capitalism* (1937), pp. 121-122; Charles A. Reich, “The New Property” (1964), p. 733.

⁴⁶ Véase Charles Reich, “Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues” (1965), p. 1245.

⁴⁷ Véase, en general, sobre las causas del derecho a audiencia, Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (1988), pp. 685-706.

poco han tenido mucho éxito cuando han tratado de convencer a la Corte de que la cláusula de expropiación debería acordar más protección al tipo de propiedad que les interesa a ellos, es decir, a la riqueza producida mediante la libre operación de las fuerzas del mercado⁴⁸.

Cada cierto tiempo, algunas sentencias aisladas de la Corte Suprema han llevado a los comentaristas, ya sean optimistas o pesimistas, a creer que los derechos de propiedad están volviendo al derecho constitucional. De hecho, en los últimos años la Corte, al parecer, les ha dado un grado de protección levemente mayor a ciertos tipos de derecho de propiedad (hogares, propiedades destinadas a obras de caridad, herencias individuales) en los casos de expropiación. Sin embargo, en general, la propiedad (sobre todo la propiedad productiva) sigue sujeta —y como corresponde— a una red de restricciones que hacen la vida posible en una sociedad compleja, interdependiente y moderna. En los sistemas legales del continente (Europa), estas sensatas distinciones y acomodos se han podido lograr con más facilidad porque desde un comienzo el derecho de propiedad, y los derechos en general, fueron concebidos dentro de una narrativa ligeramente diferente.

El paradigma de los límites inherentes

Son varias las razones históricas por las cuales en el continente europeo, a principios de la era moderna y en las épocas modernas, se desarrolló un discurso diferente sobre la propiedad y los derechos. Para empezar, Jean-Jacques Rousseau, cuyo lenguaje e ideas tuvieron más influencia en la teoría política y en la retórica del continente que los de John Locke en la nuestra, no abogaba particularmente por la propiedad privada, pese a que en su teoría del gobierno le otorgó su lugar a la posesión privada. Mientras el capítulo de Locke sobre la propiedad constituye la esencia de su *Segundo Tratado*, Rousseau sólo le dedicó a la propiedad un par de páginas en *El Contrato Social*. Aun más, algunas ideas de Rousseau sobre la propiedad —y lo que es muy importante para nosotros aquí, su manera de expresarlas— diferían notoriamente de las de Locke, así como del pensamiento de los impertérritos escritores ingleses y escoceses de ideas “republicanas”, para quienes la propiedad privada era la base indispensable de una ciudadanía virtuosa e independiente. En un pasaje memo-

⁴⁸ Véase, en general, para este punto de vista, Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985).

table de su discurso acerca de los orígenes de la desigualdad, Rousseau escribió:

El primer hombre que, habiendo cercado un pedazo de tierra, dijo “Esto es mío”, y se topó con gente tan necia como para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. De cuántos crímenes, guerras y asesinatos, de cuántos horrores y desgracias se habría librado la humanidad si se hubiesen retirado las estacas o rellenado las zanjas y se hubiese gritado a los demás: “Cuidado con escuchar a este impostor, estarás perdido si alguna vez olvidas que los frutos de la tierra pertenecen a todos y la tierra misma no es de nadie”⁴⁹.

En este ensayo de 1754, una vez más, Rousseau mencionó lo inabordable: la relación de la propiedad con el egoísmo, la codicia, el poder y la violencia. Con un par de pinceladas muy hábiles, pintó una serpiente en medio del jardín del trabajo pacífico que dibujó Locke. Después de leer a Rousseau, no podemos dejar de notar que Locke es bastante vago en cuanto a la transición entre el estado natural y la sociedad civil; nunca nos dice exactamente cómo, la propiedad adquirida en el primer estado, llegó a manos de dueños privados en el segundo.

Rousseau gritó a los cuatro vientos lo que otros hábiles observadores (pero más discretos) pensaban que sólo se debía discutir en los salones mientras se bebía una copa de oporto. En cambio Blackstone, el gran admirador de la propiedad, en sus conferencias —destinadas, como él mismo lo señalaba, a “caballeros” que necesitan saber algo de leyes para poder actuar responsablemente en el Parlamento o para administrar sus patrimonios— reconocía que el tema del origen no era para todo el mundo:

Contentos como estamos con la posesión [de propiedad], pareciera que tenemos miedo de mirar hacia atrás para ver cómo fue adquirida, como si temiéramos encontrar alguna falla en nuestro título [...]. Estas preguntas, cabe admitir, serían inútiles e incluso molestas en la vida común. Está bien que la masa del género humano obedezca las leyes cuando se dictan, sin indagar demasiado en las razones por las cuales se establecen⁵⁰.

Si investigásemos a fondo la historia de cualquier ítem acerca de la propiedad, especulaba Blackstone, lo que encontraríamos quizá no correspondería en todos sus detalles a la visión que tenía Locke de los hombres cuando cazaban, pescaban, o cuando de cualquier otra manera

⁴⁹ Rousseau, “Discourse on Inequality”, p. 76.

⁵⁰ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, II, *2.

mezclaban su trabajo con objetos extraídos de lo que era patrimonio común. No sólo es muy probable que nuestros antepasados, en los tiempos de los bosques vírgenes, se despojaron unos a otros a la fuerza o con astucia, sino que incluso en los últimos tiempos la gente “civilizada” ha conquistado territorios “apoderándose de países ya poblados y expulsando o exterminando a los inocentes e indefensos nativos”⁵¹. Pero los ingleses ya no tienen para qué preocuparse tanto de estos problemas, concluía Blackstone tranquilizadamente, porque “la legislatura de Inglaterra ha promovido universalmente los grandes fines de la sociedad civilizada, la paz y la seguridad de los individuos, ciñéndose permanentemente a la sabia y disciplinada máxima de asignarle un dueño legal y determinado a todo lo que es susceptible de pertenecer a alguien”⁵².

Las ideas menos admirables y potencialmente desestabilizadoras de Rousseau sobre la propiedad tuvieron su mayor influencia en países donde no se había establecido el gobierno constitucional, y donde la propiedad de la tierra no estaba tan ampliamente distribuida como en los Estados Unidos. En *El Contrato Social*, Rousseau escribió que los derechos de propiedad siempre están subordinados a los derechos primordiales de la comunidad; que el propietario es una especie de depositario o administrador del bien público; y que los seres humanos tienen el derecho natural a lo necesario para subsistir⁵³. Estas fértiles y sugerentes ideas no eran totalmente originales de Rousseau. Sus raíces provenían de dos tradiciones que Hobbes y Locke habían hecho lo posible por excluir del discurso político anglonorteamericano: la clásica y la bíblica. En ninguna de estas dos tradiciones se desdeñaba la propiedad como tal, pero tampoco en ninguna se la exaltaba. Como pensaban los antiguos sobre estas materias, lo que se oponía a la virtud no era la propiedad misma, sino la proclividad humana hacia la falta de moderación y la codicia. Sin embargo, los escritores clásicos consideraban importante poseer ciertos bienes externos como un medio para poder llevar una vida virtuosa. Como lo dijo Aristóteles, “es imposible o difícil realizar actos nobles sin el equipamiento adecuado”⁵⁴. Consecuente con esta tradición, en su teoría política, Rousseau le abrió las puertas a la posesión de propiedad privada, pero no le entregó las llaves de la ciudad.

La opinión de Rousseau de que todos los seres humanos tienen el derecho natural a lo que les es necesario para su subsistencia, hasta cierto punto se sustentaba en la tradición bíblica. Curiosamente, sin embargo, en

⁵¹ *Ibidem*, *7.

⁵² *Ibidem*, *15.

⁵³ Rousseau, *The Social Contract*, pp. 178-81.

⁵⁴ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1.8 1099.

el libro del Deuteronomio, esta idea no aparece como un derecho de los pobres, sino más bien como una obligación del dueño de la propiedad⁵⁵. Las nociones de la administración, de que la propiedad acarrea obligaciones y que las necesidades de subsistencia tienen precedencia sobre los derechos de propiedad, se convirtieron en temas importantes de la ética cristiana, y hoy figuran en forma destacada en los programas de las organizaciones sindicales y partidos políticos cristianos en el continente europeo, así como en las encíclicas sociales de los Papas modernos.

Se podría argumentar que la contribución más importante de Rousseau al discurso político europeo fue mantener vivos los tratamientos clásico y bíblico de los grandes temas de todos los tiempos⁵⁶. Es cierto que éstos sólo permanecieron como temas secundarios y a contracorriente, pero fueron lo suficientemente poderosos como para mantener al liberalismo europeo dialogando con Atenas y Jerusalén. Rousseau, al recurrir a los autores clásicos como piedras de toque, incluso cuando se resistía a ellos o los rechazaba⁵⁷, influyó en el discurso político de las generaciones europeas posteriores de una manera que quizá nunca imaginó.

Por diversas razones de orden político y económico, Europa continental fue especialmente receptiva a determinados temas de Rousseau, y al mismo tiempo éstos impidieron que las nociones exageradas de propiedad dominaran el desarrollo de las ideas de los derechos en esta parte del mundo. Antes de la Revolución Francesa, en Europa no había ningún país donde la propiedad de la tierra estuviera tan amplia y parejamente distribuida como en los Estados Unidos. Un importante elemento del programa de los revolucionarios franceses fue procurar una mayor distribución de la tierra, por medio de la confiscación y venta de propiedades pertenecientes a la familia real, a la Iglesia y a la nobleza. Por la venta y la reventa, gran parte de estas tierras efectivamente pasaron de los especuladores a manos de los campesinos⁵⁸, quienes se aferraron a ella tanto como los propietarios del régimen anterior. El tratamiento legal de la propiedad en el gran período legislativo que comenzó con Napoleón, favoreció el objetivo revolucionario de dividir el poder de la aristocracia terrateniente (mediante la obligación establecida en la ley de herencia de dividir las tierras entre los herederos) y a la vez consolidó los derechos de los nuevos propietarios de

⁵⁵ Deuteronomio 24:19-21.

⁵⁶ Como nos recuerda James Miller, los antecesores y pares de Rousseau, según su punto de vista, no eran sus contemporáneos, "sino los republicanos del pasado y los autores clásicos que primero definieron el vocabulario del pensamiento político". *Rousseau: Dreamer of Democracy* (1984), p. 110.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁸ William H. McNeill, *History of Western Civilization* (1969), p. 1958.

las clases campesina y mercantil⁵⁹. El Código Civil francés de 1804 no dejó duda alguna en cuanto al grado en que valorizaban la propiedad privada las clases emergentes. No obstante, los codificadores de Napoleón fueron igualmente firmes respecto a la necesidad de regular la propiedad en favor del interés público. Después de declarar que “la propiedad es el derecho a gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta [...]”, el Código establece a continuación: “siempre y cuando no se les dé un uso que esté prohibido por los estatutos o reglamentos”⁶⁰.

En la turbulenta época de la “Fundación” francesa, cuando la cruenta y forzada reestructuración de las relaciones de propiedad aún estaba fresca en la memoria de todos, la propiedad constituía una preocupación importante, pero difícilmente podía convertirse, como ocurrió en Estados Unidos, en el principal símbolo de la seguridad individual y de la independencia. La Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano incluye la propiedad, junto con la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión, como un derecho natural que el gobierno debe proteger. Pero, en el contexto francés, estos derechos no podían ser refundidos, a la manera de Locke, en la designación general de “propiedad”, como algo que abarca todo: la propia persona, el trabajo y todo lo demás que pueda ser de importancia.

Tras el derrocamiento de Napoleón, la monarquía francesa, precariamente reestablecida, no hizo esfuerzo alguno por restaurar las tierras confiscadas a quienes eran sus dueños antes de la revolución. Pero el hecho de que en Francia la mayoría de las tierras hubiesen sido arrebatadas hacía poco a un grupo de propietarios y traspasadas a los nuevos dueños, pendía como una amenaza silenciosa sobre todos los debates relacionados con la propiedad y el sistema jurídico. Esto ocurría no sólo en Francia sino en toda Europa. En las distintas regiones de lo que es la Alemania de hoy, los eruditos más destacados del derecho del siglo diecinueve dedicaron la mejor parte de sus energías a temas derivados de los acontecimientos que tuvieron lugar en Francia. En la superficie, el gran debate parecía una disputa acerca de si las leyes deberían ser codificadas de manera sistemática, al estilo francés, como un medio de promover la unificación política alemana. Sin embargo, todas las posiciones en esta justa erudita tenían serias repercusiones para el principal problema político que había surgido por toda Alemania a fines del siglo dieciocho: la reforma agraria para poner

⁵⁹ Véase Mary Ann Glendon, Michael Gordon y Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions* (1985), pp. 49-50.

⁶⁰ Código Civil francés, artículo 544.

fin al feudalismo en el campo⁶¹. En la década de 1830, un inteligente alumno de derecho en Berlín se dedicó a estudiar con ahínco las controversias que ocupaban a sus profesores, pero en un momento dado le escribió a su padre que iba a abandonar los estudios de derecho porque todo le parecía “falso”: “Había caído una cortina, mis ídolos sagrados se había hecho trizas, y era necesario encontrar nuevos dioses”⁶². El joven Karl Marx debe haber pensado que las interminables discusiones acerca de los enfoques legales más adecuados para la posesión, prescripción y propiedad eran, en gran medida, disputas disfrazadas sobre la validez de los títulos obtenidos a la fuerza y legitimados, después de los hechos, mediante leyes promulgadas por el lado victorioso.

Aun cuando a fines del siglo diecinueve estaba en apogeo un concepto fuerte de propiedad entre muchos juristas alemanes, nunca llegó a adquirir las dimensiones que en Norteamérica. Es cierto que Savigny, el erudito más influyente de su época, había descrito la propiedad como “la dominación ilimitada y exclusiva de una persona sobre una cosa”⁶³. Pero, cuando finalmente quedaron resueltas las líneas principales de la ley de propiedad en Alemania a fines del siglo diecinueve, los redactores del Código Civil (igual que sus colegas franceses) optaron por un derecho fuerte con limitaciones inherentes: “El dueño de un bien puede, excepto cuando sea contrario a la ley o a los derechos de terceros, tratarlo como le plazca y excluir a otros de cualquier interferencia”⁶⁴.

Otro factor que contribuyó a darle al pensamiento europeo sobre la propiedad y los derechos un rumbo algo diferente al nuestro fue la aparición, ya a comienzos del siglo dieciocho, de los primeros precursores del Estado benefactor moderno. El Código Prusiano de 1794 proclamaba que el bienestar de la comunidad y de sus habitantes es el objetivo de la sociedad y establece los límites de la ley⁶⁵. Este código, obra predilecta de Federico el Grande, reconocía la obligación del Estado de proporcionar alimento, trabajo y salarios a todos aquellos que no pudieran mantenerse por sí mismos y que no pudieran exigir mantención a sus señores o a la comunidad local. Además, obligaba al Estado a crear establecimientos para ayudar a los pobres. Como lo señalara Tocqueville, este código de un

⁶¹ Véase, en general, James Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change* (1990); Michael John, *Politics and the Law in Late Nineteenth Century Germany: The Origins of the Civil Code* (1989).

⁶² Karl Marx, *Writings of the Young Marx on Philosophy and Society*, pp. 40, 46.

⁶³ F. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Vol. 1, p. 367.

⁶⁴ Código Civil alemán, artículo 903.

⁶⁵ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794* (1970), Segunda Parte, Título 13.

monarca ilustrado tenía una curiosa similitud en este sentido con la Declaración de los Derechos del Hombre francesa y con la Constitución francesa de 1791⁶⁶. Esas disposiciones no eran los simples trofeos de la revolución en Francia ni meros intentos para protegerse en Prusia del cambio social violento. Ni tampoco eran meras imitaciones funcionales de las mediocres leyes isabelinas. A diferencia de sus contrapartes angloamericanas, que dejaban el cuidado de los pobres en manos de entidades locales o privadas, reconocían la obligación de parte del Estado de velar por los desempleados y los necesitados. Ellas surgieron encarnándolas, a su vez, de las ideas feudales de soberanía que implicaban obligaciones⁶⁷, y fueron las antecesoras de los regímenes europeos modernos de los derechos sociales y económicos. La idea europea del bienestar es una curiosa amalgama de pensamiento socialista moderno y de nociones premodernas sobre la protección que el señor feudal les debía a sus súbditos, traspasadas al soberano en las naciones-estados emergentes del siglo dieciocho.

La retórica de Rousseau, las ideas clásicas de la virtud, los preceptos bíblicos y los vestigios feudales están todos entrelazados en las raíces de las diferencias contemporáneas más importantes entre las actitudes continentales y las angloamericanas hacia el gobierno, e inclusive del menor grado de desconfianza hacia el gobierno que todavía se puede observar en los primeros. Todos estos elementos se combinaron para formar parte del telón de fondo de la agitación social de 1848; ayudaron a preparar el camino para el desarrollo de las versiones europeas modernas del Estado benefactor y atenuaron el deslizamiento de los derechos de propiedad hacia su absolutización.

Tras la unificación política de Alemania a fines del siglo diecinueve, Bismarck estableció un sistema de seguridad social rudimentario para tratar de socavar el terreno del Partido Social Demócrata, el que, desde su fundación en 1875, se había convertido en el partido socialista más grande y mejor organizado de Europa⁶⁸. En otras partes de Europa, incluso en Inglaterra, el sufragio "universal" (de los hombres) y el creciente poder de los movimientos sindicales llevaron a la promulgación de una amplia variedad de leyes sociales. Mientras tanto, en Estados Unidos los tribunales declaraban inconstitucionales los proyectos moderados de legislación social en materias tales como salud y seguridad para los trabajadores. En países donde no existía la revisión judicial, y donde el paradigma de la propiedad no era tan fuerte como lo es en Estados Unidos, se establecieron temprana-

⁶⁶ Alexis de Tocqueville, *The Old Regime and the French Revolution*, pp. 226-227.

⁶⁷ Véase Bertrand de Jouvenel, *Sovereignty: An Inquiry into the Political Good*.

⁶⁸ W. McNeill, *History of Western Civilization*, p. 559.

mente los cimientos básicos del Estado benefactor. En la mayor parte de Europa, se llevaron a cabo esfuerzos por lograr una combinación prudente en la economía mixta y un equilibrio entre asistencia social e iniciativa privada sobre la base de un firme compromiso con el mejoramiento de las condiciones de vida. Actualmente, como ha señalado William Pfaff, “En general se reconocen los límites de las empresas nacionalizadas, pero todavía se da por sentado [en la mayoría de los países europeos] que los gobiernos son responsables del empleo y del bienestar público. Se espera que la salud, el empleo y la jubilación estén asegurados a niveles que muchos norteamericanos todavía casi no lo pueden creer”⁶⁹.

En el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, las diversas corrientes de ideas acerca de los derechos, que estuvieron agitando las mentes occidentales por más de 200 años, se fundieron en un solo idioma universal de los derechos. En Estados Unidos, el discurso de los derechos legales y del pueblo se hizo más intenso en las décadas de 1950 y 1960. Los acontecimientos contemporáneos en la Europa de posguerra parecen muy semejantes desde lejos pero, otra vez, lo más interesante son los matices de estas diferencias. La Corte Suprema de Estados Unidos, cuya defensa de las libertades económicas disminuyó drásticamente en los años 1930, comenzó a extender en la década de 1950 la protección constitucional a una amplia gama de derechos personales, tales como la libertad de expresión, la igualdad de protección ante la ley y los derechos de los acusados criminalmente. Entre tanto, toda Europa estaba reestudiando ciertas nociones legales fundamentales a la luz de la experiencia con el nacionalsocialismo. El positivismo legal, la idea de que los derechos no son ni más ni menos de lo que dispone la ley, ahora parecían insostenibles. Después de todo, el Tercer Reich se había ceñido en general a procedimientos legalmente “correctos” en la promulgación de leyes y reglamentos que mostraron desprecio por la vida y entrabaron las libertades. De modo que la idea de derechos “humanos” prepolíticos llegó a ser muy atractiva, pese a que no había ningún consenso sobre una base secular para dichos derechos, ni sobre su contenido exacto. En el mundo de la política también se comenzaron a poner en duda las formas europeas tradicionales de la supremacía parlamentaria. La revisión judicial comenzó a parecer deseable de cierta manera como una forma de respaldar los derechos humanos y controlar los abusos de los gobiernos mayoritarios. En consecuencia, la mayoría de las constituciones nuevas que surgieron en Occidente después de la Segunda Guerra Mundial incluyeron listas de derechos y establecieron tribunales

⁶⁹ William Pfaff, *Barbarian Sentiments: How the American Century Ends* (1989), p. 25.

con diversos grados de atribuciones para velar por la adecuación de la acción legislativa y ejecutiva a la "Constitución". Sin embargo, una característica importante de estas constituciones de posguerra es que muy pocos de los derechos que establecen están presentados de un modo que puedan interpretarse como absolutos.

La Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982, producto de una dilatada reflexión sobre la experiencia constitucional tanto de Europa Occidental como de Estados Unidos, ofrece un buen ejemplo de cómo, incluso en un país que está dentro de la órbita legal angloamericana, los derechos pueden aparecer de modo firme pero no absoluto. La primera sección de la Carta declara que garantiza los derechos y libertades establecidas en ella, los cuales están "sujetos sólo a aquellos límites razonables prescritos por ley, en conformidad con su probada justificación en una sociedad libre y democrática"⁷⁰. Más adelante, la Carta establece un procedimiento legislativo invalidante por el cual todo el grupo de lo que nosotros llamaríamos derechos de la Primera Enmienda, así como una serie de otros derechos, incluso la igualdad y los derechos de los acusados por delitos, pueden ser restringidos por el Parlamento o la legislatura de cualquiera provincia. Finalmente, varios derechos de la Carta, tales como el derecho a viajar o a ganarse la vida, están expresamente sujetos a limitaciones en el mismo párrafo en que aparecen. La propiedad como tal ni siquiera se menciona como un derecho fundamental, aunque está expresamente protegida en virtud de la Declaración de Derechos de 1960 establecida por ley.

La Constitución de 1949 de Alemania Occidental (vigente desde octubre de 1990 para toda la Alemania reunificada) ofrece otro ejemplo, algo diferente, del marco para un discurso relativamente complejo sobre la propiedad y los derechos. Su sección principal, que trata de la propiedad, en una parte pertinente reza como sigue:

Artículo 14.

- 1) La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su contenido y límites serán determinados por ley.
- 2) La propiedad impone deberes. Su uso también deberá servir al bien público.
- 3) Sólo se permitirá la expropiación para bien público. Sólo se podrá efectuarla por o en virtud de una ley que deberá establecer la naturaleza y el monto de la indemnización [...]⁷¹.

⁷⁰The Canadian Charter of Rights and Freedom (Acta canadiense de los Derechos y la Libertad) es el nombre oficial de las 34 primeras secciones del Acta de la Constitución de 1982. Canada Act 1982, Can. Rev. Stat. Appendix II, N° 44 (1985).

⁷¹*Basic Law of the Federal Republic of Germany*, p. 20.

Aquí uno observa, primero, el fuerte compromiso liberal con la propiedad privada. Mas éste aparece calificado inmediatamente por la cláusula de “contenido y límites”. En el segundo párrafo aparece la idea bíblica y feudal (adoptada por varios teóricos modernos del derecho natural), que el privilegio de que el Estado garantice la propiedad acarrea obligaciones. El tercer párrafo contiene el poder del dominio eminente con las acostumbradas limitaciones para su ejercicio. El aporte socialdemocrático es más evidente en otros dos artículos: el Artículo 15, que autoriza y regula expresamente la nacionalización de la tierra y de los medios de producción, y el Artículo 20, que declara que la República Federal es un Estado de bienestar social (*Sozialstaat*).

Teóricamente podría parecer que la introducción de ideas socialistas, bíblicas y feudales en la formulación de los derechos de propiedad constitucionales expondría a la ley a contradicciones internas insalvables. Pero cuarenta años de experiencia indican que la tensión entre los principios de esta área ha sido fructifera⁷². Por lo menos podemos observar que estas constituciones de postguerra no dan legitimidad alguna a declaraciones como: “En este país puedo hacer lo que quiero”; o “Yo soy dueño de esto, así que puedo hacer lo que quiera con ello”. Es difícil imaginar que un filósofo del derecho contemporáneo, serio, europeo, diga, como lo hizo Ronald Dworkin en *Taking Rights Seriously* (Los Derechos en Serio), “si alguien tiene derecho a algo, entonces el gobierno no puede negárselo aunque sea de interés general que lo haga”⁷³. Ha resultado difícil incluso para aquellos eruditos norteamericanos del derecho que, como Dworkin, rechazan con vehemencia la cosmovisión complaciente de Blackstone, escapar del hechizo de este último.

¿Qué diferencia hace un relato?

Aquí se ha esbozado el auge y caída de los derechos de propiedad en nuestro esquema constitucional, no sólo para ilustrar nuestra tendencia norteamericana a formular los derechos de una manera absoluta, no restringida, sino para insinuar que esa costumbre de exagerar puede producir la falsa idea de que los derechos en cuestión son más seguros que lo que en realidad son. Han pasado muchos años desde que el derecho de propiedad

⁷² Véase la discusión de la ley de propiedad constitucional de Alemania Occidental en Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (1989), pp. 247-271.

⁷³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 269.

fue el rey del sistema legal norteamericano. Y, como se ha visto, la idea de los derechos de propiedad absolutos fue engañosa, incluso en sus días más gloriosos. Lo poco que aprendimos de esta experiencia con un derecho que fue proclamado, históricamente, como natural, prepolítico y absoluto, surge de nuevo en nuestros tanteos con el derecho a la privacidad. Gran parte de la atención que antes prodigaba la Corte Suprema a un concepto amplio de la propiedad, incluyendo la libertad para adquirirla, ahora se centra en ciertas libertades personales que ha designado como “fundamentales”⁷⁴. De una manera notable, el paradigma de la propiedad, inclusive el antiguo lenguaje absolutista, se cierne sobre esta jurisprudencia de los derechos personales que está en curso. La Corte y los abogados en general han visualizado el nuevo derecho a la privacidad como si demarcara un espacio protegido alrededor del individuo, tal como se había comprendido el antiguo derecho de propiedad. Como veremos en el capítulo siguiente*, gran parte de la antigua retórica de la propiedad se ha trasladado simplemente a esta nueva área y la Corte ha vuelto a experimentar las mismas dificultades ya conocidas para establecer las necesarias limitaciones sobre un derecho que durante cierto tiempo pareció no tener fronteras.

Aun cuando los derechos “predilectos” cambian con el tiempo, el discurso legal norteamericano todavía promueve maneras desenfadadas de hablar y pensar sobre los derechos. El Sr. Sokolow habló por muchos de nosotros cuando alegó que nadie le podía venir a decir lo que tenía que hacer o no hacer en su casa. Tiene que haber sabido perfectamente que en su castillo de Queens no podía imprimir billetes, criar gallinas, cometer un crimen, y ni siquiera hacer una sesión de jazz hasta altas horas de la madrugada. Cuando dijo lo que dijo, no estaba hablando el idioma de los Fundadores de la Patria. Tampoco hablaba el idioma de los primeros colonizadores, que aceptaban mucha intromisión oficial (y oficiosa) en su vida privada. La frontera, quizá, ofrecía una perspectiva más amplia para la ilusión de absoluto, pero las circunstancias en que vivían aquellos que conquistaron el Oeste también les hacía estar vívidamente conscientes de la vulnerabilidad y la interdependencia de los seres humanos. ¿De dónde, entonces, viene esta forma tan dura de hablar? ¿Por qué los norteamerica-

⁷⁴ Los derechos fundamentales se distinguen por el hecho de que pueden ser restringidos por ley sólo cuando el Estado logra probar que existe un “interés gubernamental apremiante”. Otros derechos se pueden limitar cuando éste sea parte de un esquema racional para lograr algún propósito gubernamental legítimo. Puesto que la Corte Suprema rara vez encuentra que una razón es “apremiante”, cuando se clasifica un derecho como fundamental éste queda mucho más allá del control legislativo.

* La autora se refiere al capítulo 3 del libro *Rights Talk*, del cual forma parte este ensayo. (N. del E.)

nos como el Sr. Sokolow y el legionario en el caso de la quema de la bandera suelen atribuirles un carácter absoluto a los importantes derechos que ellos legítimamente reclaman tener?

El oído sensible de Tocqueville recogió esta tendencia de los norteamericanos, “cuyo lenguaje, cuando hablan de negocios, es claro y aburrido”, en cambio en otras ocasiones caen en exageraciones y descripciones desmedidas⁷⁵. Como de costumbre, tenía su teoría acerca de esto. Sin embargo, su explicación, en un capítulo titulado “Why American Speakers and Writers are Often Bombastic” (“Por qué los oradores y escritores norteamericanos frecuentemente son ampulosos”), no es muy convincente. Ésta consiste, básicamente, en que los ciudadanos de una democracia (a diferencia de los aristócratas) sólo se preocupan de sus propios asuntos “mezquinos”. No pueden apartar su atención, continúa, de sí mismos, salvo cuando se les presenta “algún asunto prodigioso”. En este tipo de sociedad, los escritores se sienten felices de complacer el gusto popular por las “ideas aparatosas y las descripciones desproporcionadas”, puesto que, de todos modos, comparten esa inclinación. Ni los escritores ni el público, decía Tocqueville, se toman la molestia de medir las cosas en forma precisa, ni poseen el gusto de discernir cuando algo es desproporcionado. En otras palabras, suponía que nuestro hábito de hablar en forma ampulosa era parte de nuestra afición por los relatos exorbitantes y los héroes mitológicos, en consonancia con nuestra insensata preocupación por las minucias de la vida material.

Pues bien, si la teoría de Tocqueville fuese correcta, cabría esperar que en todos los países donde las virtudes aristocráticas han desaparecido, la gente habrá de sostener conversaciones hiperbólicas sobre los derechos. Sin embargo, no es así, incluso en naciones como Suecia, que además es más “democrática” que Estados Unidos. Por lo tanto, tiene que haber una explicación más específicamente norteamericana de la permanente absolutización del discurso sobre los derechos, que es más común en los Estados Unidos que en otras partes. La manera en que están expresados los derechos en la Declaración de la Independencia y en la Declaración de Derechos (Bill of Rights) puede ser una de las causas. En la mayoría de las constituciones de postguerra, como los ejemplos de Canadá y de Alemania Occidental citados más arriba, los derechos están formulados de manera que se evita dar siquiera la apariencia de ser absolutos. Sin embargo, algunas disposiciones de la Declaración de Derechos norteamericana son categóricas en la forma. El lenguaje absoluto, no restringido, de la Primera

⁷⁵ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, II, p. 488.

Enmienda, le ha dado, sobre todo, un matiz, que es exclusivamente nuestro al debate contemporáneo en torno a la animosidad en el lenguaje y la pornografía⁷⁶. También ha llevado a algunos eminentes juristas a sostener que, prácticamente, no se pueden imponer límites a los discursos y otras formas de expresión. De este modo, el magistrado Hugo Black, considerado por muchos como el juez más influyente de la Corte Suprema durante su permanencia en ella, dijo cierta vez: “Estimo que hay muchos ‘absolutos’ en nuestra Declaración de Derechos, y que fueron puestos allí a propósito por hombres que sabían lo que querían decir las palabras, y querían que sus prohibiciones fuesen absolutas”⁷⁷. La interpretación literal que le dio el magistrado Black a la protección de la libertad de expresión ha sido defendida por el profesor Charles Black, basado en que el reconocimiento judicial explícito de que el derecho tiene que ser equilibrado de vez en cuando frente a consideraciones contrarias, podría conducir a una pendiente resbalosa hasta su erosión⁷⁸. El profesor fue tan lejos que llegó a insinuar que es mejor para los tribunales realizar este equilibrio necesario de una manera subrepticia manipulando la definición de discurso. Por ejemplo, escribió, un abogado o un juez podría decir: “Lo que estamos haciendo no es un compendio de la libertad de expresión; es otra cosa —y ofrecer razones para que esta conclusión pueda ser digerida por la gente que habla inglés estándar”⁷⁹.

Las premisas no expresadas de este argumento, es decir, que no se puede confiar en que los norteamericanos respeten un derecho que está sujeto a limitaciones razonables, y que pueden ser engañados con artimañas judiciales al servicio de la ilusión de lo absoluto, son difíciles de reconciliar con los valores democráticos. Es partenalista y elitista suponer que los derechos importantes son más seguros cuando los jueces e intelectuales

⁷⁶ Véase Mathias W. Reimann, “Prurient Interest and Human Dignity: Pornography Regulation in West Germany and the United States” (1987), p. 201. Compárese la resolución de la Comisión Europea de Derechos Humanos de que la difusión de ideas que fomentan la discriminación racial violando los derechos y libertades de los demás no estaba protegida por el derecho a la libertad de expresión garantizada por el Artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos [*Glimmerveen and Hagenbeck v. The Netherlands*, 4 European Human Rights Report 260 (1979)], con la sentencia de los tribunales norteamericanos de que la Primera Enmienda protege de una restricción previa la marcha planificada por un grupo de neo-nazis a través de la comunidad donde vive un número de sobrevivientes del Holocausto, *Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1197 (7th Cir. 1978) *cert. denied*, 439 U.S. 916 (1978).

⁷⁷ Citado en Charles L. Black Jr., “Mr. Justice Black. The Supreme Court and the Bill of Rights” (1961), p. 63.

⁷⁸ *Ibidem*. El Profesor Black alega que los casos en que se puede restringir legítimamente la palabra son tan pocos que es más exacto, así como estratégicamente preferible, hablar del derecho a la libertad de palabra como absoluto en vez de casi absoluto.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 68.

pretenden que son absolutos, que cuando insisten en lo substanciales que deben ser las razones que hay que esgrimir para limitarlos⁸⁰. Si realmente creemos que la libertad de expresión es “la garantía más preciada de la Constitución”⁸¹, las sugerencias de que los jueces deberían fingir cuando razonan sobre ella deberían hacernos vacilar. La preeminencia que se le da a la libertad de expresión en la Declaración de Derechos y en nuestra jurisprudencia constitucional es el signo externo y visible de que nuestro orden político democrático depende esencialmente de la deliberación razonada. El respeto por este proceso de deliberación parecería exigir que se diga la verdad sobre los derechos.

El lenguaje de la Segunda Enmienda (“La existencia de una milicia bien reglamentada, aunque sea necesaria para la seguridad de un Estado libre, no podrá infringir el derecho del pueblo a mantener y portar armas”) ha fomentado asimismo la creencia, en muchos sectores, de que con ella se estableció un derecho individual absoluto o casi absoluto. Aquí, con frecuencia, se ven invertidas las posiciones políticas, cuando los mismos que sostienen que el derecho a la libre expresión prima sobre el interés de una comunidad de reglamentar la pornografía, argumentan que el derecho a mantener y portar armas debe ser reglamentado por el bien de la comunidad. Aunque el lenguaje constitucional en ambos casos puede ser considerado como no restringido, los tribunales han apoyado invariablemente ciertas regulaciones legales de la pornografía y las armas. El único comentario que cabe hacer aquí es que la rigidez de cierto lenguaje de la Declaración de Derechos ha contribuido a legitimar los descomedidos argumentos de aquellos que tienen un interés particular en alguno de los derechos enmarcados en esos términos.

Pero la rigidez con que están expresadas las disposiciones constitucionales no puede explicar por sí sola nuestra afición por el lenguaje de los derechos absolutos, puesto que los derechos de propiedad aparecen sólo en una forma oblicua e implícitamente restringidos en la Constitución: “Ninguna persona [...] será privada de [...] propiedad, sin un debido proceso legal; ni se tomará la propiedad privada para uso público, sin una justa compensación”⁸². En el caso de la propiedad, no fue la Quinta Enmienda, sino el paradigma de Locke, sacado de su contexto, lo que se convirtió en parte de nuestro relato de la propiedad así como de nuestra versión sobre los derechos. Los arranques de fantasía de Blackstone acerca de la propiedad como un dominio absoluto quedaron prendidos en la imaginación legal

⁸⁰ Véase David L. Shapiro, “In Defense of Judicial Candor” (1987), pp. 731, 744.

⁸¹ Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (1988), p. 785.

⁸² United States Constitution, Quinta Enmienda. Véase también Enmienda XIV.

norteamericana más que sus interminables y aburridas páginas sobre lo que los propietarios realmente pueden y no pueden hacer con lo que les pertenece. La interpretación popular de la teoría de la libertad natural de Blackstone tampoco hizo nada para morigerar la retórica de los derechos empleada por los abogados. La libertad natural, escribió, consiste en “el poder de actuar como uno estime conveniente sin ninguna restricción o control, salvo por las leyes de la naturaleza”⁸³. Pese a que los seres humanos ceden parte de su libertad natural a cambio de la libertad civil (libertad bajo la ley) cuando entran en sociedad, el buen gobierno restringe su libertad natural sólo en la medida en que sea necesario para el bien común⁸⁴. Los tres grandes derechos: la vida, la libertad y la propiedad, proclamaba Blackstone, no son otra cosa que el “*residuum*” de la libertad natural —la parte que no es necesario sacrificar por la conveniencia pública⁸⁵. “El objetivo principal de la sociedad”, escribió haciéndose eco de Locke, “es proteger a los individuos en el goce de esos derechos absolutos de que han sido investidos por las leyes inmutables de la naturaleza”⁸⁶.

Sin embargo, ni la retórica de los derechos de Locke como la interpretó Blackstone, ni el lenguaje constitucional pueden responder directa ni plenamente por las ilusiones de absolutismo que promueve el lenguaje norteamericano de los derechos. Otra pieza clave en el rompecabezas es la generalización de la cultura legal en la sociedad norteamericana. El lenguaje apasionado del Sr. Sokolow, y que todos nosotros utilizamos con tanta frecuencia, es extraordinariamente parecido a cierto tipo de lenguaje empleado por los abogados, que ha pasado cada vez más al discurso común. Una profesión con una extensa cantidad de miembros, cuyas figuras más visibles habitualmente incurren en exageraciones estratégicas y declaraciones excesivas, ya en la época de Tocqueville tenía un efecto muy importante sobre el discurso popular. La mayoría de los profesionales del derecho, es cierto, pasan gran parte de su tiempo profesional ocupados en el monótono trabajo de ajustar los derechos de una persona a los de otra. Pero no sólo somos la sociedad más agobiada de abogados del mundo, sino también el país donde los roles de éstos son los más contradictorios⁸⁷. La jerga profesional cotidiana de los abogados, tan cuidadosa y precisa, aparece en

⁸³ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Libro I, *125.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*, *129 (subrayado por Blackstone).

⁸⁶ *Ibidem*, *124.

⁸⁷ Como lo ha explicado John Langbein, el hecho que los abogados norteamericanos sean “adversarios de hecho” así como “adversarios legales” tiene importantes consecuencias. “The German Advantage in Civil Procedure” (1985), p. 108.

el discurso popular principalmente como una caricatura (“considerando, como se dispone en los presentes más arriba”), mientras que el lenguaje de la abogacía, extremadamente colorido, fluye hacia la sociedad en forma más amplia por boca de oradores, políticos y ampulosos actores de los tribunales. Cabe notar que el idioma legal de los tribunales descansa en el supuesto de que éste, en general, no es aconsejable para la conversación civil: que cuando hay dos litigantes y ambos empujan su versión de los hechos y la teoría del derecho al extremo ético permisible, siempre habrá un tercero lo suficientemente inteligente para deducir de dos relatos distorsionados lo que posiblemente ocurrió y cómo se debe aplicar la ley en la causa. Está de más señalar que las opiniones difieren con respecto a cuánta exageración u omisión se puede permitir éticamente. Uno de mis antiguos profesores de derecho solía decir: “¡Hay una gran diferencia entre ser honesto y lanzar la verdad de buenas a primeras!”

Uno se podría preguntar ¿qué hay de malo en exagerar un poquito, especialmente cuando se trata de promover los derechos individuales? Si nos cuidáramos siempre de advertir que los derechos son restringidos, ¿no correríamos el riesgo de erosionarlos del todo? Hay varias formas de responder a estas inquietudes. En primer lugar, nadie puede ser absolutista con *todos* nuestros derechos constitucionalmente garantizados, porque si se lleva cualquiera de ellos hasta el extremo, muy pronto se entrará en conflicto con los demás. En segundo lugar, la retórica de la absolutización aumenta las posibilidades de conflicto e inhibe el diálogo, que se hace cada vez más necesario en una sociedad pluralista. En la empresa conjunta de ordenar nuestras vidas en común, mucho depende de la comunicación, la justificación y la comprensión mutuas. Incluso la profesión legal está comenzando a poner en duda la utilidad y legitimidad de que los abogados adopten posiciones extremas, como era la estrategia tradicional. Los abogados, así como sus clientes, están calculando el costo social de nuestra exclusiva clase de “litigio adversario”. Qué irónico sería si, después que la profesión legal norteamericana se hizo más sofisticada en cuanto a los métodos alternativos para la resolución de disputas, el lenguaje de los antiguos juristas de cuño duro se quedara prendido en el resto de la sociedad, haciendo más difícil aún que los vecinos y miembros de las familias puedan zanjar los roces inherentes al diario vivir.

Cuando se afirma la calidad de absoluto se causa más daño porque se tiende a degradar los derechos a la mera expresión de deseos y necesidades ilimitadas. Las fórmulas excesivamente fuertes expresan nuestros instintos infantiles más que nuestro potencial de ser hombres y mujeres razo-

nables. Un país donde se puede hacer “lo que uno quiera” no es una república de gente libre que procura ordenar su vida en común.

La idea de absoluto es una ilusión, y no precisamente una ilusión inofensiva. Cuando afirmamos nuestro derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, estamos expresando la esperanza razonable de que esos bienes se pueden proteger mejor mediante la ley y la política. Sin embargo, cuando afirmamos estos derechos de manera absoluta estamos expresando deseos infinitos e imposibles —ser completamente libres, poseer las cosas totalmente, ser capitanes de nuestro destino y dueños de nuestras almas. Estos intentos por negar la fragilidad y la contingencia de la existencia humana, de la libertad personal y de la posesión de bienes materiales tienen tanto de patetismo como de baladronada. Como lo observó John Updike hace poco, es indudable que cierto Utopismo irreflexivo ha sido parte importante de la experiencia norteamericana —un utopismo que, a medida que se derrumba en nuestros tiempos, da paso a “un asombro e indignación inocentes, interminables, de que la vida sea como es. No podemos, a diferencia de los europeos, sobreponernos del todo”⁸⁸.

El exagerado carácter absolutista de nuestra retórica norteamericana de los derechos está estrechamente ligado a sus otros rasgos distintivos —un cuasi silencio en cuanto a la responsabilidad y una tendencia a visualizar al poseedor de los derechos como un individuo autónomo y solitario. Así, por ejemplo, aquellos que cuestionan la legitimidad de las normas que obligan a usar cinturón de seguridad en el automóvil o llevar casco en la motocicleta frecuentemente dicen: “Es mi cuerpo y tengo el derecho a hacer lo que quiera con él”. En esta afirmación, el viejo caballo de la propiedad está enjaezado al servicio de una libertad ilimitada. Esto significa que nadie más se ve afectado con mi ejercicio del derecho individual en cuestión. Esta manera de pensar y hablar hace caso omiso del hecho de que es muy raro el conductor, pasajero o ciclista que no tenga un hijo, una esposa o un padre. Pasa por alto la posibilidad de que si el portador del derecho llega a sufrir un accidente, el costo de su tratamiento médico, rehabilitación o cuidado a largo plazo se repartirá entre muchos otros. El individualista independiente, sin casco y libre en el camino abierto, se convierte en el individuo más dependiente cuando llega al pabellón de accidentados de la columna. Frente a estos hechos, ¿por qué nuestra retórica de los derechos excluye tan a menudo las relaciones que existen y la responsabilidad, así como la realidad?

⁸⁸ John Updike, “The Virtues of Playing Cricket on the Village Green”, (1990), pp. 85, 86.

PERFECCIONANDO LA RETÓRICA
DE LOS DERECHOS

Aquellos que conquistaron nuestra independencia creían que el objetivo final del gobierno era hacer a los hombres libres para que pudieran desarrollar sus facultades; y que en el gobierno la deliberación debería prevalecer sobre la arbitrariedad [...]. Ellos creían que [...] la amenaza más grande a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que éste debería ser uno de los principios fundamentales del gobierno norteamericano.

Magistrado Louis D. Brandeis¹

La estridencia retórica sobre los derechos que impera actualmente en el discurso político norteamericano le hace un mal servicio a la sólida tradición de protección de las libertades individuales, por la cual goza Estados Unidos de una merecida fama. Nuestro dialecto rígido y simple de los derechos desalienta los procesos de justificación, comunicación y deliberación públicas, de los cuales pende la vitalidad de un régimen democrático. Contribuye a la erosión de las costumbres, prácticas y actitudes de respeto hacia los demás, que son las garantes fundamentales y más seguras de los derechos humanos. Nos impide pensar de manera creativa y de largo alcance nuestros problemas sociales más urgentes. Nuestro discurso público, recargado de derechos, da amplia cabida a las dimensiones económicas, inmediatas y personales de los problemas, mientras sistemáticamente descuida las consecuencias morales, de largo plazo y sociales.

El lenguaje de los derechos, en su forma actual, es el lado delgado de una cuña que está convirtiendo el discurso político en una parodia de sí mismo y poniendo en duda la idea misma de que la política puede ser conducida a través de un debate y un compromiso racionales; porque la nueva retórica de los derechos habla mucho más de deseos insistentes e inagotables que de la dignidad humana y la libertad. Al legitimar el egoísmo individual y grupal, se coloca en abierta contradicción con los grandes propósitos consagrados en el Preámbulo de la Constitución: “formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, promover el Bienestar general y garantizar las Bendiciones de la Libertad para nosotros y nuestra Posteridad”.

El mero perfeccionamiento de la retórica de los derechos —si eso se pudiera conseguir— no bastaría para remediar todos los males que acosan actualmente a la cultura y a la política norteamericanas. No obstante, el

¹ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 357 (1927) (opinión concurrente).

lenguaje, con sus poderosos efectos en la canalización del pensamiento, juega un rol preponderante en nuestro problema y en nuestras posibilidades de solucionarlo. El lenguaje político habrá de jugar un papel muy importante en el éxito o fracaso de nuestro empeño por conservar y desarrollar la idea democrática en condiciones sociales y económicas que nuestros Padres Fundadores jamás habrían podido imaginar. Lamentablemente, el discurso político norteamericano se ha convertido en algo vacío, demasiado rudimentario e inflexible precisamente cuando está llamado a abordar problemas de orden económico, social y ambiental de una dificultad y complejidad únicas. Y lo que es aún más grave, hay que considerar la posibilidad de que nuestro superficial diálogo sobre los derechos sea el reflejo fiel de lo que ha llegado a ser nuestra cultura. De modo que la crítica de nuestro actual lenguaje sobre los derechos deberá afrontar al menos algunos problemas difíciles cuyas respuestas están lejos de ser claras. ¿Es nuestro peculiar dialecto de los derechos, para bien o para mal, el espejo de la sociedad norteamericana contemporánea? Si no lo es, ¿de qué materiales autóctonos, si los hay, se puede echar mano para poder forjar un lenguaje público con mayor capacidad? Si esos materiales existen, ¿hay alguna razón para creer que los norteamericanos podríamos o querríamos emplearlos para cambiar la manera en que debatimos los asuntos públicos?

Incluso si alguien quisiera afirmar que nuestro discurso político actual no está a la altura de la riqueza y variedad de los sentimientos morales norteamericanos, deberá reconocer que ese discurso es producto de nuestra cultura y de nuestras aspiraciones y que, en ciertos sentidos, las refleja en forma inequívoca. Nuestro discurso político se ha convertido en algo tan sin vida y lleno de clichés como el discurso popular genérico que usamos a diario para comunicarnos a través de nuestras diferencias étnicas, económicas y de otro tipo. Igual que la jerga básica que desplegamos en forma rutinaria cuando tratamos con extraños, el discurso político tiene que ser inteligible para una gran variedad de personas que comparten cada vez menos referentes en las costumbres, literatura, religión e historia comunes. No es de extrañarse, entonces, que las figuras públicas utilicen hoy un lenguaje que toma al individuo como la unidad social básica, que trata a todas las personas como si fuesen extraños, y que busca distanciarse de los juicios morales. El sello del discurso legal, cuyo símbolo desde los tiempos antiguos ha sido la dama de los ojos vendados, es hacer caso omiso, deliberadamente, de los rasgos individuales que hacen que un ser humano sea distinto de otro.

Es evidente que nuestro anémico discurso político ayuda a solucionar el problema de comunicación que surge de nuestra diversidad. Pero el

costo de desistírnos de hacer un esfuerzo para informar, explicar, justificar e interpretar, es mucho más alto en la política que en el discurso popular. Priva al ciudadano de la información y los argumentos razonados que necesita escuchar para poder elegir en forma inteligente entre varios candidatos y para poder evaluar responsablemente los costos y beneficios a largo y corto plazo de los programas y políticas que se proponen. Cuando los actores políticos recurren a consignas e imágenes en lugar de entregar información y explicaciones, entorpecen el ejercicio de la ciudadanía. Al dejar tantas cosas sin decir, crean una discrepancia entre lo que se proclama oficialmente y lo que necesitamos para darle un sentido a nuestras vidas². El resultado, para mucha gente, es una frustración generalizada con la política, que los observadores diagnostican con frecuencia en forma errónea como apatía cívica.

Nuestro desenfadado lenguaje de los derechos va de la mano con otro aspecto preocupante de la cultura norteamericana contemporánea. Se trata de una instancia específica de la tendencia de los norteamericanos de clase media, observada por Robert Bellah y sus colegas, a usar un “primer idioma” de individualismo cuando se habla de lo que es más importante para ellos³. Es más, el estudio de Bellah, *Habits of the Heart* (Costumbres del Corazón), sugiere que ese tipo de individualismo que invade actualmente el discurso y la sociedad norteamericanos es de una clase diferente de los antiguos individualismos de la frontera, de los comienzos del capitalismo y del protestantismo tradicional⁴. La tendencia actual se caracteriza por la expresión de la personalidad y la búsqueda de la autogratificación, en vez de la capacidad de valerse por sí mismo y del cultivo de la autodisciplina. En el dialecto norteamericano actual, los derechos son la expresión de deseos que los autores de la Declaración de los Derechos veían con desconfianza —tales como ser totalmente libres, poseer las cosas en forma absoluta, ser tratados en forma justa sin que se nos exija actuar de la misma manera. Christopher Lasch, en sus pesimistas obras de crítica social, hace parecer plausible que nuestro diálogo actual sobre los derechos lo diga todo. Afirma que Estados Unidos ha perdido su provisión de leyendas patrióticas, bíblicas y folclóricas que en otros tiempos proveyeron a los jóvenes de ideales y marcos de referencia necesarios para dar un sentido a sus vidas. Sin este telón de fondo, dice:

el primer plano ocupa todo el cuadro —un insistente “yo quiero”.
Los deseos mismos se convierten en algo amorfo e indefinible. Hay

² Véase Charles Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (1989), p. 9.

³ Robert N. Bellah, et al., *Habit of the Heart: Individualism and Commitment in American Life* (1985), p. 20.

⁴ *Ibidem*, pp. 27-51.

una sola respuesta a la pregunta “¿*Qué* es lo que quieren entonces?”, en el caso de las personas cuyos deseos no están formados por la experiencia de participar en una cultura superior a ellos mismos: “Todo”⁵.

Los estudios sobre las actitudes políticas de los jóvenes norteamericanos, a los cuales me he referido en diversas oportunidades, contienen muchos antecedentes que confirman la aseveración de Lasch de que “la cultura (norteamericana) ha perdido su fondo moral”⁶. De ellos surge el retrato colectivo de una población de adultos jóvenes que es indiferente a los asuntos públicos y cuya mayor aspiración es la autorrealización”⁷.

Sin embargo, hay muchas pruebas de que los modelos de vida cooperativos, de relaciones, sobreviven en los Estados Unidos en bastante mayor grado que lo que deja traslucir nuestra retórica pública individualista. La mayoría de los norteamericanos todavía vive, trabaja y le encuentra sentido a la vida en una variedad de pequeños grupos sobrepuestos que generan, y que también dependen de, la confianza, la equidad y el compartir. En torno a la mesa de la cocina, en el barrio, en el lugar de trabajo, en los grupos religiosos y en diversas otras comunidades de encuentro o ayuda mutua, hombres y mujeres dialogan permanentemente sobre la libertad y la responsabilidad, individual y comunitaria, presente y futura. El más común y particular de estos discursos es la conversación en la mesa del hogar, con sus expresiones taquigráficas familiares que nacen de la historia compartida de la familia y, a menudo, de su identidad étnica. No cabe duda que el lenguaje de los derechos ha invadido los hogares norteamericanos; pero allí, con frecuencia, es contrarrestado por los recuerdos y el relato de las experiencias concretas de la familia y por el repertorio de historias que tiene cada hogar acerca de las relaciones, las obligaciones y las consecuencias que tendrán en el largo plazo los actos y decisiones del presente. Algunas cosas que se dicen en familia sólo tienen sentido para los miembros de esa familia, pero muchas otras también son parte de una conversación norteamericana más generalizada⁸.

Tradicionalmente, han sido sobre todo las mujeres quienes han asumido la responsabilidad de transmitir las tradiciones de la familia y la

⁵ Christopher Lasch, “The I’s Have It for Another Decade” (1989), A23. Véase, en general, Lasch, *The Culture of Narcissism* (1979) y *The Minimal Self* (1984).

⁶ Lasch, “The I’s Have It” (1989).

⁷ People for the American Way, *Democracy’s Next Generation: A Study of Youth and Teachers* (1989), pp. 14-17. Michael Oreskes describe un estudio nacional similar realizado por el Times Mirror Center, en “Profiles of Today’s Youth: They Couldn’t Care Less” (1990), A1, D21.

⁸ Véase Barbara Whitehead, “Reports from the Kitchen Table: The Family in an Unfriendly Culture” (1990).

educación moral de los hijos. Como madres y educadoras, han alimentado un sentido de conexión entre las personas y una conciencia del vínculo que hay entre las generaciones presentes, pasadas y futuras. De allí el importante rol que muchas feministas les han asignado a los valores del cuidado, las relaciones, la crianza y la contextualidad, junto con insistir en los derechos que ha abrazado el movimiento femenino en general. Las mujeres siguen predominando en el país como guardianas y educadoras, y muchas de ellas están llevando a la vida pública —de maneras potencialmente transformadoras— las ideas que se han formado a través de sus experiencias. El vocabulario que ellas usan en su rol de guardianas es una fuente importante a la que se puede recurrir para corregir el desdén por la dependencia y la indiferencia hacia los lazos sociales que predominan en gran parte de nuestro discurso político.

Otro discurso autóctono que contiene útiles antidotos para el lenguaje más extremista de los derechos es el que ha contribuido a esos mismos excesos. Es una ironía que los norteamericanos hayan saturado su lenguaje político con lo que es sólo un lenguaje secundario del derecho. La predilección por la exageración y la absolutización en que todos solemos caer cuando hablamos de los derechos, parecen estar manifiestamente relacionadas con el uso estratégico del lenguaje de las salas de los tribunales, de los negociadores implacables, de los expertos en el traspaso del control de las empresas, y de otros vehementes agentes dispuestos a llegar a cualquier extremo en nombre del cliente o de la causa. Sin embargo, la mayoría de los abogados en los Estados Unidos pasan gran parte de sus horas de trabajo ocupados en gestiones que son el equivalente legal de la medicina preventiva.

El grueso de los profesionales del derecho ayudan a sus clientes a planificar y mantener relaciones que dependen del cumplimiento correcto y confiable de las responsabilidades. Ellos saben que cuando en una relación alguien afirma sus derechos, eso constituye, por lo general, un signo de ruptura. Se ocupan de preparar acuerdos, contratos de arriendo, testamentos, estatutos y reglamentos, con el fin de minimizar las ocasiones de fricción. Son cuidadosos —a menudo exageradamente— en el uso del lenguaje. Cuando surge un conflicto, ayudan a negociar y a llegar a un acuerdo. Sólo cuando algo anda muy mal le entregan el asunto al litigador e incluso entonces sus primeros esfuerzos suelen estar dirigidos a lograr un arreglo. La mayoría de los abogados (como la mayoría de la gente, en general) comprende que, con el tiempo, las exageraciones y omisiones selectivas socavan tanto las relaciones como la credibilidad. Ellos también les cuentan a sus hijos la historia del pollito y el niño que gritaba “viene el lobo”,

para enseñarles a ser cautelosos. La exhortación de Abraham Lincoln a los abogados para que se convirtieran en “pacificadores” todavía refleja los ideales de sentido común y el modo de vida de los abogados que se dedican a lo que sigue siendo el principal objetivo de su profesión: ayudar a los ciudadanos a vivir juntos en forma decente.

Traten de evitar el litigio. Cuando puedan, convezan a sus vecinos de llegar a un arreglo. Háganles ver cómo el ganador nominal con frecuencia puede ser el verdadero perdedor —por los honorarios, gastos y pérdida de tiempo. Como pacificador, el abogado tiene una oportunidad excelente de ser un hombre bueno. Siempre habrá suficiente trabajo⁹.

Asimismo, la mayoría de los jueces norteamericanos están dedicados a un trabajo que se caracteriza por una cuidadosa selección y un calculado acomodo. La actividad diaria de un típico juez norteamericano está dominada por el razonamiento práctico y no por la teorización abstracta. Año tras año, teje para allá y para acá entre hechos y leyes, las partes y el todo, la situación que se tiene al frente y las situaciones que han surgido en el pasado o que podrían presentarse en el futuro. Se preocupa cuidadosamente del contexto, investiga analogías y diferencias, el alcance y los límites de los principios generalizadores. Reconoce que ninguna de las partes tiene el monopolio de la verdad y de la justicia. No es ni un simple técnico ni un tirano, sino algo entre un artista y un artesano, que practica lo que los romanos llamaban “el arte de lo bueno y lo justo”.

Dentro del gremio legal, también, la tolerancia de la diversidad y el sentido de las proporciones, frecuentemente ausentes en la fraternidad de los derechos, siguen siendo los criterios académicos en las especialidades menos atractivas de la profesión —como el derecho tributario, antimonopolios, contractual, de responsabilidad civil, de propiedad, etc. En definitiva, el *ethos* dominante en la profesión legal se sigue distinguiendo por la urbanidad y un discurso adecuadamente complejo, donde hay matices y sutilezas conforme lo exija el tema en discusión.

Las comunidades de inmigrantes, los enclaves étnicos y las agrupaciones religiosas y otras asociaciones presentan aun otro potencial no explorado para la renovación del discurso político. El pensamiento norteamericano en torno al tema predilecto de los derechos de propiedad, por ejemplo, ha sido moldeado en forma decisiva por la creencia cada vez más problemática de que el hombre puede dominar y subyugar al mundo natural. Tenemos mucho que aprender de los pueblos nativos norteamericanos

⁹ Abraham Lincoln, *Selected Speeches, Messages, and Letters*, p. 34.

que desde hace muchos años saben que de alguna manera la tierra nos domina, aun cuando finjamos ser dueños de ella, y que ignoramos este hecho exponiéndonos al peligro. Muchos conservacionistas están comenzando a reconocer que, cuando se trata de temas ambientales, el lenguaje bíblico de la administración puede ser más apropiado que otorgar derechos a los árboles, y más conducentes al uso responsable de los recursos que las vagas promesas de que todo el mundo tiene “derecho” a vivir en un ambiente sano.

Tal vez la mayor esperanza de una renovación radique en la propia tradición política norteamericana, en sus ancestrales ideales de tolerancia, de respeto por los demás, de deliberación pública, libertad y responsabilidad individual, y en el mandato de dominio de sí mismo implícito en el imperio de la ley. En una elocuente defensa del liberalismo “entendido correctamente” frente a sus críticas comunitarias, Stephen Macedo ha sostenido que la “médula moral” de nuestro orden público es el compromiso con la justificación pública, es decir, con el permanente proceso de exigir, ofrecer y poner a prueba los argumentos y razones de la moral pública¹⁰. Es preciso reconocer que este compromiso supone que hombres y mujeres son capaces de dar y aceptar razones que no son meras referencias a intereses estrechos, sino que pueden sobrevivir a un examen crítico y ser consideradas ampliamente como algo bueno¹¹. Pero no es necesario que nosotros cifremos todas nuestras esperanzas en las facultades racionales del ser humano, ni que se subestime el grado de discordia incurable que hay en una sociedad grande y variada. Cuando quedan asuntos importantes, sobre los que no parece posible lograr un acuerdo por el momento, la virtud liberal de la moderación sugiere que a menudo lo mejor es “moderar nuestras exigencias ante las exigencias razonables de otros, equilibrar y dividir por lo menos algunas de nuestras diferencias”¹².

De modo que Estados Unidos (más que cualquier otro país menos heterogéneo y más secularizado) pareciera estar dotado de una amplia gama de recursos culturales que podrían ayudar a moderar algunas de las extravagancias y remediar ciertas deficiencias de nuestro lenguaje referente a los derechos. No nos falta material para perfeccionar nuestras deliberaciones sobre asuntos tales como si un determinado problema es o no conceptualizado mejor cuando se lo define como envolviendo un derecho; sobre la relación que debería tener cierto derecho con otros derechos e intereses; sobre las responsabilidades, si es que las hay, que deberían ser

¹⁰ Stephan Macedo, *Liberal Virtues* (1990), pp. 34, 41.

¹¹ *Ibidem*, p. 46.

¹² *Ibidem*, p. 71.

correlativas con un derecho dado; sobre el costo social de los derechos; y sobre los efectos que se pueden esperar de un determinado derecho en lo que concierne a la creación de condiciones para proteger en forma duradera la libertad y la dignidad humanas. Esa misma heterogeneidad que nos lleva a buscar un lenguaje común excesivamente abstracto puede ser, quizá, uno de nuestros recursos más prometedores para enriquecerlo.

Pero, ¿cómo se podrá liberar esa energía cultural latente? ¿Habrán Abraham Lincoln de nuestros tiempos que sepa aprovechar nuestro rico pero tremendamente variado patrimonio cultural para hacerse oír por “los mejores ángeles de nuestra naturaleza”? ¿Habrán algún nuevo Martin Luther King, Jr. que pueda invocar las enseñanzas de las grandes religiones del mundo para reconciliar nuestro amor por la libertad individual con nuestro sentido de comunidad por la cual aceptamos una responsabilidad común? Una hueste de obstáculos desalentadores hacen cada vez más difícil introducir ideas y argumentos que tengan algún grado de complejidad en la conversación pública, la cual sigue manteniéndose en un nivel elemental a causa de la costumbre y la tecnología. El lenguaje de los derechos no sólo parece actuar como filtro de otros discursos para dejarlos afuera, sino que, simultáneamente, los infiltra. (¿Qué padre no ha oído hablar de los derechos de los niños en medio de una discusión sobre los guantes, los modales o las espinacas?)

Es más, los hombres y mujeres más influyentes de nuestra sociedad y que gozan de más acceso a los foros públicos son a menudo los que están más ajenos a los discursos norteamericanos alternativos y a las fuentes de donde emanan. Para los miembros de esa clase culta que ahora predomina en el gobierno, en los partidos políticos, en las empresas, en las universidades y en los medios de comunicación, los lazos estrechos con personas y lugares, las creencias religiosas o el apego a las tradiciones tienen relativamente poca importancia e incluso son contraproducentes¹³. Esos norteamericanos con gran capacidad de acción y de influir en la opinión pública, que constantemente se trasladan de un lugar a otro y cuyo prestigio, poder y satisfacción personal provienen de su trabajo, con frecuencia son, por decir lo menos, indiferentes a “las frágiles comunidades de las cuales dependen los demás para recibir apoyo práctico y emocional”¹⁴. Su común tendencia a considerar que la gente educada está mejor dotada para gobernar que las masas se refleja en un desdén por la política corriente y los procesos legis-

¹³ Wilson Carey McWilliams, “American Pluralism: The Old Order Passeth” (1976), pp. 293, 315.

¹⁴ Robert E. Rodes, Jr., “Greatness Thrust Upon Them: Class Biases in American Law” (1983), p. 6.

lativos, y en la propensión a ampliar la autoridad de los tribunales, la rama del Estado a la cual tienen más fácil acceso¹⁵.

Hace cien años, John Stuart Mill advertía que unas mayorías no instruidas y una prensa vulgar, cuyos miembros se “parecían mucho” a sus lectores “mediocres”, estaban ejerciendo una especie de suave tiranía: “las opiniones de las masas de hombres promedio se han convertido o se están convirtiendo, en todas partes, en un poder dominante”¹⁶. Los medios de comunicación emergentes, pensaba, constituyen una amenaza, especialmente para los hombres y mujeres “de excepción”, para los intelectuales y las personas creativas. En medio de la revolución de los derechos, sin embargo, se ha estado forjando una nueva forma de tiranía suave. La educación y la industria de la información han sido invadidas por un lenguaje y valores hiperindividuales. El periodismo se ha convertido en una de esas profesiones que ha dejado a los que Mill calificó peyorativamente como hombres y mujeres “promedio”, con pocos voceros o vías de salida para sus inquietudes. Una prensa más preocupada de las celebridades que del mundo del trabajo y, a menudo, más dispuesta a entretener que a informar, inevitablemente pierde el contacto con la vida diaria de la mayoría de los norteamericanos. Una impactante demostración de esta tendencia es la virtual desaparición de las otrora respetadas “noticias laborales” de los periódicos norteamericanos, y la escasa cobertura que les dan los medios de comunicación en general a los problemas de los trabajadores¹⁷. En un estudio sobre el trabajo y los medios de comunicación se demostró que en 1989 los noticiarios vespertinos de las tres redes de televisión dedicaban sólo alrededor del dos por ciento de su programación a los problemas laborales norteamericanos, incluyendo el cuidado de los niños, el salario mínimo y la seguridad y la salud en el trabajo. Esto es más sorprendente aún si uno piensa en el enorme aumento de la participación de la mujer en la fuerza laboral desde la década de 1960 y en la creciente importancia en la sociedad norteamericana del trabajo remunerado como determinante de posición social y seguridad”¹⁸. El director del estudio, Jonathan Tasini, especulando sobre las razones de esta declinación en la atención que prestan los medios de comunicación a tales problemas de vital interés para los 100 millones de hombres y mujeres que componen la fuerza laboral norteamericana,

¹⁵ Carl E. Schneider, “State-Interest Analysis in Fourteenth Amendment Privacy Law: An Essay on the Constitutionalization of Social Issues” (1988), p. 109.

¹⁶ John Stuart Mill, “On Liberty”, pp. 163-167.

¹⁷ Los antecedentes de este párrafo son de Jonathan Tasini, “Labor and the Media” (1990), pp. 1-13.

¹⁸ Mary Ann Glendon, *The New Family and the New Property* (1981).

americana, comentó: “Hay una brecha cada vez más grande entre las experiencias de los trabajadores en los Estados Unidos y las personas que deberían informar sobre sus vidas”.

¿Cuáles son, entonces, las perspectivas para los procesos de deliberación amplios, libres y razonados que promueve y exige nuestro orden constitucional? En un caso sobre libertad de expresión que marcó un hito y del cual proviene el epígrafe de este capítulo, el magistrado Brandeis declaró que el debate público es indispensable para un régimen que dice estar preocupado por el libre desarrollo de la persona humana. La deliberación, dijo, es nuestra mejor defensa contra un gobierno arbitrario, y un “pueblo inerte” es la principal amenaza a la libertad. Sin embargo, lo que el magistrado Brandeis omite (y suelen ignorar los actores políticos norteamericanos) es que los partidarios de un sistema que confía tan firmemente en la deliberación pública no se pueden dar el lujo de descuidar las condiciones necesarias para el debate. El mayor obstáculo para la renovación política en las actuales circunstancias puede que no sea tanto “un pueblo inerte” como la incapacidad de las personas que están en posiciones de liderazgo de entregar modelos mediante el ejemplo personal y de trabajar activamente con el fin de crear oportunidades para la discusión.

Al nivel más elemental, la deliberación requiere de tiempo, información y foros donde se puedan intercambiar y discutir los hechos, los intereses y las ideas¹⁹. Requiere de partidos políticos vigorosos con capacidad para articular programas y concitar la participación. Si la deliberación no ha de tomar la forma de un mero choque de intereses que no ceden y termina en conflictos aparentemente irreconciliables, estas condiciones simples y necesarias no bastan. Es cada vez más evidente que nuestro régimen liberal de igualdad y libertad personal depende, más de lo que los teóricos del liberalismo han estado dispuestos a admitir, de la existencia y apoyo de ciertos supuestos y prácticas sociales tales como la convicción de que todos y cada uno de los seres humanos poseen un valor inherente y sustantivo; la voluntad de respetar los derechos de los demás incluso a costa de algunas desventajas para uno mismo; la capacidad de diferir algunos beneficios inmediatos para el logro de metas de largo alcance, y el respeto por la argumentación razonada y la urbanidad en el discurso político. Se necesitó a un Tocqueville —con su mezcla tan especial de simpatía, curiosidad y distancia irónica— para ver cuán esencial y, sin embargo, cuán difícil sería para los regímenes democráticos alimentar los hábitos y creencias de los que dependen sus ambiciosas empresas. Si la participación

¹⁹ Véase Marc K. Landy, Marc J. Roberts y Stephen R. Thomas, *The Environmental Protection Agency: Asking the Wrong Questions* (1990), pp. 3-17.

y la deliberación no han de ser sólo medios para dar a conocer los intereses cortoplacistas de individuos y grupos, sino que también han de servir de ayuda para trascender estas estrechas preocupaciones, los líderes políticos deberán cuidar las estructuras sociales donde se transmiten los sistemas de valores culturales y donde se adquieren los hábitos cívicos.

En 1990, en su discurso de Año Nuevo, el Presidente checo Vaclav Havel planteó retóricamente una pregunta que hoy es muy pertinente para nuestra propia situación: ¿Cómo un pueblo que parecía aplastado, atomizado, cínico y apático pudo encontrar la fuerza para embarcarse en un gran proyecto de renovación social y política?

[Nosotros] nos preguntamos ¿de dónde brotan los anhelos de verdad, libertad de pensamiento, valentía y la intuición cívica de los jóvenes, sobre todo de los jóvenes que nunca conocieron otro sistema? ¿Cómo se unieron a ellos sus padres, que eran considerados la generación perdida?²⁰

El primer comentario de Havel a su propia pregunta fue que “el hombre no es nunca un mero producto del mundo que lo rodea, siempre es capaz de luchar por algo más elevado”²¹. Un segundo factor que ayudó a regenerar una vida política que parecía moribunda, según Havel, fue la recuperación de “las tradiciones humanistas y democráticas” que “yacían dormidas en alguna parte del subconsciente de nuestras naciones y minorías nacionales, y que fueron transmitidas de generación en generación para que cada uno de nosotros las descubriera dentro de sí mismo cuando llegara el momento oportuno”²². Los principales portadores de estas tradiciones dormidas fueron las asociaciones civiles —las comunidades de ayuda mutua como Solidaridad en Polonia y muchas otras comunidades de recuerdos compartidos, tanto étnicas como religiosas. Las consignas que las hicieron despertar, y que se extendieron como un reguero de fuego de un país a otro, no sólo se referían a los derechos. Hablaban del valor de la honestidad; de hombres y mujeres que “viven la verdad”; y de llamar “al bien y al mal por sus nombres”²³.

Mirando hacia atrás, pareciera que una parte no despreciable de las grandes transformaciones que han tenido lugar en Europa Central Oriental han sido activadas por las mismas fuerzas que todavía apoyan silenciosa-

²⁰ Vaclav Havel, “New Year’s Day Address” (1990), pp. 9-10.

²¹ *Ibidem*, p. 10.

²² *Ibidem*.

²³ Timothy Garton Ash, *The Uses of Adversity: Essays on the Fate of Central Europe* (1989), pp. 48, 191, 203.

mente a nuestras maduras y relativamente complacientes democracias de Occidente. Los movimientos a favor de la libertad de Europa Oriental pueden ser descritos, y con frecuencia lo son, en un lenguaje político abstracto, como campañas de “derechos humanos”. Pero también fueron nutridos (como los movimientos de derechos civiles norteamericanos de los años 1950 y 1960) durante sus oscuros días y noches por inspiradores líderes religiosos. Los que participaron en estas históricas luchas encontraron fuerza y solaz en las comunidades de experiencias y recuerdos compartidos, así como en su búsqueda común de libertades políticas y civiles.

Aquí en casa, donde las tradiciones humanistas y democráticas no están dormidas, la vida política, teóricamente, debería ser más fácil de revivir y sus perspectivas, menos inciertas. En el horizonte político hay muchos signos aislados que bien podrían favorecer una revisión de la ubicación, los términos y el contenido del debate político, acercándolo a las fuentes potenciales de renovación. Al parecer, la Corte Suprema está dejando de influir decisivamente en algunos de los temas que, con escaso apego al diseño, texto o tradición de la Constitución, había sacado del control legislativo y local. Esta postura judicial más deferente deja un campo más amplio para que puedan operar los procesos de negociación, educación y persuasión. Les da a los gobiernos estatales y locales más libertad para convertirse en “laboratorios” donde se puedan probar, en forma limitada, una serie de enfoques innovadores para los problemas sociales más inquietantes (mercados abiertos para las drogas, cuidado infantil, manejo en estado de ebriedad) y donde poder evaluar su éxito o fracaso. Igual que los músculos que no se han ejercitado por mucho tiempo, los procesos políticos atrofiados tendrán dificultad para moverse al comienzo; necesitarán ejercicio antes de volver a ser sanos y fuertes. Mientras tanto, lenta pero irreversiblemente, los afro-norteamericanos, los asiático-norteamericanos, los hispanos, las mujeres y otros grupos que no han estado debidamente representados en la política, comienzan a asumir sus legítimos derechos en la vida pública. Hasta qué punto su presencia tendrá un efecto transformador en los términos y contenido del debate público, es una interrogante que queda abierta (la transformación opera para ambos lados), pero algunos traerán nuevas ideas y modos de discusión a la plaza pública.

A nivel del pueblo, hombres y mujeres de diversas creencias y extracción social manifiestan cada vez más su disconformidad con lo que ha llegado a parecer una ley no escrita: que los puntos de vistas fundados en la moral o en la religión están fuera de los límites del diálogo público²⁴. Ya

²⁴ George Weigel, *Catholicism and the Renewal of American Democracy* (1989), p. 5.

sea que este malestar llegue a tener o no el carácter de “lucha cultural” de tomo y lomo, como dicen algunos, de todos modos está atrayendo nuevos actores al escenario político. Muchos de ellos, como el Dr. King, prefieren articular sus puntos de vista de una manera que los haga accesibles a todos los hombres y mujeres de buena voluntad. Largos años de debates entre personas de distinta fe, que empezaron como un esfuerzo por mejorar las relaciones entre cristianos y judíos, y entre sectas cristianas, han producido efectos secundarios seculares tan sustanciales como inesperados. Los miembros de los grupos religiosos norteamericanos, al aprender, lentamente y con gran dificultad, a comunicarse por encima de dolorosos recuerdos y profundas diferencias hicieron importantes descubrimientos. Aprendieron que podían entablar un diálogo, encontrar fundamentos comunes, y donde éstos parecían existir, lograron una comprensión mutua —todo ello sin perder su propia distinción religiosa. El temor, la sospecha, las divisiones y la intolerancia fueron disminuyendo, no agravándose, a través de un intercambio abierto. Al buscar en forma resuelta las formas de “traducir” los discursos particulares, sin sacrificar la sutileza ni la complejidad; al descubrir áreas de acuerdo; y al aprender a disentir sin perderse el respeto mutuo, las religiones de Estados Unidos han ayudado a modelar formas de iniciar un diálogo pasando por encima de diferencias profundas. Han dado desafiantes e inspiradores ejemplos de coexistencia en una situación de pluralismo.

Muchos devotos del lenguaje de los derechos encontrarán poco convincentes estas pequeñas evidencias, ejemplos aislados y acontecimientos sugestivos. Quienes sostienen que sólo el poder puede controlar al poder, permanecerán indiferentes ante un caso que cifra tantas esperanzas en los argumentos elocuentes, en la persuasión, en la negociación y en el dominio de sí mismo. Los que creen que, en muchos casos, no hay base alguna para la comunicación o comprensión mutua entre los antagonistas políticos, preferirán los derechos en sus formas más absolutas, no templadas por límites ni obligaciones. Aquellos que confían en que la ciencia se hará cargo de los problemas ambientales y que el crecimiento económico proveerá para la posteridad, quedarán indiferentes ante la actual preocupación por el lenguaje de los derechos. Los que piensan que las familias, las iglesias, los sindicatos y otras instituciones son más aptas para oprimir que para darles poder a los individuos, se conformarán con buscar una solución para nuestro destino colectivo en la malla individuo-Estado-mercado. Aquellos que han renunciado a la política común y a los procesos legislativos no se sentirán afligidos si las controversias más importantes quedan en manos de los tribunales.

Lamentablemente, hay demasiadas razones para reconocer el mérito de la fuerza bruta, para desconfiar de la mediación en los conflictos de grupos, para vivir el momento y para ser cínicos con respecto a la política. El maltrato entre esposos y a los niños en algunos hogares, los frecuentes escándalos religiosos y la corrupción de los líderes de ciertos sindicatos han minado las posibilidades de que muchas familias, iglesias y grupos de trabajadores del país puedan servir de semillero de virtud cívica o de amortiguador entre el individuo y las grandes organizaciones. Sin embargo, es una ilusión creer que “las barreras de pergamino” de los derechos legales puedan proteger, por sí solas, a los ciudadanos del ejercicio arbitrario del poder público o privado. No cabe duda alguna de que una conversación en nuestro actual dialecto norteamericano de los derechos es un diálogo desesperado, un reconocimiento de que hemos perdido nuestra histórica apuesta al *Federalista N° 1*, en el sentido de que nuestro orden político no tiene que ser decidido por la fuerza o por accidente, sino que puede ser establecido a través de “la reflexión y la elección”.

Sólo el tiempo dirá si vamos a poder recuperar la plaza pública una vez más para mantener una conversación fluida, con una base amplia, sobre los medios y fines del gobierno, sobre qué clase de sociedad somos y sobre el futuro que deseamos crear para nuestros hijos y para la posteridad. Esas mismas características que nos han hecho diferentes de otras democracias modernas de bienestar podrían llegar a ser, tal vez, las más propicias para la renovación del discurso político, a saber: la variedad de grupos raciales y étnicos que tenemos, las oportunidades propias de nuestro tipo de federalismo para innovar y experimentar, nuestra urbanidad, nuestra obstinada religiosidad, e incluso, dentro de ciertos límites, nuestra economía aficionada a apostar, a arriesgarse y a obtener utilidades. Hay razones para creer que en los Estados Unidos existe un gran electorado partidario de la franqueza, la moderación y una complejidad acorde con el asunto que se está tratando. Lo que está menos claro es si los norteamericanos que ocupan posiciones de liderazgo tienen la voluntad, la capacidad, la valentía y la imaginación necesarias para responder y movilizar a ese electorado.

El perfeccionamiento de la retórica de los derechos sólo sería uno de los elementos de un proyecto de transformación política. No obstante, hasta los pequeños cambios en las circunstancias pueden producir efectos distantes increíbles en los sistemas complejos²⁵. El experimento norteamericano de una libertad ordenada ha sido llevado a su estado actual por una larga serie de acontecimientos, grandes y pequeños. La buena y la mala suerte

²⁵ Véase James Gleick, *Chaos: The Making of a New Science* (1987).

han desempeñado un papel, como también lo han hecho el ejercicio de la fuerza y el poder. Sin embargo, son más importantes los efectos formadores que han tenido la experiencia, la inteligencia, la imaginación, las decisiones, los sacrificios y los ejemplos personales de los hombres y mujeres que nos han precedido. Nadie tiene el poder de predecir cuál de todos estos ingredientes predominará en el período de nuestra propia administración. Si la antigua práctica de la política es de alguna manera una ciencia, su esquivo tema es el de las movedizas probabilidades. Aún así, la política, como le ha recordado Havel al mundo, no es sólo el arte de lo posible: “También puede ser el arte de lo imposible, es decir, el arte de hacernos mejor a nosotros mismos y al mundo”²⁶. Aunque la situación actual no nos da, precisamente, motivos para ser optimistas, sí nos deja espacio para esa actitud más sobria, más responsable que los profetas llamaron esperanza.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*. Frankfurt: Metzner, 1970.
- Aristotle. *Nicomachean Ethics*.
- Arnold, Thurman W. *The Folklore of Capitalism*. New Haven: Yale University Press, 1937.
- Ash, Timothy Garton. *The Uses of Adversity: Essays on the Fate of Central Europe*. Nueva York: Random House, 1989.
- Baker v. Carr*, 369 U. S. 186 (1962).
- Basic Law of the Federal Republic of Germany*. Bonn: Press and Information Office, 1981.
- Baum, Lawrence. *The Supreme Court*, 2ª ed. Washington: Congressional Quarterly, 1985.
- Bellah, Robert N.; et al. *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life*. Berkeley: University of California Press, 1985.
- Berman v. Parker*, 348 U. S. 26 (1954).
- Black Jr., Charles L. “Mr. Justice Black. The Supreme Court and the Bill of Rights”. *Harpers Magazine*, febrero de 1961.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, 1 y II.
- Boorstin, Daniel J. *The Mysterious Science of the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1941.
- Brennan, William. “State Constitutions and the Protection of Individual Rights”. *Harvard Law Review*, 90 (1977).
- Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483 (1954).
- Buckley v. Valeo*, 424 U. S. 1 (1976).
- Burke, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. Indianapolis: Hackett Publishing, 1987.
- Calder v. Bull*, 3 U. S. (3 Dall.) 386, 388 (1798).

²⁶ Václav Havel, “New Year’s Day”, p. 10.

- Campbell, Tom. *The Left and Rights*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1983.
- Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 U. S. (11 Pet.) 420, 548 (1837).
Código Civil francés.
Código Civil alemán.
- Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1197 (7th Cir. 1978) cert. denied, 439 U. S. 916 (1978).
Constitución de los Estados Unidos.
- Coppage v. Kansas*, 236 U. S. 1 (1915).
- Coquillette, Daniel R. "Introduction: The 'Countenance of Authority'". En *Law in Colonial Massachusetts*. Boston: Colonial Society of Massachusetts, 1984.
- "Declaration of the Rights of Man and of the Citizen". En Maurice Duverger (ed.), *Constitutions et documents politiques*, 10ª ed. París: Presses Universitaires de France, 1986.
- De Jouvenel, Bertrand. *Sovereignty: An Inquiry into the Political Good*, J. F. Huntington (trad.). Chicago: University Chicago Press, 1957.
- Department of the Secretary of State, Canada (Departamento del Secretario de Estado del Canadá). *The Canadian Citizen*. Ottawa: Department of the Secretary of State, 1985.
- De Tocqueville, Alexis. *The Old Regime and the French Revolution*, Stuart Gilbert (trad.). Nueva York: Doubleday Anchor, 1955.
- . *Democracy in America*, I., J. P. Mayer (ed.), George Lawrence (trad.). Garden City, Nueva York: Doubleday Anchor, 1969.
- Deuteronomio 24:19-21.
- Dred Scott v. Sandford*, 60 U. S. (19 How.) 393 (1857).
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- Epstein, Richard A. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- Ferguson, Robert A. *Law and Letters in American Culture*. Cambridge: Harvard University Press, 1984.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Flathman, Richard E. *The Practice of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.
- First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U. S. 765 (1978).
- Fischer, William T. "The Law of the Land: An Intellectual History of American Real Property Doctrine". (Oxford: Oxford University Press, por salir).
- Fried, Charles. *Right and Wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- Friedman, Lawrence M. "Law, Lawyers and Popular Culture". *Yale Law Journal*, 98 (1989).
- Geertz, Clifford. *The Interpretation of Cultures*. Nueva York: Basic Books, 1973.
- Gleick, James. *Chaos: The Making of a New Science*. Nueva York: Viking, 1987.
- Glendon, Mary Ann. *The New Family and the New Property*. Toronto: Butterworths, 1981.
- . Gordon, Michael; y Osakwe, Christopher. *Comparative Legal Traditions*. St. Paul: West, 1985.
- Glimmerveen and Hagenbeck v. The Netherlands*, 4 European Human Rights Report 260 (1979).
- Golding, Martin P. "The Primacy of Welfare Rights". *Social Philosophy and Policy*, 1(1984).
- Gunther, Gerald. *Individual Rights in Constitutional Law*, 4ª ed. Mineola, Nueva York: Foundation Press, 1986.
- Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S. 251 (1918).
- Havel, Vaclav. "Words on Words" (Discurso pronunciado al recibir el Premio de la Paz de la Asociación Alemana de Libreros). *The New York Review of Books*, 18 de enero de 1990.

- . “New Year’s Day Address”. Foreign Broadcasting Information Service, Europa Oriental, 90-001, 2 de enero de 1990.
- Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U. S. 229 (1984).
- Henkin, Louis. *The Age of Rights*. Nueva York: Columbia University Press, 1990.
- Holmes, Jr., Oliver Wendell. Carta de Holmes a Harold Laski de 22 de octubre de 1922. En Mark DeWolfe Howe (ed.), *Holmes-Laski Letters*. Cambridge: Harvard University Press, 1953.
- Horwitz, Morton. “Rights”. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Review*, 23 (1988).
- Jefferson, Thomas. Carta a Bernard Moore (1765). En *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 9. Nueva York: Putnam, 1898.
- . “Inaugural Address”. En *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*. Nueva York: Modern Library, 1944.
- John, Michael. *Politics and the Law in Late Nineteenth Century Germany: The Origins of the Civil Code*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Keller, Morton. “Powers and Rights: Two Centuries of American Constitutionalism”. *Journal of American History*, 74 (1987).
- Kommers, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1989.
- Landy, Marc K.; Roberts, Marc J.; y Thomas, Stephen R. *The Environmental Protection Agency: Asking the Wrong Questions*. Nueva York: Oxford University Press, 1990.
- Langbein, John. “The German Advantage in Civil Procedure”. *University of Chicago Law Review*, 52 (1985).
- Lasch, Christopher. *The Culture of Narcissism*. Nueva York: Warner, 1979.
- . *The Minimal Self*. Nueva York: Norton, 1984.
- . “The 1’s Have It for Another Decade”. *New York Times*, 27 de diciembre de 1989, A23.
- Lincoln, Abraham. “Letter from Lincoln to John M. Brockman of September 25, 1860”. En Abraham Lincoln, *Speeches and Writings 1859-1865*. Nueva York: Library of America, 1989.
- . En T. Harry Williams (ed.), *Selected Speeches, Messages, and Letters*. Nueva York: Rinehart, 1957.
- Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- Locke, John. “The Second Treatise of Government”. *Two Treatises of Government*, Peter Laslett (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1963.
- Louisiana Leasing Co. v. Sokolow*, 48 Misc. 2d 1014, 266 N.Y. S. 2s 447 (N.Y. Civ. Ct. Queens County, 1966).
- Macedo, Stephan. *Liberal Virtues*. Oxford, England: Clarendon Press, 1990.
- Marx, Karl. En L. Easton y K. Guddat (ed. y trad.), *Writings of the Young Marx on Philosophy and Society*. Garden City, Nueva York: Doubleday, 1967.
- . “On the Jewish Question”. En Robert C. Tucker (ed.), *The Marx-Engels Reader*. Nueva York: Norton, 1972.
- McNeill, William H. *History of Western Civilization*. Chicago: University of Chicago Press, 1969.
- McWilliams, Wilson Carey. “American Pluralism: The Old Order Passeth”. En Irving Kristol y Paul Weaver (ed.), *The Americans, 1976*. Lexington: D. C. Heath, 1976.
- Meulders-Klein, M.-T. “The Right Over One’s Own Body: Its Scope and Limits in Comparative Law”. *Boston College International and Comparative Law Review*, 6 (1983).

- Mill, John Stuart. "On Liberty". *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government*. Nueva York: E. P. Dutton, 1951.
- Miller, James. *Rousseau: Dreamer of Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1984.
- Minor, John B. "Notes". *Southern Law Review*, 3 (1874).
- Morgan, Richard E. *Disabling America: The "Rights Industry" in Our Time*. Nueva York: Basic Books, 1984.
- Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- National Labor Relations Board v. Jones E. Laughlin Steel Corp.* 301 U.S. 1 (1937).
- Nebbia v. New York*, 291 U. S. 502, 523 (1934).
- Nedelsky, Jennifer. *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and its Legacy*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- Oreskes, Michael. "Profiles of Today's Youth: They Couldn't Care Less". *New York Times*, 28 de junio de 1990, A1, D21.
- Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 325 (1937).
- People for the American Way. *Democracy's Next Generation*. Washington D. C.: People for the American Way, 1989.
- Pfaff, William. *Barbarian Sentiments: How the American Century Ends*. Nueva York: Hill and Wang, 1989.
- Pocock, J. G. A. *Politics, Language, and Time*. Nueva York: Atheneum Press, 1971.
- Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*, 410 Mich. 616, 404 N. W. 2d 455 (1981).
- Plato. "The Republic". En *The Dialogues of Plato*, Benjamin Jowett (trad.). Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952.
- Reich, Charles A. "The New Property". *Yale Law Journal*, 73 (1964).
- . "Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues". *Yale Law Journal*, 74 (1965).
- Reimann, Mathias W. "Prurient Interest and Human Dignity: Pornography Regulation in West Germany and the United States". *University of Michigan Journal of Law Reform*, 21 (1987).
- Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).
- Rodes, Jr., Robert E. "Greatness Thrust Upon Them: Class Biases in American Law". *American Journal of Jurisprudence*, 1 (1983).
- Rousseau, Jean-Jacques. "A Discourse on the Origin of Inequality". En *The Social Contract and Discourses*, G. D. H. Cole (trad.). Londres: Dent Dutton, 1973.
- . "The Social Contract". En *The Social Contract and Discourses*, G. D. H. Cole (trad.). Londres: Dent, Dutton, 1973.
- Sandel, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Savigny (von), F. *System des heutigen Römischen Rechts*, Vol. 1. Berlín: Veit, 1840.
- Schneider, Carl E. "State-Interest Analysis in Fourteenth Amendment Privacy Law: An Essay on the Constitutionalism of Social Issues". *Law and Contemporary Problems*, 51 (1988).
- Shapiro, David L. "In Defense of Judicial Candor". *Harvard Law Review*, 100 (1987).
- Soifer, Aviam. "Reviewing Legal Fictions". *Georgia Law Review*, 20 (1986).
- Stith, Richard. "Living without Rights - In Manners, Religion, and Law". En Richard J. Neuhaus (ed.), *Law and the Ordering of Our Life Together*. Grand Rapids: Eerdmans, 1989.
- Strauss, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: University of Chicago Press, 1953.

- Tasini, Jonathan. "Labor and the Media". *Extra!*, 3 (verano 1990).
- Taylor, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.
- Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989).
- The Canadian Charter of Rights and Freedom (Acta canadiense de los Derechos y la Libertad). Canada Act 1982 (Acta de la Constitución de 1982). Can. Rev. Stat. Appendix II, Nº 44 (1985).
- "The Right to Privacy in Nineteenth Century America" (comentario). *Harvard Law Review*, 94 (1981).
- Tribe, Laurence, H. *American Constitutional Law*, 2ª ed. Mineola, Nueva York: Foundation Press, 1988.
- Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 102 (1958) (Warren, C. J.).
- United States v. Eichman*, 110 S. Ct. 2404 (1990).
- Updike, John. "The Virtues of Playing Cricket on the Village Green". *New Yorker*, 30 de julio de 1990.
- U. S Department of Justice, Immigration and Naturalization Service (Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Servicio de Inmigración y Naturalización). *A Welcome to U. S. A. Citizenship*. Washington: U. S. Government Printing Office, 1977.
- Village of Euclid v. Ambler Realty Co.* 272 U. S. 365 (1926).
- Villey, Michel. *Le Droit et les Droits de l'Homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1983.
- Weigel, George. *Catholicism and the Renewal of American Democracy*. Nueva York: Paulist Press, 1989.
- West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937).
- White, James Boyd. *When Words Lose Their Meaning*. Chicago: University of Chicago Press, 1984.
- Whitehead, Barbara. "Reports from the Kitchen Table: The Family in an Unfriendly Culture". *Family Affairs*, 3 (1990).
- Whitman, James Q. *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*. Princeton: Princeton University Press.
- Whiney v. California*, 274 U. S. 357, 357 (1927).
- Wieacker, Franz. "Foundations of European Legal Culture". *American Journal of Comparative Law*, 37 (1990).
- Wright, Robert. "Are Animals People Too?" *New Republic*, 12 de marzo de 1990.
- Wylie, Jeannie. *Poletown: Community Betrayed*. Urbana, Ill: University of Illinois Press, 1989. □