

Filosofía / Derecho

Ronald Dworkin

EL IMPERIO DE LA JUSTICIA

*De la teoría general del derecho, de las
decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad
política y legal como clave de la teoría y práctica*

oedisa

Filosofía / Derecho
Serie CLA·DE·MA

gedisa
editorial

Ronald Dworkin

El imperio de la justicia

El imperio de la justicia es la obra maestra de Ronald Dworkin, estudiada y discutida por profesores y teóricos, por juristas y jueces, por estudiantes y actores de la vida política en Estados Unidos y en el resto del mundo. Esta obra, una exposición completa de su teoría del derecho, comienza planteando la pregunta que se halla en el corazón mismo de todo el sistema legal: ¿cómo establecen —o cómo deberían establecer— los jueces qué es la ley? Dworkin muestra que los jueces deben decidir los casos difíciles interpretando y no simplemente aplicando decisiones legales del pasado y formula una teoría general sobre qué es la interpretación —tanto en literatura como en derecho— que permite discriminar cuál puede prevalecer sobre las demás.

En este sentido, toda interpretación legal refleja una teoría subyacente sobre el carácter general de la ley, que Dworkin evalúa en sus dos principales vertientes. Una, el convencionalismo, considera que la ley de una comunidad es solo aquello que las convenciones establecidas dicen que es. Otra, el pragmatismo, asume que la práctica legal se comprende mejor como un instrumento de la sociedad para lograr sus objetivos. Dworkin se revela contra ambas con argumentos vigorosos y persuasivos para defender una tercera teoría: el derecho como integridad, que sostiene como objetivo fundamental el responder a la necesidad de que una comunidad política actúe de forma coherente y de acuerdo a principios establecidos para todos sus miembros.

Ronald Dworkin (Providence, 1931) es un eminente filósofo del derecho y catedrático de derecho constitucional por la *New York University*, enseñante asimismo en las universidades *Yale Law School* y *University of Oxford*.

IBICILAH

ISBN 978-84-9784-323-8



0 799474 222220

EL IMPERIO DE LA JUSTICIA

*De la teoría general del derecho, de las
decisiones e interpretaciones de los jueces
y de la integridad política y legal como
clave de la teoría y practica*

Ronald Dworkin

gedisa
editorial

Titulo original en inglés

Law's Empire

© Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986

Traducción: Claudia Ferrari

Revisión técnica: Ernesto Abril

Ilustración de cubierta: Ivan de Pablo Bosh

Primera edición: 1988, Barcelona

Primera reimpresión: noviembre de 1997, Barcelona

Segunda reimpresión: julio de 2005, Barcelona

Segunda edición: mayo de 2012, Barcelona

Derechos reservados para todas las ediciones en castellano

© Editorial Gedisa S. A.

Avenida del Tibidabo, 12, 3º

08022 - Barcelona, España

Tel. (+34) 93 253 09 04

Fax (+34) 93 253 09 05

Correo electrónico: gedisa@gedisa.com

www.gedisa.com

IBIC: LAB

ISBN: 978-84-7432-323-8

Depósito legal: B-8387-2012

Impreso por Romanyà Valls, S.A.

Impreso en España

Printed in Spain

Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada, en castellano o en cualquier otro idioma.

INDICE

PREFACIO	11
1. QUÉ ES EL DERECHO?	15
¿Por qué importa?	15
Desacuerdo sobre el derecho	16
La perspectiva del hecho evidente	19
Una objeción inicial	22
El mundo real.....	24
Teorías semánticas del derecho	35
El verdadero debate sobre las teorías semánticas	43
2. CONCEPTOS INTERPRETATIVOS	44
El aguijón semántico	44
Un ejemplo imaginario	45
Una primera mirada a la interpretación	47
La interpretación y la intención del autor	50
El arte y la naturaleza de la intención	50
Intenciones y prácticas	55
Etapas de la interpretación	57
Los filósofos de cortesía	59
Una digresión: la justicia	62
Escepticismo sobre la interpretación	64
3. RETORNO A LA JURISPRUDENCIA	72
Un nuevo cuadro	72
Conceptos y concepciones del derecho	74
El derecho y la ética	78
Anatomía de una concepción	79
Concepciones escépticas y derecho perverso	81
La flexibilidad del lenguaje legal	83
Fundamentos y fuerza del derecho	86
4. EL CONVENCIONALISMO	90
Su estructura	90
Su atracción	92
Convenciones legales	94

Dos tipos de convencionalismo	96
¿El convencionalismo se ajusta a nuestra práctica?	100
¿El convencionalismo justifica nuestra práctica?	107
5. PRAGMATISMO Y PERSONIFICACIÓN	115
Una concepción escéptica	115
¿El pragmatismo es conveniente?	115
Ley sin derechos	121
Los reclamos de la integridad	123
La comunidad personificada	126
La personificación en juego	128
6. INTEGRIDAD	132
Programa	132
¿La integridad es adecuada?	132
¿La integridad es atractiva?	139
El enigma de la legitimidad	141
Las obligaciones de la comunidad	145
Fraternidad y comunidad política	152
Desordenadas notas finales	158
7. LA INTEGRIDAD EN EL DERECHO	164
Una amplia perspectiva	164
La cadena del derecho	166
Derecho: la cuestión de los daños morales	173
Un resumen provisorio	183
Algunas objeciones familiares	186
Escepticismo en el derecho	191
8. EL DERECHO CONSUECUDINARIO	198
La interpretación económica	198
Complejidades	201
La cuestión de justicia	204
El deber utilitarista	206
La interpretación igualitaria	210
Igualdad y costo comparativo	214
Personas privadas y cuerpos públicos	219
9. ESTATUTOS	223
La intención legislativa	223
El significado del orador	225
Convicciones	232
El método de Hércules	238

Historia legislativa	241
Los estatutos a través del tiempo	245
¿Cuándo es claro el lenguaje?	247
10. LA CONSTITUCIÓN	251
¿El derecho constitucional está basado en un error?	251
Liberales y conservadores	252
Historicismo	254
Pasivismo	260
Hércules en el Olimpo	267
Teorías de igualdad racial.....	268
La decisión del caso Brown	272
La decisión del caso Bakke	276
¿Hércules es un tirano?	279
11. EL DERECHO MÁS ALLÁ DEL DERECHO	281
El derecho se purifica a sí mismo	281
Los sueños del derecho	286
Epílogo: ¿Qué es el derecho?	287
NOTAS	291
INDICE TEMÁTICO	313

Prefacio

Vivimos dentro y según la ley. Ella nos convierte en lo que somos: ciudadanos y empleados, doctores y cónyuges, personas que poseen cosas. La ley es espada, escudo y amenaza: insistimos en nuestro salario o nos negamos a pagar la renta, o nos vemos forzados a pagar multas o nos encierran en la cárcel, todo en nombre de lo que nuestro etéreo y abstracto soberano, el derecho, ha decretado. Y *discutimos* sobre lo que ha decretado, a pesar de que los libros donde supuestamente están registradas sus órdenes y directivas son silenciosos: actuamos entonces como si el derecho hubiera murmurado su sentencia, en voz demasiado baja como para ser escuchada con claridad. Somos súbditos del imperio de la ley, vasallos de sus métodos e ideales, amarrados de espíritu mientras debatimos qué debemos hacer.

¿Qué sentido tiene esto? ¿Cómo puede mandar la ley cuando los libros de derecho son silenciosos, confusos o ambiguos? Este libro establece en toda su extensión la respuesta que he estado desarrollando, paso a paso, durante varios años: que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser. Desde este punto de vista, la estructura y coacción distintivas del argumento legal surgen sólo cuando distinguimos e identificamos las diversas dimensiones, a menudo competitivas, de valor político, las diferentes hebras entreteljadas en el complejo juicio de que una interpretación hace que la historia de la ley sea mejor, tomando en cuenta todas las cosas, que cualquier otra. Este libro pule, expande e ilustra esa concepción del derecho, Excava en sus cimientos en una política más general de integridad, comunidad y fraternidad. Rastrea sus consecuencias para la teoría legal abstracta y luego, para una serie de casos concretos que surgen del derecho común, de estatutos y de la Constitución.

Utilizo distintos argumentos, modelos y ejemplos que he utilizado antes, aunque en cada caso, en forma diferente y, espero, mejorada. Esta repetición es deliberada: permite que muchas discusiones y ejemplos sean aquí breves, dado que los lectores que deseen conocerlos con mayor detalle, más allá del nivel necesario para el argumento de este libro, pueden consultar las referencias que proporcio para un estudio más a fondo. (Muchas de estas discusiones más largas están presentes en: *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts y Londres, 1985.) Este libro abarca, como debe hacerlo cualquier libro sobre teoría legal, un número de intrincadas y muy estudiadas cuestiones de filosofía general. No he querido interrumpir el argumento general con una excursión a es-

tas cuestiones de modo que, cada vez que me fue posible, las he tratado en forma de notas. También he utilizado las notas para incluir extensas discusiones sobre ciertos argumentos presentados por algunos eruditos legales.

No me he esforzado en descubrir en qué grado este libro altera o reemplaza posiciones que defendí en trabajos anteriores. Sin embargo, podría resultar útil hacer notar cómo trata dos posiciones que han sido largamente comentadas. En *Taking Rights Seriously*, desarrollé argumentos contra el positivismo legal que enfatizaba la fenomenología de la adjudicación: dije que los jueces sienten la obligación de dar lo que denomino "fuerza de gravedad" a decisiones anteriores y que esta obligación contradice la doctrina positivista de la discreción judicial. Este libro, en particular el Capítulo 4, enfatiza más los defectos fenomenológicos que los interpretativos del positivismo, pero en el fondo, ambas deficiencias son iguales. También durante años me he opuesto a la afirmación del positivismo de que no puede haber respuestas "correctas" a preguntas legales polémicas, sino respuestas "diferentes". He insistido en que en los casos más difíciles la razón y la imaginación deben buscar las respuestas correctas. Algunos críticos pensaron que me refería a que en estos casos, una respuesta podía resultar correcta para la satisfacción de todos; sin embargo, desde el principio insistí en que no era eso a lo que hacía referencia, el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta. En este libro sostengo que los críticos no logran entender de qué se trata en realidad la controversia sobre las respuestas correctas, de qué debe tratar si la tesis escéptica, que no existen respuestas correctas, cuenta como cualquier otro argumento contra la teoría de derecho que defiende. Afirmo que la controversia es en realidad sobre moralidad y no sobre metafísica y la tesis de la respuesta-no-correcta, entendida como un reclamo moral, no es para nada persuasiva tanto en lo que respecta a la moralidad como al derecho.

En general, he tratado de no hacer una comparación entre mis puntos de vista y los de otros filósofos legales y políticos, ya sean clásicos o contemporáneos, o de señalar cuánto han influido o qué he extraído de sus trabajos. Tampoco es este libro un estudio de las últimas ideas en jurisprudencia. Si hago un estudio detallado de varios puntos de vista modernos en la teoría legal, incluyendo el positivismo legal "suave", el análisis económico del derecho, el movimiento de los estudios legales críticos y las teorías "pasivas" e "intención de los autores" del derecho constitucional norteamericano. Sin embargo, toco estos puntos porque sus postulados tienen que ver con mis argumentos, y niego por completo a muchos filósofos legales cuyo trabajo es de igual o mayor importancia.

Frank Kermode, Sheldon Leader, Roy McLees y John Oakley, cada uno de ellos leyó una parte sustancial del borrador del libro y brindaron extensos comentarios. Su ayuda es invaluable: cada uno me ahorró serios errores, contribuyeron con ejemplos importantes, vieron cuestiones que había pasado por alto y me hicieron volver a pensar ciertos argumentos. Jeremy Waldron leyó y mejoró el Capítulo 6, y Tom Grey hizo lo mismo con el Capítulo 2. La mayor parte de las notas, a excepción de las largas notas textuales, fueron preparadas por William Ewald, William Riesman y, en especial por Roy McLess; cualquier valor que el libro pueda tener como fuente de referencia es gracias a ellos. Agradezco el generoso apoyo del Fondo de Investigación Filomen D'Agostino y Max E. Greenberg de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York. Agradez-

co también a David Erikson de Xyquest, Inc. quien se ofreció a hacer adaptaciones especiales al notable programa de procesamiento de textos de esa firma, XyWrite III, para que pudiera utilizarlo en la preparación de este libro. Peg Anderson de la Harvard University Press me ayudó y sufrió mucho al tolerar cambios hasta el último momento.

Asimismo, debo agradecimientos más difusos. Mis colegas de la comunidad de jurisprudencia de Gran Bretaña, en particular John Finnis, H. L. A. Hart, Neil MacCormick, Joseph Raz y William Twining que han sido pacientes tutores de un alumno torpe y mis amigos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, en especial Lewis Kornhauser, William Nelson, David Richards y Laurence Sager quienes han sido una fuente constante de discernimiento y consejos imaginativos. Y por sobre todas las cosas, agradezco a los poderosos críticos que tuve la suerte de atraer en el pasado; este libro podría haber estado dedicado a ellos. Responder a las críticas ha sido para mí el trabajo más productivo de todos. Espero volver a tener la misma suerte.

1. ¿Qué es el derecho?

¿Por qué importa?

Importa la forma en que los jueces deciden los casos. Importa más a todas las personas sin suerte o litigiosas o perversas o lo suficientemente santas como para encontrarse en una corte. Learned Hand, que fue uno de los mejores y más famosos jueces norteamericanos, dijo que le temía más a un juicio que a la muerte o a los impuestos. Los casos criminales son los más aterradores de todos, pero también son los que al público más fascinan. Sin embargo, los juicios civiles, donde una persona pide una compensación o algún tipo de protección a otra por alguna lesión anterior o amenazante son los más consecuentes de todos excepto los juicios criminales más graves. La diferencia entre dignidad y ruina puede revertir un argumento que pudo no haber golpeado con la misma fuerza a otro juez, o incluso al mismo juez, otro día. Las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento.

Los juicios son también importantes en otro aspecto que no puede medirse en dinero, ni siquiera en libertad. Es inevitable la dimensión moral de una acción ante la justicia y por lo tanto, el riesgo de alguna forma distintiva de injusticia pública. Un juez no debe sólo decidir quién recibirá qué, sino quién se ha comportado bien, quién ha cumplido con sus responsabilidades de ciudadano, y quién, en forma intencional, o por codicia o insensibilidad ha ignorado sus propias responsabilidades con respecto a los demás, o exagerado las de los demás con respecto a sí mismo. Si este juicio no es justo, entonces la comunidad ha infligido un daño moral a uno de sus miembros porque en cierto grado o cierta dimensión lo ha signado como un proscrito. El daño es aun mayor cuando se condena por un crimen a una persona inocente, pero es bastante sustancial cuando un demandante con un reclamo justo es echado de la corte, o un acusado sale con un estigma que no merece.

Estos son los efectos directos de un juicio sobre las partes y sus dependientes. En Inglaterra y Estados Unidos, entre otros lugares, las decisiones judiciales afectan también a muchas otras personas porque la ley a menudo se convierte en lo que el juez sostiene que es. Las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, son muy conocidas y tienen gran importancia en este sentido. Dicha Corte tiene el poder de denegar hasta las decisiones más deliberadas y populares de otros departamentos del gobierno si cree que se oponen a la Constitución y por lo tanto, tiene la última palabra sobre si los Estados

deben o no y en qué forma ejecutar a los asesinos, o prohibir el aborto, o exigir que se rece en las escuelas públicas, o si el Congreso debe reclutar soldados para pelear una guerra o forzar al presidente a hacer públicos los secretos de su función. Cuando en 1954 la Corte decidió que ningún Estado tenía el derecho de segregar las escuelas públicas por raza, llevó a la nación a una revolución social más profunda que cualquier otra institución política haya o pudo haber causado. (1)

La Corte Suprema es el testigo más dramático para el poder judicial, pero las decisiones de otras cortes suelen ser también importantes. He aquí dos ejemplos, elegidos casi al azar, de la historia legal de Inglaterra. En el siglo XIX, los jueces ingleses declararon que el obrero de una fábrica no podía demandar a su empleador por una compensación si resultaba herido por el descuido de otro empleado. (2) Dijeron que el trabajador "asume el riesgo" de que sus "compañeros" puedan ser descuidados y, de todas formas, el trabajador sabe mejor que el empleador cuál de sus compañeros es descuidado y tal vez posee más influencia sobre ellos. Esta resolución (que parecía menos tonta cuando las imágenes darwinistas del capitalismo eran más populares) ejerció una fuerte influencia sobre el derecho de compensación por accidentes industriales hasta que finalmente fue abandonada. (3) En 1975, Lord Widgery, un juez muy influyente de Inglaterra, estableció disposiciones que estipulaban cuánto tiempo un funcionario del gabinete debía aguardar después de retirarse para publicar descripciones de reuniones confidenciales del gabinete. (4) Esa decisión fijó los registros oficiales disponibles para los periodistas e historiadores contemporáneos que critican al gobierno, y por lo tanto afectó el comportamiento del gobierno.

Desacuerdo sobre el derecho

Es importante los distintos modos en que los jueces deciden sus casos, así como también lo que creen que es el derecho, y cuando no están de acuerdo con el mismo, es importante saber qué tipo de desacuerdo tienen. ¿Existe algún misterio sobre ello? Sí, pero necesitamos hacer unas distinciones para ver de qué se trata. Los juicios suelen plantear, al menos en principio, tres tipos diferentes de cuestiones: cuestiones de hecho, cuestiones de derecho y las cuestiones entrelazadas de moralidad y fidelidad políticas. En primer lugar, ¿qué sucedió? ¿El hombre del torno arrojó realmente la llave sobre el pie de su compañero? Segundo, ¿cuál es la ley pertinente? ¿La ley establece que el empleador pague daños y perjuicios al trabajador lastimado por ese tipo de lesión? Tercero, si la ley niega compensación, ¿es eso injusto? De ser así, ¿los jueces deberían ignorar la ley y otorgar una compensación de todas formas?

La primera de estas cuestiones, la cuestión de hecho, parece lo suficientemente clara. Si los jueces no están de acuerdo sobre los sucesos reales, históricos en controversia, sabemos sobre qué no están de acuerdo y qué tipo de evidencia resolvería la cuestión si estuviera disponible. La tercera cuestión, de moralidad y fidelidad, es diferente pero también conocida. La gente suele estar en desacuerdo sobre lo correcto y lo incorrecto desde el punto de vista moral, y el

desacuerdo moral no presenta ningún problema especial cuando surge en una corte. ¿Pero qué sucede con la segunda cuestión, la cuestión de derecho? Abogados y jueces parecen estar con frecuencia en desacuerdo sobre el derecho que gobierna un caso; parecen no coincidir ni siquiera en las pruebas correctas que deben utilizar. Un juez, que propone una serie de pruebas, sostiene que el derecho favorece al distrito escolar o al empleador, y otro, que propone una serie distinta, sostiene que favorece a los alumnos o al empleado. Si éste es en realidad un tercer y claro tipo de argumento, diferente de los argumentos sobre el hecho histórico y de los argumentos morales, ¿qué tipo de argumento es? ¿Sobre qué es el desacuerdo?

Denominemos "propuestas de ley" las distintas declaraciones que hace la gente sobre lo que la ley les permite, prohíbe o autoriza tener. Las propuestas de ley pueden ser muy generales: "la ley prohíbe a los estados negar a cualquier persona igual protección dentro del sentido de la decimocuarta enmienda" o, mucho menos general, "la ley no proporciona compensación por las lesiones causadas por la negligencia de otro compañero de trabajo" o, en forma bien concreta, "la ley determina que Acme Corporation compense a John Smith por el daño sufrido en su empleo el mes de febrero pasado". Abogados, jueces y gente corriente piensan por lo general que algunas propuestas de ley pueden ser, por lo menos, verdaderas o falsas. (5) Pero ninguno piensa que pueden dar parte de las declaraciones de alguna figura fantasmal: no tratan sobre lo que la Ley les susurró a los planetas. Es cierto que los abogados hablan sobre lo que "dice" la ley o sobre si la ley es "silenciosa" con respecto a una cuestión u otra. Pero éstas no son más que formas de expresión.

Todos piensan que las propuestas de ley son verdaderas o falsas (o ninguna de las dos cosas) en virtud de otros tipos de propuestas, más conocidas, donde estas propuestas de ley son (por así decirlo) parásitas. Estas propuestas más conocidas proporcionan lo que denominaré la "base" de la ley. La mayoría de la gente cree que la propuesta de no manejar a más de 88 kilómetros por hora en California es verdadera porque la mayoría de legisladores de dicho Estado dijo "sí" o alzó la mano cuando un texto a dicho efecto apareció en sus escritorios. No podría ser verdadero si nada de eso hubiese ocurrido; entonces, no podría ser verdad sólo en virtud de lo que alguna figura fantasmal haya dicho o de lo que se encontró en tablas trascendentales en el cielo.

Podemos distinguir dos tipos de desacuerdo que podría existir entre abogados y jueces acerca de una propuesta de ley. Pueden estar de acuerdo sobre el fundamento del derecho (sobre cuando la verdad o falsedad de otras propuestas más conocidas hacen que una propuesta de ley en particular sea verdadera o falsa), pero no sobre el hecho de si estos fundamentos se ven satisfechos en algún caso en particular. Abogados y jueces pueden estar de acuerdo, por ejemplo, en que el límite de velocidad en California es de 88 km por hora si el código de leyes oficial de California contiene una ley a dicho efecto, pero no sobre si ése es el límite de velocidad porque no están de acuerdo en si en realidad el código contiene dicha ley. O bien pueden disentir sobre el fundamento del derecho, sobre qué otros tipos de propuestas, cuando son verdaderas, hacen que una propuesta particular sea verdadera. En un sentido empírico, pueden estar de acuerdo sobre lo que el código de leyes y las decisiones judiciales del pasado tienen que decir sobre la compensación por lesiones a un compañero, pero dis-

crepan sobre qué es en realidad el derecho de compensación porque discrepan sobre si los códigos de leyes y decisiones judiciales agotan los campos pertinentes del derecho. A esto podríamos denominarlo un desacuerdo "teórico" sobre el derecho.

El desacuerdo empírico sobre el derecho no es para nada misterioso. Las personas pueden disentir sobre qué son las palabras en los códigos de leyes de la misma forma en que pueden disentir sobre cualquier otro hecho. Sin embargo, el desacuerdo teórico en derecho, el desacuerdo sobre el fundamento del derecho, es más problemático. Más adelante en este capítulo, veremos que jueces y abogados disienten de manera teórica. Su desacuerdo versa sobre qué es el derecho en realidad, sobre la cuestión de la segregación racial o accidentes industriales, por ejemplo, incluso cuando están de acuerdo en que estatutos han sido promulgados y qué han dicho y pensado los funcionarios legales en el pasado. ¿Qué tipo de desacuerdo es éste? ¿Cómo podríamos juzgar quién tiene el mejor argumento?

El público en general parece no darse cuenta del problema; de hecho parece no darse cuenta del desacuerdo teórico sobre el derecho. El público está más ocupado con la cuestión de la fidelidad. Políticos, escritores de editoriales y los ciudadanos comunes discuten, a veces con gran pasión, sobre si los jueces en los grandes casos que llaman la atención del público "descubren" el derecho que anuncian o lo "inventan" y si el "inventar" el derecho es una habilidad de estadista o una tiranía. Sin embargo, la cuestión de la fidelidad no llega nunca a ser una cuestión candente en las cortes anglo-norteamericanas; nuestros jueces rara vez consideran si deberían seguir la ley una vez que han determinado qué es en realidad y el debate público es un ejemplo, a pesar de estar bastante disimulado, de desacuerdo teórico sobre el derecho.

En un sentido trivial, los jueces "crean una nueva ley" cada vez que deciden un caso importante. Anuncian una disposición, principio, calificación o elaboración (que la segregación es inconstitucional o que los trabajadores no pueden cobrar por lesiones a compañeros, por ejemplo) que nunca había sido declarada antes en forma oficial. Pero por lo general, ofrecen estas nuevas declaraciones de derecho como informes mejorados de aquello que el derecho, bien comprendido, ya es. En otras palabras, sostienen que la nueva declaración es requerida para una correcta percepción de los verdaderos fundamentos del derecho a pesar de que esto no haya sido reconocido antes e incluso haya sido negado. De modo que el debate público sobre si los jueces "descubren" o "inventan" la ley es en realidad sobre si ese reclamo es verdadero y cuándo lo es. Si alguien dice que los jueces descubrieron la ilegalidad de la segregación escolar, cree en realidad que la segregación era ilegal antes de la decisión que dice que lo es, a pesar de que ninguna corte lo había dicho antes. Si dice que inventaron esa ley, se refiere a que la segregación no era ilegal antes, que los jueces cambiaron la ley por decisión propia. Este debate sería bastante claro, y podría solucionarse con facilidad, al menos caso por caso, si todos estuvieran de acuerdo sobre qué es la ley, si no existiera un desacuerdo teórico sobre los fundamentos del derecho. Entonces, sería fácil verificar si la ley antes de la decisión de la Corte Suprema era en realidad lo que dicha decisión dijo que era. Pero dado que abogados y jueces disienten en forma teórica, el debate sobre si los jueces hacen o encuentran la

ley es parte de dicho desacuerdo, a pesar de que no contribuye en nada a su resolución porque la verdadera cuestión nunca sale a la superficie.

La perspectiva del hecho evidente

Por increíble que parezca, la jurisprudencia norteamericana no tiene ninguna teoría plausible sobre el desacuerdo teórico en derecho. Es obvio que los filósofos del derecho son conscientes de que el desacuerdo teórico es problemático, y que no resulta claro en forma inmediata saber de qué tipo de desacuerdo se trata. Sin embargo, la mayoría de ellos han acordado lo que pronto veremos es más una evasión que una respuesta. Sostienen que el desacuerdo teórico es una ilusión, que en realidad, abogados y jueces están de acuerdo sobre los fundamentos del derecho.

Denominaré a esto el punto de vista "evidente" de los fundamentos del derecho; he aquí una declaración preliminar de sus principales postulados. El derecho es sólo aquello que las instituciones legales, tales como legislaturas, concejos municipales y cortes, han decidido en el pasado. Si alguna persona dentro de dichas categorías ha decidido que los trabajadores pueden cobrar compensación por lesiones ocasionadas por la negligencia de un compañero de trabajo, entonces, ésa es la ley. Si ha decidido lo contrario, ésa es la ley entonces. Es así como siempre pueden responderse las preguntas sobre el derecho, buscando en los libros donde se registran las decisiones institucionales. Por supuesto que requiere un entrenamiento especial saber dónde buscar y cómo comprender el arcano vocabulario con que están escritas las decisiones. El lego no posee este entrenamiento ni este vocabulario, pero sí los abogados y por lo tanto, no puede existir una controversia entre ellos sobre si la ley otorga una compensación por lesiones ocasionadas por un compañero, por ejemplo, a menos que algunos de ellos hayan cometido un error empírico sobre lo que se ha decidido en el pasado.

"El derecho existe como un hecho evidente, en otras palabras, y lo que es el derecho de ninguna forma depende de lo que debería ser. ¿Entonces por qué a veces abogados y jueces parecen tener un desacuerdo teórico sobre el derecho? Porque cuando parecen disentir en forma teórica sobre lo que es el derecho, en realidad disienten sobre lo que debería ser. Su desacuerdo es sobre cuestiones de moralidad y fidelidad y no sobre derecho."

La popularidad de este punto de vista entre teóricos del derecho ayuda a explicar por qué los legos, cuando piensan en las cortes, se preocupan más por la fidelidad a la ley que por lo que la ley es en realidad. Si los jueces se dividen en un gran caso y su desacuerdo no puede ser sobre cuestiones de derecho porque el derecho es una cuestión de hecho evidente arreglado con facilidad entre abogados bien informados, una de las partes debe estar desobedeciendo o ignorando la ley, y éste debe ser el lado que apoya una decisión que es nueva en el sentido trivial. De modo que la cuestión de fidelidad es la cuestión que requiere discusión pública y la atención del ciudadano observador. La opinión más popular, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, insiste en que los jueces

siempre deberían seguir la ley, en cualquier decisión, en lugar de tratar de mejorarla. Puede suceder que no les guste la ley que encuentran, puede obligarlos a desalojar una viuda en Navidad incluso en medio de una tormenta, pero sin embargo la hacen cumplir. Lamentablemente, según esta opinión popular, algunos jueces no aceptan esa sabia compulsión; en forma encubierta e incluso al desnudo, tuercen la ley para servir a sus propios propósitos o política. Estos son los malos jueces, los usurpadores, los destructores de la democracia.

Esa es la respuesta más popular a la cuestión de la fidelidad, pero no es la única. Algunas personas, toman un punto de vista diferente: que los jueces deberían tratar de mejorar la ley cada vez que puedan, que siempre deben ser políticos en la forma que deplora la primera respuesta. El mal juez, desde el punto de vista minoritario, es el juez rígido y "mecánico" que hace cumplir la ley para beneficio de ésta, sin importarle la miseria, la injusticia o la ineficiencia que provoca. El buen juez prefiere la justicia a la ley.

Ambas versiones del punto de vista del lego, la "conservadora" y la "progresista", giran sobre la tesis académica de que el derecho es una cuestión de hecho evidente, pero en ciertos sentidos la tesis académica es más sofisticada. La mayoría de los legos asumen que los libros contienen una ley decisiva sobre cada uno de los casos que pueden presentarse ante un juez. La versión académica del punto de vista del hecho evidente lo niega. Insiste en que la ley puede no decir nada sobre la cuestión en juego porque ninguna decisión institucional del pasado habla de ello en ninguna forma. Tal vez, ninguna institución competente haya decidido jamás si los trabajadores pueden o no cobrar por lesiones sufridas a causa de la negligencia de algún compañero. Ahora bien, la ley puede no decir nada porque la decisión institucional pertinente sólo estipulaba pautas vagas al declarar, por ejemplo, que un propietario debe otorgar a una viuda un tiempo "razonable" para pagar su renta. En estas circunstancias, según la versión académica, ningún tipo de decisión puede actuar con tal imposición en lugar de cambiar la ley. Entonces, al juez no le queda ninguna otra opción que ejercitar la discreción de hacer una nueva ley llenando los vacíos allí donde la ley permanece en silencio y haciéndola más precisa allí donde es vaga.

Nada de esto habilita al punto de vista del hecho evidente, que el derecho es siempre una cuestión de hecho histórico y nunca depende de la moralidad. Sólo agrega que en algunas ocasiones, abogados preparados pueden descubrir que no existe ningún derecho. Toda pregunta sobre qué es la ley sigue teniendo una respuesta histórica, a pesar de algunas respuestas negativas. Luego, se reemplaza la cuestión de la fidelidad con una cuestión diferente, también diferente de la cuestión del derecho, a la que podemos llamar la cuestión de enmienda. ¿Qué deben hacer los jueces ante la ausencia de ley? Esta nueva pregunta política da lugar a una división de opiniones muy parecida a la división original sobre la cuestión de la fidelidad. Los jueces que no tienen más elección que hacer una nueva ley pueden llevar diferentes ambiciones a dicha empresa. ¿Deben llenar los espacios con cautela, tratando de conservar lo más posible el espíritu del derecho vecino? ¿O deben hacerlo en forma democrática, tratando de llegar al resultado que creen representa la voluntad del pueblo? ¿O aventurera, tratando de que la nueva ley sea tan justa y precisa como sea posible, según su opinión? Cada una de estas diferentes actitudes tiene sus partidarios en las aulas de la facultad de derecho y en los discursos en las reuniones de las organizaciones pro-

fesionales. Estos son los estandartes, desgastados con el servicio, de las cruzadas de la jurisprudencia.

Algunos abogados académicos llegan a conclusiones radicales acerca de la sofisticada versión del punto de vista del hecho evidente del derecho. (6) Afirman que las decisiones institucionales son muy raras, ambiguas o incompletas, pero a menudo, inconsistentes e incluso incoherentes. Concluyen que nunca hay una ley sobre cualquier tópico o cuestión, sino que los jueces retóricos suelen disfrazar decisiones dictadas en realidad por preferencias ideológicas o de clase. La carrera que he descrito, desde la creencia del lego de que el derecho está en todas partes hasta el descubrimiento burlón del cinico de que no está en ninguna, es el curso natural de la convicción una vez que aceptamos el punto de vista del hecho evidente y su reclamo evidente de que el desacuerdo teórico no es más que política disfrazada. Cuanto más aprendemos sobre el derecho, más nos convencemos de que nada importante sobre él es del todo indiscutible.

Debo agregar que no todos aceptan el punto de vista del hecho evidente. Es muy popular entre los legos y escritores académicos cuya especialidad es la filosofía del derecho. Pero es rechazado entre abogados y jueces precavidos. Cuando se les pregunta en un tono grave qué es el derecho, pueden respaldar el cuadro del hecho evidente como una parte de la jurisprudencia formal. Pero cuando no están en guardia cuentan una historia diferente y más romántica. Afirman que el derecho es instintivo más que explícito en doctrina, que puede ser identificado sólo por técnicas especiales, mejor descritas en forma impresionista e incluso, misteriosa. Dicen que juzgar es un arte y no una ciencia, que el buen juez mezcla analogía, habilidad, sabiduría política y el sentido de su rol en una decisión intuitiva, que "comprende" mejor el derecho de lo que puede explicarlo, de modo que su opinión escrita, por cuidadosamente razonada que esté, jamás capta toda su perspicacia. (7)

A menudo agregan lo que creen es una modesta renuncia. Sostienen que no hay respuestas correctas sino respuestas diferentes a las difíciles preguntas del derecho, que la perspicacia es al fin subjetiva, que es sólo lo que parece correcto, para mejor o para peor, al juez de turno. Sin embargo, esta modestia contradice de hecho lo que dijeron en primer lugar, porque cuando por fin los jueces se deciden por una u otra cosa, creen que sus argumentos son mejores y no sólo diferentes de los argumentos contrarios; a pesar de que puedan pensarlo con humildad, mientras desean que su confianza fuese mayor o el tiempo para tomar una decisión, más largo, esto es, sin embargo, lo que creen. En ésta y otras formas, el romántico punto de vista de la "habilidad" resulta insatisfactorio; le falta estructura y se contenta demasiado con los misterios de los que goza como para contar como cualquier teoría desarrollada sobre qué trata el argumento legal. Necesitamos disciplinar la idea del derecho como una habilidad, para ver cómo la estructura del instinto judicial es diferente de otras convicciones que la gente tiene sobre el gobierno y la justicia.

Todavía no he ofrecido las razones por las que sostengo que el punto de vista del hecho evidente dominante desde la perspectiva académica del derecho es más una evasión que una teoría. Necesitamos ejemplos reales sobre el desacuerdo teórico, y pronto los proporcionaré. Pero si tengo razón, estamos en una mala situación. Si legos, profesores de jurisprudencia, abogados laborales y jue-

ces no poseen una buena respuesta a la pregunta de cómo es posible el desacuerdo teórico y de qué se trata, nos falta lo esencial para una crítica inteligente sobre lo que hacen nuestros jueces. Ningún departamento de Estado es más importante que nuestras cortes, y ninguno es tan mal comprendido por los gobernados. La mayoría de las personas tienen opiniones claras sobre cómo los congresales, o primeros ministros, o presidentes, o secretarios de relaciones exteriores deberían cumplir con sus funciones y conjeturas perspicaces sobre cómo se comporta la mayoría de estos funcionarios. Sin embargo, la opinión popular sobre los jueces y los juicios es una triste historia de lemas vacíos, e incluso la opinión de muchos abogados laborales y jueces cuando escriben o hablan sobre lo que hacen. Todo esto es una vergüenza y es sólo parte del daño. Porque nos interesamos en el derecho, no sólo porque lo utilizamos para nuestros propósitos, egoístas o nobles, sino porque el derecho es nuestra institución social más estructurada y reveladora. Si comprendemos mejor la naturaleza de nuestro argumento legal, conocemos mejor qué clase de personas somos.

Una objeción inicial

Este libro trata sobre el desacuerdo teórico en derecho. Su objetivo es comprender qué tipo de desacuerdo es y luego interpretar y defender una teoría en particular sobre los fundamentos apropiados del derecho. Pero por supuesto que la práctica legal es mucho más que argumentos sobre derecho, y este libro deja de lado una gran parte que también estudia la teoría del derecho. Hay muy poco sobre cuestiones de derecho, por ejemplo. Es importante cómo los jueces deciden si un operario tiene el derecho legal de cobrar daños y perjuicios cuando a uno de sus compañeros se le cae una llave sobre un pie, pero también es importante cómo un juez o un jurado decide si el operario (según afirma su empleador) se tiró la llave solo en el pie. Tampoco discuto las políticas prácticas de adjudicación, los compromisos que a veces deben aceptar los jueces, formulando la ley en forma diferente de lo que piensan para atraer los votos de otros jueces, por ejemplo. Me preocupa la cuestión de derecho y no las razones que puedan tener los jueces para templar sus declaraciones de lo que es. Mi proyecto es estrecho también desde otra perspectiva. Se concentra en la adjudicación formal, en los jueces de túnica negra, pero éstos no son los únicos ni incluso los actores más importantes del drama legal. Un estudio más completo de la práctica legal incluiría a legisladores, policías, abogados de distrito, funcionarios de bienestar social, presidentes de consejos escolares, una gran variedad de otros funcionarios y personas como banqueros, empresarios y trabajadores sindicalistas, que no reciben el nombre de funcionarios públicos pero cuyas decisiones también afectan los derechos legales de sus conciudadanos.

Algunos críticos se sentirán ansiosos por afirmar, a esta altura, que nuestro proyecto no es sólo parcial en varios aspectos sino también erróneo, que no comprenderemos bien el proceso legal si prestamos especial atención a los argumentos doctrinales de los abogados sobre qué es el derecho. Sostienen que estos argumentos oscurecen (tal vez ellos quieren oscurecer) la importante fun-

ción social del derecho como fuerza y testigo ideológico. Una correcta comprensión del derecho como fenómeno social requiere, según sostienen estos críticos, un enfoque más científico, sociológico o histórico que no preste atención, o muy poca, a los enigmas jurisprudenciales sobre la caracterización correcta del argumento legal. Ellos creen que deberíamos hacernos distintas preguntas: ¿En qué grado y en qué forma los jueces sufren la influencia de la conciencia social o la circunstancia económica? ¿Las decisiones judiciales de Norteamérica en el siglo XIX jugaron un papel importante en la formación de la versión norteamericana diferente del capitalismo? ¿O esas decisiones sólo fueron espejos que reflejaban cambio y conflicto, pero sin adelantar uno ni resolver el otro? Los críticos nos advierten que nos apartaremos de estas preguntas serias si nos dejamos llevar por argumentos filosóficos sobre si las propuestas de ley pueden ser polémicas y por qué, como los antropólogos que se ven envueltos en disputas teológicas sobre alguna cultura antigua y primitiva.

Esta objeción fracasa por sus propias normas. Pide realismo social, pero el tipo de teoría que recomienda es incapaz de proporcionarlo. Por supuesto que el derecho es un fenómeno social. Pero su complejidad, su función y su consecuencia, todo depende de una característica especial de su estructura. La práctica legal, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa. Cada actor en la práctica comprende que aquello que ésta permite o requiere depende de la verdad de ciertas propuestas que tienen sentido sólo dentro de la práctica y por ella; la práctica consiste en gran parte en desplegar y argumentar sobre estas propuestas. Las personas que tienen derecho hacen y debaten reclamos sobre aquello que el derecho permite o prohíbe que sería imposible (por carecer de sentido) sin derecho, y buena parte de lo que su derecho revela sobre ellos no puede ser descubierto sino notando cómo fundamentan y defienden estos reclamos. Este aspecto argumentativo y crucial de la práctica legal puede ser estudiado en dos formas diferentes o desde dos perspectivas. Una es la perspectiva externa del sociólogo o del historiador que pregunta por qué algunas pautas del argumento legal se desarrollan más en ciertos períodos o bajo ciertas circunstancias que en otras, por ejemplo. La otra es la perspectiva interna de aquellos que hacen el reclamo. Su interés no es histórico, aunque pueden creerlo pertinente a la historia; es práctico, en la misma forma que la presente objeción ridiculiza. No desean predicciones de los reclamos legales que harán sino argumentos sobre cuáles de estos reclamos son acertados y por qué; no desean teorías sobre cómo la historia y la economía han moldeado sus conciencias sino el lugar de estas disciplinas en el argumento sobre qué es lo que el derecho requiere que hagan o tengan.

Ambas perspectivas sobre el derecho, la externa y la interna, son esenciales y cada una debe abarcar o tomar en cuenta a la otra. El punto de vista del participante envuelve al historiador cuando algún reclamo de derecho depende de una cuestión histórica: cuando la pregunta, por ejemplo, sobre si la segregación es ilegal, se vuelve contra los motivos de los hombres de Estado que escribieron la Constitución o de aquellos que segregaron las escuelas. (8) La perspectiva del historiador incluye la del participante en forma más penetrante, porque el historiador no puede comprender el derecho como una práctica social argumentativa, incluso como para rechazarla por engañosa, hasta que obtiene la comprensión del participante, hasta que posee su propio

sentido sobre lo que cuenta como buen o mal argumento dentro de dicha práctica. Necesitamos una teoría social del derecho, pero debe ser de jurisprudencia por dicha razón. Las teorías que ignoran la estructura del argumento legal por cuestiones supuestamente mayores de historia y sociedad son por consiguiente perversas. Ignoran preguntas acerca del carácter interno del argumento legal, de modo que sus explicaciones son pobres y defectuosas, al igual que innumerables historias de matemática, estén escritas en el lenguaje de Hegel o en el de Skinner. Pienso que fue Oliver Wendell Holmes quien argumentó en forma más influyente por este tipo de teoría del derecho "externa" (9); la desalentadora historia de la jurisprudencia socio-teórica de nuestro siglo nos demuestra que estaba equivocado. Seguimos aguardando una iluminación, y mientras lo hacemos, las teorías se van tornando más programáticas y menos esenciales, más radicales en teoría y menos críticas en la práctica.

Este libro toma el punto de vista interno, el de los participantes; trata de captar el carácter argumentativo de nuestra práctica legal uniéndose a la práctica y luchando con las cuestiones de entereza y verdad que enfrentan los participantes. Estudiaremos el argumento legal formal desde el punto de vista de los jueces, no porque sólo los jueces son importantes o porque comprendemos todo sobre ellos al observar lo que dicen, sino porque el argumento judicial sobre reclamos de derecho es un paradigma útil para investigar el aspecto central, con carácter de propuesta de la práctica legal. Ciudadanos, políticos y profesores de derecho también se preocupan y discuten sobre qué es el derecho, y podría haber tomado sus argumentos como nuestros paradigmas en lugar del de los jueces. Pero la estructura del argumento judicial es típicamente más explícita, y el razonamiento judicial tiene una influencia sobre otras formas del discurso legal que no es totalmente recíproco.

El mundo real

Necesitamos un descanso de la intimidadora abstracción de estos comentarios introductorios. Ahora trataré de demostrar cómo la tesis del hecho evidente distorsiona la práctica legal, y comienzo describiendo algunos casos reales decididos por jueces en los Estados Unidos e Inglaterra.

Todos son casos famosos, al menos entre los estudiantes de derecho, y siguen tratándose en las clases. Los expongo aquí, todos juntos, por varias razones. Introducen varios términos jurídicos para los lectores que no poseen un entrenamiento legal. Proporcionan amplios ejemplos para los distintos argumentos y discusiones de futuros capítulos. Y espero que proporcionen también, en una forma más general, algún sentido al tono y la textura reales del argumento legal. Esta última razón es la más importante, porque al fin todos mis argumentos son rehenes del sentido de cada lector sobre lo que sucede y puede suceder en una corte.

El caso Elmer

Elmer asesinó a su abuelo (lo envenenó), en Nueva York en 1882. (10) Sabía que el testamento de su abuelo le dejaba la mayor parte de su fortuna pero sospechaba que el anciano, que acababa de volver a casarse, cambiaría el testamento y no le dejaría nada. El crimen de Elmer fue descubierto; Elmer fue condenado y sentenciado a un término de años en prisión. ¿Tenía derecho a la herencia que el último testamento de su abuelo le proporcionaba? Los herederos universales bajo el testamento, aquellos con derecho a la herencia si Elmer moría antes que su abuelo, eran las hijas del abuelo. Sus nombres no fueron registrados de modo que las llamaré Goneril y Regan. Ellas iniciaron una demanda al albacea del testamento pidiendo que la propiedad pasara entonces al poder de ellas en lugar de Elmer. Afirmaban que como Elmer había matado al testador, el padre de ellas, la ley no le otorgaba nada a Elmer.

El derecho sobre los testamentos figura, en su mayor parte, en estatutos especiales, llamados a menudo estatutos de testamentos, que estipulan la forma que debe tener un testamento para ser considerado válido ante la ley: cuántos y qué tipos de testigos deben firmar, cuál debe ser el estado mental del testador, cómo puede el testador revocar o cambiar un testamento una vez otorgado, etcétera. El estatuto de testamentos de Nueva York, al igual que la mayoría de estatutos en vigor en aquella época, no contenía nada explícito sobre si una persona instituida en el testamento podía heredar según sus términos si ésta había asesinado al testador. El abogado de Elmer sostenía que como el testamento no violaba ninguna de las cláusulas explícitas del estatuto, éste era válido y como Elmer era instituido heredero en un testamento válido, debía heredar. Declaró que si la corte fallaba a favor de Goneril y Regan estaría cambiando el testamento y sustituyendo sus propias convicciones morales por la ley. Todos los jueces del Tribunal Superior convinieron en que su decisión debía estar de acuerdo con la ley. Ninguno negó el hecho que si el estatuto de testamentos, correctamente interpretado, otorgaba la herencia a Elmer, debían ordenarle al albacea que se la entregara. Ninguno dijo que en ese caso se debía reformar la ley en el interés de la justicia. No estaban de acuerdo sobre la solución correcta del caso, pero su desacuerdo (o al menos eso parece al leer sus opiniones) era sobre cuál era la ley en realidad y sobre qué requería el estatuto cuando se lo leía como correspondía.

¿Cómo se puede tener el texto del estatuto delante de sí y estar en desacuerdo sobre lo que en realidad significa, sobre qué ley ha hecho? Debemos distinguir los dos sentidos de la palabra "estatuto". Puede describir una entidad física de un cierto tipo, un documento con palabras impresas, las mismas palabras que los congresales o miembros del Parlamento tuvieron delante de sí cuando votaron para sancionar ese documento. Pero también se la puede utilizar para describir la ley creada por la sanción de dicho documento, lo que puede ser un asunto más complejo. Consideren la diferencia entre un poema concebido como una serie de palabras que pueden ser habladas o escritas y un poema concebido como la expresión de una teoría metafísica o punto de vista en particular. Todos los críticos literarios están de acuerdo sobre lo que es el poema "*Sailing to Byzantium*", en el primer sentido. Están de acuerdo en que es una serie de palabras designadas como dicho poema por W. B.

Yeats. Sin embargo, disienten sobre lo que el poema es en el segundo sentido, es decir, sobre lo que el poema significa o quiere decir. Disienten en cómo interpretar el poema "real", el poema en el segundo sentido, a partir del texto, el poema en el primer sentido.

Del mismo modo, los jueces ante un estatuto necesitan interpretar el "verdadero" estatuto, una declaración de cuál es la diferencia que establece el estatuto con respecto a los derechos legales de varias personas, a partir del texto en el código de leyes. Al igual que los críticos literarios necesitan una teoría adecuada, o al menos un estilo de interpretación para poder interpretar el poema detrás del texto, los jueces necesitan algo así como una teoría de legislación para hacer lo mismo con los estatutos. Esto puede parecer evidente cuando las palabras en los códigos de leyes sufren de algún defecto semántico; cuando son ambiguas o vagas, por ejemplo. Sin embargo, una teoría de legislación también resulta necesaria cuando las palabras son, desde el punto de vista lingüístico, impecables. Las palabras del estatuto de testamentos que figuraban en el caso Elmer no eran ni vagas ni ambiguas. Los jueces no estuvieron de acuerdo sobre el impacto de estas palabras en los derechos legales de Elmer, Goneril y Regan porque no estaban de acuerdo en cómo interpretar el verdadero estatuto en las circunstancias especiales del caso.

La opinión disidente, escrita por el juez Gray, argumentaba en favor de una teoría de legislación más popular entonces de lo que es ahora. A veces, esta teoría se denomina de interpretación "literal", a pesar de que ésta no es una descripción muy clarificadora. Propone que se dé a las palabras de un estatuto lo que podríamos llamar su significado fuera de contexto, es decir, el significado que les asignaríamos si no supiéramos nada sobre el contexto de su uso o de las intenciones de su autor. Este método de interpretación requiere que no se haga ninguna aclaración con respecto al contexto en el lenguaje general, de modo que el juez Gray insistió en que el verdadero estatuto, construido correctamente, no contenía ninguna excepción para asesinos. Votó a favor de Elmer.

Los estudiantes de derecho que en la actualidad leen su opinión sienten un desprecio por esa forma de interpretar un estatuto a partir de un texto; dicen que es un ejemplo de jurisprudencia mecánica. Pero el argumento del juez Gray no tenía nada de mecánico. Hay mucho que decir (parte de lo cual sí lo dijo) sobre su método para interpretar un estatuto, al menos en el caso de un estatuto de testamentos. Los testadores deben saber el tratamiento que recibirán sus testamentos cuando ya no tengan vida para poder ofrecer nuevas instrucciones. Tal vez, el abuelo de Elmer hubiera preferido que su propiedad pasara a Goneril y Regan en el caso de que Elmer lo envenenara. O quizá no: podría haber pensado que Elmer, a pesar del asesinato, seguía siendo un mejor objeto para su generosidad que sus hijas. Sería aconsejable que en el futuro los jueces aseguraran a sus testadores que el estatuto de testamentos será interpretado en la llamada forma literal, de modo que los testadores puedan efectuar los arreglos que deseen, con la confianza de que sus disposiciones, por divertidas que parezcan, serán respetadas. Además, si Elmer pierde su herencia sólo porque es un asesino, es un castigo más, además de la cárcel, por su crimen. Un principio importante de la justicia es que el castigo por un crimen determinado debe ser establecido con anterioridad por la legislatura y no aumentado por los jueces una

vez cometido el crimen. Todo esto (y mucho más) puede decirse a favor de la teoría del juez Gray sobre cómo leer un estatuto de testamentos.

Sin embargo, el juez Earl, que escribía por la mayoría, utilizó una teoría de legislación diferente, que otorga a las intenciones de los legisladores una influencia importante sobre el estatuto real. "Es un canon familiar de construcción", escribió Earl, "que una cosa que se halla dentro de la intención de los hacedores de un estatuto esté dentro del estatuto como si estuviera dentro de la carta; y una cosa que está dentro de la carta del estatuto no está dentro del estatuto, a menos que esté dentro de las intenciones de los hacedores. (11) (Noten cómo se apoya en la distinción entre el texto que denomina "carta" del estatuto y el estatuto verdadero, al que denomina "estatuto" en sí.) Pensó que sería absurdo suponer que los legisladores de Nueva York que originariamente promulgaron el estatuto de testamentos hayan querido que los asesinos heredaran y, por esa razón, el estatuto verdadero que promulgaron no contenía esa consecuencia.

Debemos tener cuidado al plantear lo que el juez Earl quería decir sobre el rol que la intención debe jugar en la construcción de estatutos. No quiere decir que un estatuto no pueda tener una consecuencia que a los legisladores no se les haya ocurrido. Esto es demasiado fuerte como para ser una regla general: ningún legislador puede tener en mente todas las consecuencias de cualquier estatuto por el que vota. Los legisladores de Nueva York no podían haber contemplado que las personas podrían legar computadoras, pero sería absurdo pensar que el estatuto no cubre tales legados. Tampoco quiso decir sólo que un estatuto no puede contener nada que los legisladores no querían que contuviera. Esto parece más plausible, pero sigue siendo demasiado débil como para poder ser utilizado en el caso Elmer. Porque parece probable que los legisladores de Nueva York no tenían en mente el caso de los asesinos. No tenían el propósito de que los asesinos heredaran, pero tampoco que no lo hicieran. No tenían ninguna intención activa en ninguno de los dos sentidos. Earl quería basarse en un principio que podríamos llamar intermedio entre estos principios en extremo fuertes y débiles: tenía el propósito de que un estatuto no tuviera ninguna consecuencia que los legisladores habrían rechazado si la hubiesen contemplado. (12)

El juez Earl tampoco se basó sólo en este principio sobre la intención legislativa; su teoría de legislación contenía otro principio relevante. Declaró que los estatutos deberían construirse a partir de textos, no en un aislamiento histórico sino contra los antecedentes de lo que él denominaba principios generales de derecho: quería decir que los jueces deberían interpretar un estatuto que se acercara lo máximo posible a los principios de justicia asumidos en otra parte dentro del derecho. Ofreció dos razones. La primera, es sensato asumir que los legisladores tienen la intención general y difusa de respetar los principios tradicionales de justicia a menos que indiquen claramente lo contrario. La segunda, dado que un estatuto forma parte de un sistema intelectual mayor, debería construirse el derecho como un todo para que ese sistema mayor sea coherente en principio. Earl sostuvo que la ley en otra parte respeta el principio de que nadie debe aprovecharse de sus propios errores, de modo que el estatuto de testamentos tendría que leerse para negar la herencia a alguien que ha matado para obtenerla.

Prevalció el punto de vista del juez Earl. Este atrajo a otros cuatro jueces a su lado, mientras que el juez Gray sólo pudo hallar un solo aliado. De modo que Elmer no recibió su herencia. Utilizaré este caso para ilustrar varios puntos diferentes en el argumento que sigue, pero lo más importante es lo siguiente: la disputa sobre Elmer no se trataba de si los jueces deben seguir la ley o ajustarla a los intereses de la justicia. Por lo menos no lo era si tomamos las opiniones que describí en valor nominal y (tal como lo presentaré más adelante), no tenemos justificación alguna para tomarlos de otro modo. Fue una disputa sobre qué era el derecho, qué decía en realidad el estatuto verdadero que los legisladores promulgaron.

*El caso del snail darter**

Ahora paso a describir un caso más reciente, a pesar de que lo haré en forma más concreta, para poder demostrar que este tipo de disputa sigue ocupando a los jueces. (13) En 1973, durante un período de gran preocupación nacional por la conservación, el Congreso de los Estados Unidos promulgó el Acta de las Especies en Peligro. Faculta al secretario del interior para designar las especies que, en su opinión, se verían en peligro por la destrucción de un hábitat que considera crucial para su supervivencia y luego pide a todas las agencias y departamentos gubernamentales que consideren "necesaria dicha acción para asegurar que las acciones autorizadas, solventadas o llevadas a cabo por ellos no pongan en peligro la existencia de dichas especies en peligro." (14)

Un grupo de conservacionistas con base en Tennessee estuvieron oponiéndose a los proyectos de construcción de diques de la Tennessee Valley Authority, no porque representara una amenaza para las especies sino porque estos proyectos alteraban la geografía de la zona, convirtiendo fluidos cursos de agua en presas angostas y desagradables para producir un aumento innecesario (o al menos eso creen los conservacionistas) de energía hidroeléctrica. Los conservacionistas descubrieron que uno de los diques de la TVA que estaba casi terminado y cuyo costo superaba los cien millones de dólares, podía destruir el único hábitat del *snail darter*, un pez de ocho centímetros sin una belleza particular, un interés biológico o una importancia ecológica general. Convencieron al secretario para que designara al *snail darter* como una especie en peligro y siguiera los procedimientos para impedir que el dique fuera terminado y utilizado.

La autoridad sostuvo que el estatuto no debía ser interpretado para evitar la terminación u operación de cualquier proyecto sustancialmente terminado cuando el secretario presentó la orden. Dijo que la frase "acciones autorizadas, solventadas o llevadas a cabo" tenía que ser considerada con referencia al comienzo de un proyecto y no a la terminación de un proyecto ya empezado de antes. Apoyaba su reclamo señalando varios actos del Congreso, todos tomados después de que el secretario había declarado que la terminación del dique destruiría al *snail darter*, lo que sugería que el Congreso deseaba que se terminara el dique a pesar de la declaración. El Congreso había autorizado en forma específica fondos para continuar con el proyecto después de la designación del secretario y varios de sus comités declararon de manera específica y reiterada que no estaban de acuerdo con el secretario, que

* Variedad de perca norteamericana.

aceptaban la interpretación de la autoridad con respecto al estatuto y deseaban que el proyecto continuara.

Sin embargo, la Corte Suprema ordenó que se detuviera la construcción del dique, a pesar del inmenso gasto de los fondos públicos. (El Congreso entonces promulgó un nuevo estatuto que establecía un procedimiento general para la exención del acta, basado en los descubrimientos de una junta de revisión.) (15) El presidente de la Corte Suprema, Warren Burger, escribió su opinión para la mayoría de los magistrados. Dijo, en palabras que recuerdan la opinión del juez Gray en el caso Elmer, que cuando el texto es claro, la Corte no tiene derecho a negarse a aplicarlo sólo porque considere tonto su resultado. Sin embargo, los tiempos cambian y la opinión del presidente de la Corte Suprema tenía una gran diferencia con respecto a la del juez Gray. Burger reconocía la importancia de la intención del Congreso sobre la decisión sobre qué estatuto había hecho el Congreso. Pero no aceptaba el principio de Earl sobre la forma en que la intención del Congreso es relevante. Se negó a considerar la prueba contrafáctica que el análisis de Earl tornaba decisiva. "No nos corresponde", dijo, "especular y mucho menos actuar, sobre si el Congreso habría alterado su posición si se hubieran anticipado los sucesos específicos de este caso." (16)

En lugar de ello, adoptó lo que denominé, al discutir la opinión de Earl, la versión excesivamente débil de la idea de que los jueces que construyen un estatuto deben respetar las intenciones de la legislatura. Esa versión dice lo siguiente: si el significado fuera de contexto de las palabras en el texto es claro, si las palabras "llevar a cabo" incluyeran normalmente tanto la continuación como el comienzo de un proyecto, entonces la Corte debe asignar a dichas palabras ese significado a menos que se demuestre que la legislatura quería en realidad el resultado opuesto. La historia legislativa que llevó a la promulgación del Acta de las Especies en Peligro no garantizaba dicha conclusión porque, según dijo, el Congreso deseaba otorgar a las especies en peligro una orden de protección, incluso al alto costo de otros objetivos sociales, y es por cierto posible, aunque no probable, que los legisladores con ese objetivo general querrán salvar al *snail darter* incluso al increíble costo de un dique. Rechazó la evidencia de los informes que luego presentó al comité y de las acciones del Congreso al aprobar los fondos para la continuación del dique, lo que podría haberse considerado como una real intención de no sacrificar el dique por esta especie en particular. Los comités que presentaron informes a favor del dique no eran los mismos que habían patrocinado el acta en primer lugar y los congresistas suelen votar asignaciones sin considerar a fondo si los gastos propuestos son legales bajo las decisiones del Congreso en el pasado.

El juez Lewis Powell escribió un disenso por él y otro juez. Dijo que la decisión de la mayoría había construido un absurdo estatuto verdadero a partir del texto del Acta de las Especies en Peligro. "No es nuestra jurisdicción", declaró, "modificar la política o los juicios políticos del Poder Legislativo, por mucho que merezcan el interés del público. Pero si no se necesitara interpretar la historia estatutaria y legislativa, como en este caso, para llegar a un resultado, considero es deber de esta Corte adoptar una interpretación permisible que esté de acuerdo con algún ápice de sentido común y bienestar público." (17) Esto plantea a su vez otra teoría de legislación, otra teoría de cómo las intenciones de la legislatura afectan el estatuto detrás del texto, y es muy diferente de la

teoría de Burger. Burger dijo que se debía hacer cumplir el significado fuera de contexto del texto, sin importar lo extrañas o absurdas que fueran las consecuencias, a menos que la corte descubriera fuertes evidencias de que el Congreso pensaba lo contrario. Powell dijo que las cortes debían aceptar un resultado absurdo sólo si hallaban evidencias apremiantes de que dicho resultado era intencional. La teoría de Burger es igual a la de Gray, a pesar de que en una forma menos rígida que la que le otorga algún rol a la intención legislativa. La teoría de Powell es igual a la de Earl, a pesar de que en este caso sustituye el sentido común con los principios de justicia hallados en otra parte del derecho.

Por último, si tomamos las opiniones de estos dos jueces en su valor nominal, no disentían sobre ninguna cuestión de hecho histórico. No disentían sobre el estado mental de los distintos congresales que participaron de la sanción del Acta de las Especies en Peligro. Ambos jueces supusieron que la mayoría de los congresales nunca había tomado en consideración si el acta podía ser utilizada para detener la construcción de un costoso dique que ya estaba casi terminado. Tampoco discrepaban sobre la cuestión de la fidelidad. Ambos aceptaron que la Corte debía seguir la ley. Discreparon sobre la cuestión de derecho; sobre cómo los jueces debían decidir qué ley queda estipulada por un texto en particular sancionado por el Congreso cuando los congresales tenían el tipo de creencias y convicciones que ambos jueces acordaron tener en esta instancia.

McLoughlin

El caso de Elmer y del *snail darter* surgieron bajo un estatuto. La decisión en cada caso dependía de la mejor interpretación de un estatuto real a partir de un texto legislativo en particular. Sin embargo, en muchos juicios, el demandante no apela a ningún estatuto sino a decisiones anteriores de otras cortes. Declara que el juez en su caso debe seguir las disposiciones establecidas en estos casos anteriores, lo que requiere, según su reclamo, un veredicto para él. McLoughlin era de este tipo.

El esposo de la señora McLoughlin y sus cuatro hijos resultaron heridos en un accidente automovilístico en Inglaterra, alrededor de las dieciséis horas del 19 de octubre de 1973. Ella se enteró del accidente estando en su casa gracias a un vecino, cerca de las dieciocho horas y se dirigió de inmediato al hospital, donde se enteró de que su hija había muerto y de que el estado de su esposo y de sus otros tres hijos era grave. Sufrió un colapso nervioso y luego inició juicio al conductor acusado, cuya negligencia había causado el accidente, así como a otras partes comprometidas en el hecho en distintas formas, en compensación de sus daños emocionales. Su abogado señaló varias decisiones anteriores de cortes inglesas que otorgaban compensación a personas que habían sufrido daños emocionales al ver los graves daños causados a un familiar cercano. Pero en todos estos casos, el demandante había estado presente en la escena del accidente o llegado allí a los pocos minutos. En un caso de 1972, por ejemplo, una esposa cobró (ganó una compensación) por daños emocionales; ella había estado junto al cadáver de su marido inmediatamente después del fatal accidente. (19) En 1967 un hombre, que no estaba relacionado con ninguna de las víctimas de un choque de trenes, trabajó durante varias horas tratando de rescatar a las víctimas y sufrió un colapso nervioso a raíz de la experiencia. Le fue otorgada una reivindicación. (20) El abogado de la señora McLoughlin se apoyó en estos

casos como precedentes, decisiones que habían formado parte de la ley de que personas en su posición tienen derecho a recibir una compensación.

Los abogados ingleses y norteamericanos hablan de la doctrina del precedente; se refieren a la doctrina en la que las decisiones de casos anteriores lo suficientemente parecidos a un nuevo caso deben ser repetidas en el nuevo caso. Sin embargo, hacen la distinción entre lo que llamaríamos una doctrina de precedente estricta y una moderada. La doctrina estricta obliga a los jueces a seguir las decisiones anteriores de otras cortes (por lo general, cortes por encima de ellos, aunque a veces, en el mismo nivel en la jerarquía de cortes de su jurisdicción), aun si creen que dichas decisiones no fueron correctas. La forma exacta de la doctrina estricta varía de un lugar a otro; es diferente en los Estados Unidos y en Inglaterra y también difiere de un Estado a otro en el primero de estos dos países. Según la opinión de la mayoría de los abogados de la doctrina estricta en Inglaterra, el Tribunal de Apelación, que se encuentra justo debajo de la Cámara de los Lores en autoridad, no tiene otra elección que seguir sus propias decisiones anteriores, pero los abogados norteamericanos niegan que las cortes comparables en su jerarquía sufran estas restricciones. Los abogados dentro de una jurisdicción en particular disienten a veces sobre los detalles, por lo menos, de la doctrina estricta tal como les corresponde a ellos: la mayoría de los abogados norteamericanos cree que las cortes federales inferiores deben seguir en forma absoluta las decisiones anteriores de la Corte Suprema, pero algunos discuten esta opinión. (21)

Por otra parte, la doctrina moderada del precedente sólo exige que un juez otorgue alguna importancia a las decisiones del pasado sobre la misma cuestión, y que las siga a menos que las crea bastante erróneas como para valer más que la presunción inicial a favor de las mismas. Esta doctrina moderada puede abarcar decisiones del pasado no sólo de las cortes superiores o en el mismo nivel dentro de su jurisdicción, sino también de cortes de otros Estados o países. Es obvio que todo depende de lo fuerte que se considere la presunción inicial. Una vez más las opiniones varían entre los abogados de una jurisdicción a otra pero también puede darse que varíe dentro de una misma jurisdicción en mayor medida que la opinión sobre las dimensiones de la doctrina estricta. Cualquier juez puede otorgar más importancia a decisiones del pasado de cortes superiores que de cortes inferiores en su misma jurisdicción y a decisiones del pasado de estas cortes que a cortes de otras jurisdicciones. Puede darle mayor importancia a decisiones recientes de cualquier Corte que a decisiones más antiguas, mayor importancia a decisiones escritas por jueces famosos o poderosos que aquellas escritas por jueces mediocres, etcétera. Hace dos décadas, la Cámara de los Lores declaró que no es necesario que la estricta doctrina del precedente siga sus propias decisiones del pasado (22) (antes de esa declaración los abogados ingleses habían pensado que la estricta doctrina sí lo requería), sin embargo la Cámara le otorga gran importancia a sus propias decisiones anteriores, más que a las decisiones inferiores en la jerarquía inglesa, y mucho más que a las decisiones de las cortes norteamericanas.

Las diferencias de opinión acerca del carácter de la doctrina estricta y la fuerza de la doctrina moderada explican por qué algunos pleitos son polémicos. Diferentes jueces asignados a un mismo caso difieren sobre si están obligados a seguir alguna decisión anterior sobre la misma cuestión de derecho a la que

hacen frente ahora. De todas maneras, ése no fue el punto más polémico del caso McLoughlin. Sea cual fuere la opinión de los abogados acerca del carácter y la fuerza del precedente, la doctrina se aplica sólo a decisiones anteriores lo suficientemente parecidas a la nueva situación como para ser, tal como dicen los abogados, "al caso". A veces, una de las partes sostiene que ciertas decisiones anteriores vienen perfectamente al caso, mientras que la otra responde que estas decisiones son "distinguibles", lo que significa que son diferentes del presente caso en alguna forma que las exceptúa de la doctrina. El primer juez a quien la señora McLoughlin presentó el pleito, el juez procesal, decidió que los precedentes que citaba su abogado sobre otras personas que habían recibido compensación por daños emocionales sufridos cuando vieron a las víctimas de un accidente eran distinguibles porque en todos esos casos el colapso había ocurrido en la escena del accidente, mientras que ella lo sufrió dos horas después y en otro lugar. Por supuesto que no cualquier diferencia en los hechos de dos casos hace que el primero sea más distinguible: nadie podía pensar que fuera importante el hecho de que la señora McLoughlin era más joven que los demandantes de los casos anteriores.

El juez procesal consideró que sufrir el daño lejos de la escena del crimen era una diferencia importante porque significaba que el daño de la señora McLoughlin no era "previsible" en la forma que lo había sido para las demás personas. Los jueces de Inglaterra y de los Estados Unidos siguen el principio del derecho común: las personas que actúan sin cuidado son responsables sólo por daños razonablemente previsibles hacia otros, daños que una persona razonable anticiparía si reflexionara sobre el asunto. El juez procesal se veía obligado por la doctrina del precedente a reconocer que el daño emocional causado a familiares cercanos en la escena del accidente es razonablemente previsible, pero dijo que el daño a una madre que vio los resultados del accidente más tarde no lo es. De modo que pensó que podía distinguir los precedentes putativos de esa forma y falló en contra del reclamo de la señora McLoughlin.

Ella apeló la decisión en la corte que le seguía en la jerarquía inglesa, el Tribunal de Apelación. (23) Esa corte confirmó la decisión del juez procesal (rechazó el reclamo de la señora McLoughlin y sostuvo la decisión del juez procesal) pero no basada en el argumento que había utilizado. El Tribunal de Apelación dijo que era razonablemente previsible que una madre corriera al hospital para ver a su familia herida y que sufriera un colapso emocional al verlos en la condición que los había hallado. Esa Corte distinguió los precedentes no sobre esa base sino por una razón muy diferente de que aquello que denominaba "política" justificaba una distinción. Los precedentes habían establecido responsabilidad por daños emocionales en algunas circunstancias restringidas, pero el Tribunal de Apelación dijo que al reconocer un campo de responsabilidad más amplio que incluía los daños a familiares no presentes en la escena, tendría una variedad de consecuencias adversas para la comunidad en su conjunto. Esto daría lugar a muchos más juicios por daños emocionales y exacerbaría el problema de la congestión en las cortes. Abriría nuevas oportunidades para reclamos fraudulentos de personas que no habían sufrido ningún daño emocional pero que habían hallado médicos que testificaran lo contrario. Aumentaría el costo del seguro de responsabilidad civil, haciendo así que el conducir fuese más costoso y tal vez impidiendo por ello que las personas menos pudientes

puedan conducir un automóvil. Los reclamos de aquellos que habían sufrido verdaderos daños emocionales fuera de la escena del accidente serían difíciles de probar y las incertidumbres del litigio podrían complicar su condición y retrasar su recuperación.

La señora McLoughlin volvió a apelar la decisión una vez más, ante la Cámara de los Lores, la que revocó el fallo del Tribunal de Apelación y ordenó un nuevo juicio. (24) La decisión fue unánime, pero sus señorías no estuvieron de acuerdo en lo que llamaron el verdadero estado de la ley. Muchos de ellos dijeron que las razones políticas, del tipo que había descrito el Tribunal de Apelación, podrían en algunas circunstancias ser suficientes como para distinguir una línea de precedentes y justificar así el rechazo de un juez para extender el principio de aquellos casos a un área de responsabilidad más extenso. Pero no pensaron que estas razones políticas tuvieran el mérito suficiente en el caso de la señora McLoughlin. No creían que el riesgo de una "inundación" de litigios fuera tan grave y dijeron que las cortes deberían poder distinguir los reclamos legítimos de los fraudulentos, incluso entre aquellos que sufrían un daño putativo varias horas después del accidente. No dijeron cuándo los argumentos con buena política podrían limitar el cobro por daños emocionales; dejaron, por ejemplo, abierta la cuestión de si la hermana de la señora McLoughlin en Australia (si la tenía) podía cobrar por el colapso que podría sufrir al enterarse por carta sobre el accidente semanas o meses después del mismo.

Dos de sus señorías adoptaron un punto de vista muy diferente del derecho. Dijeron que sería un error que las cortes negaran el cobro a un demandante meritorio por los *tipos* de razones que había mencionado el Tribunal de Apelación y que las otras señorías judiciales habían reconocido como suficientes en tales circunstancias. Afirmaron que los precedentes deben ser considerados como distinguibles sólo si los *principios* morales asumidos en casos anteriores por alguna razón no se aplicaban al demandante de la misma forma. Y una vez aceptado que el daño causado a una madre en el hospital varias horas después del accidente es razonablemente previsible para un conductor descuidado, no hay ninguna diferencia moral entre ambos casos. La congestión en las cortes o un aumento del precio del seguro de responsabilidad civil de los automotores, por inconvenientes que puedan ser para toda la comunidad, no pueden justificar que se rechace el cumplimiento de los derechos y deberes individuales que han sido reconocidos y cumplidos antes. Explicaron que éstos eran los argumentos erróneos para presentar ante los jueces como argumentos de derecho, por muy persuasivos que sean al ser dirigidos a los legisladores para obtener un cambio en la ley. (La opinión de lord Scarman fue muy clara y fuerte en este punto.) El argumento entre sus señorías reveló una diferencia de opinión importante sobre el rol apropiado de las consideraciones de política al decidir el resultado que las partes pueden obtener de un juicio.

Brown

Después de la Guerra Civil Norteamericana el Norte victorioso enmendó la Constitución para terminar con la esclavitud y muchos de sus incidentes y consecuencias. Una de estas enmiendas, la decimocuarta, declaraba que ningún Estado podía negar a una persona la "protección equitativa de las leyes".

Después de la Reconstrucción, los Estados sureños, una vez más en control de sus propias políticas, segregaron las escuelas con otros negros. En el famoso caso de *Plessy vs. Ferguson* el acusado argumentó, (25) en el último caso ante la Corte Suprema, que estas prácticas de segregación violaban en forma automática la cláusula de protección equitativa. La Corte rechazó su reclamo; declaró que las demandas de esa cláusula eran cumplidas si los Estados proporcionaban instalaciones separadas pero que fueran iguales, y que el solo hecho de la segregación no hacía que las instalaciones fueran automáticamente desiguales.

En 1954, un grupo de estudiantes negros de Topeka, Kansas, volvió a plantear el problema. (26) En el interin, habían sucedido muchas cosas en los Estados Unidos (muchos negros habían muerto por ese país en una guerra reciente, por ejemplo) y la segregación parecía ahora más incorrecta a un mayor número de personas de lo que había sido cuando se dictó la sentencia en el caso *Plessy*. Sin embargo, los Estados que practicaban la segregación se resistían a la integración con violencia, en particular en las escuelas. Sus abogados sostenían que como *Plessy* era un fallo de la Corte Suprema, se debía respetar el precedente. Esta vez, la Corte falló a favor de los demandantes negros. Su decisión fue inesperadamente unánime, a pesar de que dicha unanimidad se debió a una opinión, escrita por el presidente de la Corte Earl Warren, que en muchos aspectos era un compromiso. No rechazó la fórmula "separados pero iguales" por completo; en lugar de ello, se apoyó en la polémica evidencia sociológica para demostrar que las escuelas con segregación racial no podían ser equitativas, por esa sola razón. Tampoco dijo abiertamente que la Corte invalidaba el fallo de *Plessy*. Sólo dijo que si el actual fallo era inconsistente con el de *Plessy*, entonces se invalidaba el fallo anterior. El compromiso más importante, por razones prácticas, estaba en el remedio que la opinión ofrecía a los demandantes. No le ordenó a las escuelas de los Estados sureños que terminaran con la segregación de inmediato sino, en una frase que se convirtió en emblema de hipocresía y dilación, "con rapidez deliberada". (27)

La decisión fue muy polémica, el proceso de integración que siguió fue lento y un avance significativo requería muchas más batallas legales, políticas e incluso físicas. Los críticos declararon que la segregación, por muy deplorable que sea como una cuestión de moralidad política, no es inconstitucional. (28) Señalaron que la frase "protección equitativa" no decide en sí misma si la segregación está prohibida o no, que los congresales y funcionarios estatales que redactaron, sancionaron y ratificaron la Decimocuarta Enmienda no eran conscientes de la educación segregada y al parecer pensaron que su enmienda lo hacía perfectamente legal y que la decisión de la Corte en el caso *Plessy* fue un precedente importante de un linaje casi antiguo y no podía ser dejado de lado tan a la ligera. Estos eran argumentos sobre los fundamentos apropiados del derecho constitucional, no argumentos de moralidad o de enmienda: muchos de los que los sostuvieron estaban de acuerdo en que la segregación era inmoral y que la Constitución sería un mejor documento si la prohibiera. Los argumentos de aquellos que estaban de acuerdo con la Corte tampoco eran de moralidad o de enmienda. Si la Constitución no prohibía la segregación racial oficial, la decisión en el caso *Brown* fue una enmienda constitucional ilícita y pocos de los que apoyaron la decisión pensaron que estaban apoyando también eso. Este caso, al

igual que los otros casos citados como ejemplos, se luchó sobre la cuestión de derecho. O eso es lo que le parece a la opinión pública o a aquellos que lo lucharon.

Teorías semánticas del derecho

Propuestas y fundamentos del derecho

Anteriormente en este capítulo he descrito lo que denomino el punto de vista del hecho evidente del derecho. El mismo sostiene que el derecho sólo depende de hechos históricos evidentes, que el único desacuerdo sensato sobre el derecho es un desacuerdo empírico sobre qué decidieron en el pasado las instituciones legales, que aquello que denomino desacuerdo teórico es ilusorio y mejor entendido como un argumento no sobre el derecho sino sobre lo que éste debería ser. Los casos citados en los ejemplos parecen contraejemplos del punto de vista del hecho evidente: los argumentos en estos casos parecen ser sobre el derecho y no sobre la moralidad, fidelidad o enmienda. Por lo tanto, debemos plantearle un desafío al punto de vista del hecho evidente: ¿por qué insiste en que la apariencia aquí es una ilusión? Algunos filósofos del derecho ofrecen una respuesta sorprendente. Sostienen que el desacuerdo teórico sobre los fundamentos del derecho deben de ser una pretensión porque el significado mismo de la palabra “derecho” hace que el derecho dependa de ciertos criterios específicos y que cualquier abogado que rechazara o desafiara dichos criterios estaría diciendo una contradicción sin sentido.

Los filósofos del derecho sostienen que seguimos reglas compartidas al utilizar cualquier palabra: estas reglas establecen criterios que proporcionan el significado de la palabra. Nuestras reglas para utilizar el “derecho” unen el mismo al hecho histórico evidente. Ello no quiere decir que todos los abogados conocen estas reglas en el sentido de poder formularlas en una forma comprensiva. Todos seguimos reglas fijadas por nuestro lenguaje común de las cuales no somos del todo conscientes. Por ejemplo, todos utilizamos la palabra “causa” en lo que aparenta ser el mismo sentido (estamos de acuerdo en cuáles son los sucesos físicos que han causado otros una vez que conocemos los hechos pertinentes), sin embargo, la mayoría de nosotros no tiene idea de los criterios que usamos al formular estos juicios, o incluso del sentido con que utilizamos los criterios. Le corresponde a la filosofía explicarlo por nosotros. Esta cuestión puede presentar dificultades, y los filósofos pueden muy bien disentir. Tal vez ningún conjunto de criterios para utilizar la palabra “causa” se ajuste a la perfección dentro de la práctica ordinaria, entonces la pregunta será qué conjunto es el que mejor se ajusta a las causas centrales del proceso causativo. La consideración de un filósofo del concepto de causalidad no sólo debe ajustarse sino que debe además ser respetable y atractiva desde el punto de vista filosófico. No debe explicar nuestro uso del proceso causativo en una forma de pregunta-ruego, utilizando ese mismo concepto en su descripción de cómo lo utilizamos y debe además usar una ontología sensata. No aceptaríamos una consideración del concepto de causalidad que apelara a dioses causales residentes en objetos. Del mismo modo, según el punto de vista que estoy describiendo, sucede lo mismo con el concepto de derecho. Todos usamos los

mismos criterios objetivos al concebir, aceptar y rechazar declaraciones sobre qué es el derecho, pero no sabemos de qué criterios se trata. Los filósofos del derecho deben elucidarlos por nosotros a través de un estudio profundo sobre cómo hablamos. Pueden disentir entre sí, pero eso solo no deja ninguna duda sobre su suposición común, y es que todos compartimos un conjunto de normas sobre cómo debe ser utilizado el "derecho".

Los filósofos que insisten en que todos los abogados siguen ciertos principios lingüísticos para juzgar propuestas de ley y tal vez en forma inconsciente, han elaborado teorías para identificar estos criterios. Denominaré a estas teorías en forma colectiva teorías semánticas de derecho, pero el nombre en sí requiere cierta elaboración. Durante mucho tiempo, los filósofos del derecho entregaban sus productos como definiciones de derecho. John Austin, por ejemplo, cuya teoría describiré más adelante, dijo que explicaba el "significado" del derecho. Cuando los filósofos del lenguaje desarrollaron teorías más sofisticadas de significado, los filósofos del derecho se cansaron de las definiciones y dijeron en lugar de ello que describían el "uso" de los conceptos jurídicos, y ello significa, en nuestro idioma, las circunstancias bajo las cuales las propuestas de ley se consideran verdaderas o falsas. Creo que esto fue algo más que un cambio de envoltorio; de todas formas, pienso incluir las teorías de "uso" en el grupo de teorías semánticas del derecho, así como también las primeras teorías que eran más precisas y cándidas. (29)

El positivismo legal

Las teorías semánticas suponen que abogados y jueces utilicen principalmente los mismos criterios (a pesar de que éstos estén ocultos e irreconocibles) al decidir cuándo las propuestas de ley son verdaderas o falsas; suponen que los abogados están de acuerdo sobre los fundamentos del derecho. Estas teorías disienten sobre cuál es el criterio que comparten los abogados y qué fundamentos estipulan estos criterios. A los estudiantes de derecho se les enseña a clasificar las teorías semánticas según el siguiente esquema. Las teorías semánticas más influyentes sostienen que los criterios compartidos hacen que la verdad de las propuestas de ley se vuelquen en algunos hechos históricos. Estas teorías positivistas, tal como las denominan, difieren una de otra sobre qué hechos históricos son cruciales y dos versiones han tenido particular importancia en la jurisprudencia inglesa.

John Austin, un abogado y orador del siglo diecinueve, dijo que una propuesta de ley es verdadera dentro de una sociedad política en particular si registra en forma correcta un orden del pasado de alguna persona o grupo que haya ocupado la posición de soberano de dicha sociedad. Definió a un soberano como aquella persona o grupo cuyas órdenes son obedecidas y que no está acostumbrada a obedecer a nadie más. (30). Esta teoría se convirtió en objeto de debates intensos y a menudo escolásticos. Los filósofos del derecho discutían sobre si ciertas propuestas de ley, obviamente ciertas, propuestas sobre el número de firmas necesarias para que un testamento sea válido desde el punto de vista legal, por ejemplo, podían ser consideradas verdaderas en virtud de una *orden* de una persona. (Después de todo, nadie le ha encomendado a usted o a

mí redactar un testamento, y mucho menos uno válido.) También discutieron si otro grupo podía ser considerado soberano austiniano en una democracia, como sucede en los Estados Unidos, donde el pueblo retiene el poder de alterar la forma de gobierno en forma radical, enmendando la Constitución. Pero a pesar de que se hallaron varios defectos en la teoría de Austin, y se sugirieron muchas enmiendas y mejoras, su idea principal, que el derecho es una cuestión de decisiones históricas tomadas por personas en posición de poder político, nunca ha perdido su fuerza en el campo de la jurisprudencia.

La nueva exposición más importante y fundamental de dicha idea es el libro de H. L. A. Hart, *The Concept of Law* publicado por primera vez en 1961. (31) Hart rechazaba la justificación de Austin de la autoridad legal como un hecho bruto de orden y obediencia habituales. Dijo que los verdaderos fundamentos del derecho yacen en la aceptación de la comunidad de una regla principal fundamental (él la denominó "regla de reconocimiento") que asigna a personas o grupos en particular la autoridad para hacer la ley. De modo que las propuestas de ley son verdaderas no sólo en virtud de las órdenes de las personas que por lo general son obedecidas, sino en virtud de convenciones sociales que representan la aceptación de la comunidad de un esquema de reglas que permiten a dichas personas o grupos crear leyes válidas. Para Austin, la propuesta de la velocidad máxima de 88 km por hora en California es verdadera sólo porque los legisladores que sancionaron dicha disposición estaban en control allí; para Hart es verdadera porque el pueblo de California ha aceptado y sigue aceptando ese esquema de autoridad desplegado en las constituciones nacionales y estatales. Para Austin, la propuesta de que los conductores descuidados deben compensar a las madres que sufren daños emocionales en la escena de un accidente es verdadera en Inglaterra porque las personas con poder político han convertido a los jueces en sus lugartenientes y adoptan en forma tácita sus órdenes como si fueran propias. Para Hart, dicha propuesta es verdadera porque la disposición de reconocimiento que aceptó el pueblo inglés hace que las declaraciones de los jueces estén sujetas al poder de otros funcionarios (legisladores) que pueden anular dicha ley si lo desean.

La teoría de Hart, al igual que la de Austin, ha generado un intenso debate entre aquellos que se sienten atraídos por su idea básica. ¿En qué consiste la "aceptación" de una disposición de reconocimiento? Muchos oficiales de la Alemania nazi obedecieron las órdenes de Hitler como si fueran la ley, pero sólo por temor. ¿Ello significa que aceptaban una disposición de reconocimiento que le permitía hacer la ley? De ser así, la diferencia entre la teoría de Hart y la de Austin sería evasiva, porque entonces no habría diferencia entre un grupo de personas que aceptan una disposición de reconocimiento y el hecho de caer en una norma provista de obediencia debido al temor. De lo contrario, si la aceptación requiere algo más que la mera obediencia, podría decirse que en la Alemania nazi no había jurisprudencia, que ninguna propuesta de ley era verdadera allí ni en muchos otros lugares donde la mayoría de las personas afirmarían que existe un derecho, a pesar de que sea malo o poco popular. Y entonces, la teoría de Hart no captaría cómo todos los abogados utilizan la palabra "derecho". Muchos estudiosos se han preocupado por éste y otros aspectos de la teoría de Hart, pero una vez más, su idea básica, que la verdad de

las propuestas de ley dependen forma substancial de las normas convencionales de reconocimiento del derecho, ha logrado un vasto apoyo.

Otras teorías semánticas

Las teorías positivistas no son indiscutibles en la literatura clásica de la jurisprudencia; debería mencionar otros dos grupos de teorías que generalmente se consideran sus rivales. La primera se denomina escuela de derecho natural, a pesar de que las distintas teorías agrupadas bajo ese nombre son muy diferentes entre sí, y el nombre no es apropiado para ninguna de ellas. (32) Si las tratamos como teorías semánticas (en el Capítulo 3 describo una forma mejor de entenderlas), tienen esto en común: sostienen que los abogados siguen criterios que no son totalmente reales, pero por lo menos son morales hasta cierto punto, para decidir qué propuestas de ley son verdaderas. La teoría más extrema de este tipo insiste en que el derecho y la justicia son cosas idénticas, de modo que ninguna propuesta de ley injusta puede ser verdadera. Esta teoría extrema es bastante poco probable como teoría semántica porque los abogados suelen hablar de manera tal que la contradice. Varios abogados, tanto en los Estados Unidos como en Inglaterra, creen que el impuesto a las ganancias progresivo es injusto, por ejemplo, pero ninguno de ellos duda de que la ley de estos países impone el impuesto a una tasa progresiva. Algunas teorías menos extremas de "derecho natural" sostienen que la moralidad es a veces relevante en lo referente a la verdad de las propuestas de ley. Sugieren, por ejemplo, que cuando un estatuto está abierto a distintas interpretaciones, como en el caso Elmer, o cuando los precedentes no son decisivos, como en el caso de la señora McLoughlin, cualquier interpretación que sea moralmente superior es la manifestación más precisa del derecho. Sin embargo, hasta esta versión más débil del derecho natural no es persuasiva si la consideramos una teoría semántica sobre cómo los abogados utilizan la palabra "derecho"; el juez Gray parece haber estado de acuerdo con el juez Earl acerca del hecho de que la ley sería mejor si le negara a Elmer su herencia, pero no en que la ley se la negara.

A los estudiantes se les enseña que el segundo rival del positivismo es la escuela de realismo jurídico. Las teorías realistas fueron desarrolladas a comienzos de este siglo, en particular en las escuelas de derecho norteamericanas, a pesar de que el movimiento tuvo ramificaciones en otros lugares. Si las tratamos como teorías semánticas, sostienen que las reglas lingüísticas que siguen los abogados convierten a las propuestas de ley en instrumentales y proféticas. La mejor versión sugiere que el significado exacto de una propuesta de ley (las condiciones bajo las cuales un abogado considera dicha proposición como verdadera) depende del contexto. Si un abogado instruye a su cliente que la ley permite que los asesinos hereden, por ejemplo, debe entenderse que está prediciendo que eso es lo que decidirán los jueces cuando el asunto llegue a la Corte. Si un juez dice esto en el curso de su opinión está haciendo un tipo diferente de hipótesis de predicción sobre el curso general o "camino" que sin duda tomará la ley en el área general de su decisión. (33) Algunos realistas expresaron estas ideas en un lenguaje dramático y escéptico. Dijeron que la ley no existe o que es sólo una cuestión de lo que el juez haya tomado en el desayuno. Se referían a que no puede haber algo como la ley fuera de estos tipos diferentes de predicciones. Pero aun entendido de este modo, el realismo sigue

siendo profundamente improbable como teoría semántica. Porque difícilmente es contradictorio (de hecho es bastante común) que los abogados predigan que los jueces cometerán un error con respecto a la ley o que los jueces declaren sus opiniones sobre la ley y luego agreguen que esperan que la ley sea cambiada.

En defensa del positivismo

Me concentraré en el positivismo jurídico porque, tal como acabo de decir, ésta es una teoría semántica que apoya el punto de vista del hecho evidente y el postulado de que el argumento genuino sobre el derecho debe ser empírico en lugar de teórico. Si el positivismo está en lo cierto, entonces la aparición de un desacuerdo teórico sobre los fundamentos del derecho, en el caso de Elmer, de la señora McLoughlin, del *snail darter* y en el de Brown, es en cierta forma engañoso. En estos casos, las instituciones legales anteriores no se decidieron en forma expresa por ninguna teoría, de modo que los abogados al utilizar la palabra "derecho" en forma correcta según el positivismo habrían acordado que no hay ningún derecho por descubrir. Su argumento debió entonces haber sido un argumento disfrazado sobre lo que debería ser en realidad el derecho. Pero podemos volver a formular esa deducción como un argumento contra el positivismo. ¿Por qué entonces abogados y jueces deben pretender un desacuerdo teórico en casos como éstos? Algunos positivistas tienen una respuesta pronta: los jueces pretenden no estar de acuerdo sobre qué es el derecho porque el público cree que siempre hay una ley y que los jueces siempre deberían seguirla. En este punto, abogados y jueces se confabulan en forma sistemática para mantener oculta la verdad y no desilusionar al público ni despertar su ira ignorante.

La respuesta pronta no es persuasiva. Es un misterio saber por qué sería necesaria una simulación o cómo podría tener éxito. Si los abogados están todos de acuerdo en que no existe una ley decisiva en casos como los citados en nuestros ejemplos, ¿por qué entonces esta perspectiva se volvió parte de nuestra cultura política popular hace tiempo? Y si no lo ha hecho (si la gente sigue creyendo que los jueces siempre tienen una ley que seguir), ¿por qué la profesión debe temer corregir su error en provecho de una práctica judicial más honesta? ¿De cualquier forma, cómo puede funcionar una simulación? ¿No sería fácil que la parte desilusionada pudiera demostrar que en realidad no existe ninguna ley según los fundamentos que todos consideran ser los fundamentos correctos? Y si esta simulación puede quedar expuesta con tanta facilidad, ¿para qué molestarse con la charada? Tampoco existe una evidencia en ninguno de los casos que citamos como ejemplos de que cualquiera de los abogados o de los jueces creía en realidad en lo que esta defensa les atribuye. Muchos de sus argumentos serían totalmente inapropiados como argumentos para una enmienda o el mejoramiento de la ley; sólo tienen sentido como argumentos sobre lo que deben hacer los jueces en virtud de su responsabilidad para hacer cumplir la ley tal como es. Parece extraño describir a Gray o a Burger a favor de una reforma o mejora, porque cada uno aceptó que aquello que consideraba la ley estaba abierto a serias objeciones de imparcialidad y sabiduría. Declararon que el estatuto en cuestión debía ser interpretado en cierta forma en particular *a pesar de* sus defectos evidentes.

Pero una vez que el positivista acepta que Gray trataba de formular qué es

el derecho en lugar de qué debería ser, también debe aceptar que los puntos de vista de Gray sobre los fundamentos del derecho eran polémicos dentro de su propia Corte. La posición rival de Earl también debe considerarse como un reclamo sobre lo que requiere la ley (un reclamo que Gray estaba equivocado) no una maniobra oculta para revisar o reformar la ley. En el caso McLoughlin, los jueces del Tribunal de Apelación parecían pensar que dado que los precedentes se limitaban a los daños emocionales en la escena del accidente, no existía ninguna ley sobre los daños emocionales fuera de la escena del accidente, y que por lo tanto su tarea consistía en enmendar, en desarrollar la ley de la mejor manera posible, tomando todo en cuenta. Sin embargo, ésa no era la opinión de la Cámara de los Lores y mucho menos la de lord Scarman, quien creía estar limitado por los principios pertenecientes a los precedentes. Por lo que sabemos, lord Scarman acordó con los jueces del Tribunal de Apelación que la comunidad estaría peor si se permitiera el cobro en dichas circunstancias. Los jueces que fallaron en el caso de la señora McLoughlin no estaban de acuerdo sobre la fuerza y el carácter del precedente como fuente de ley, y a pesar de que el desacuerdo era sutil no dejaba de ser un desacuerdo sobre qué es el derecho y no sobre qué debería hacerse en ausencia de una ley.

De hecho, no existe ninguna evidencia positiva de que cuando abogados y jueces parecen tener un desacuerdo sobre el derecho mantienen los dedos cruzados. No hay ningún argumento para esa perspectiva del problema excepto el argumento de pregunta-ruego de que si la tesis del hecho evidente es correcta, pueden estar simulando. Sin embargo, una defensa más sofisticada del positivismo es aquella que concede que los abogados y los jueces de nuestros ejemplos hayan pensado que tenían un desacuerdo sobre el derecho pero sostiene que por una razón diferente, no debería tomarse esta autodescripción según su significado literal. Este nuevo argumento destaca la importancia de distinguir entre los usos comunes de la palabra "derecho" y los usos límites o indefinidos de dicha palabra. Declara que abogados y jueces siguen lo que es principalmente la misma regla para utilizar el "derecho" y por lo tanto, todos están de acuerdo, por ejemplo, en el límite de velocidad de California y en la tasa básica de impuestos en Inglaterra. Pero como las reglas para el uso de las palabras no son precisas ni exactas, permiten casos dudosos o indefinidos donde las personas hablan en forma diferente unas de otras. De modo que los abogados pueden utilizar la palabra "derecho" de una manera distinta en los casos marginales cuando algunos fundamentos y no todos están especificados como regla principal, y las diferencias se hacen manifiestas en estos casos especiales. (34) El argumento continúa con respecto a esto, nuestro uso del "derecho" no difiere de nuestro uso de muchas otras palabras que no plantean problemas. Por ejemplo, todos estamos de acuerdo en el significado corriente de la palabra "casa". Si alguien niega que las residencias independientes para una familia que se hallan en las calles suburbanas comunes son casas, entonces no entiende el idioma castellano. Sin embargo, existen los casos dudosos. No todos siguen con exactitud las mismas reglas; alguien diría que el Palacio de Buckingham es una casa mientras que las otras no lo son.

Esta defensa más sofisticada del positivismo relata una historia diferente de aquella de los "dedos cruzados" sobre nuestros casos citados como ejemplos. Según esta nueva historia, Earl y Gray y los demás abogados y jueces no

simulaban ni trataban de engañar al público. No estaban de acuerdo sobre el planteamiento del derecho, pero su desacuerdo era "meramente verbal", como un desacuerdo sobre si el Palacio de Buckingham es o no una casa. Desde nuestra perspectiva como críticos, según esta defensa, es mejor considerar su argumento como uno sobre la enmienda, sobre qué debería ser el derecho, porque comprenderemos mejor el proceso legal si utilizamos la palabra "derecho" sólo para describir lo que yace dentro del corazón de dicho concepto, si lo utilizamos sólo para cubrir propuestas de ley verdaderas según la regla principal o central para utilizar "derecho" que todos aceptan, como las propuestas del código de autopistas. Sería mejor si abogados y jueces utilizaran el "derecho" en esa forma, así como sería mejor si nadie discutiera sobre la correcta clasificación del Palacio de Buckingham y acordaran utilizar "casa" de la misma forma cada vez que pudieran. De modo que el positivismo, defendido de este modo diferente, tiene un carácter tanto reformador como descriptivo. De cualquier forma, la defensa protege la tesis del hecho evidente. Trata cada una de las cuestiones de nuestros ejemplos como una cuestión de enmienda, a pesar de que los mismos jueces no la hayan concebido en esa forma, y nos alienta para evaluar su actuación preguntando en qué forma deberían los jueces desarrollar una nueva ley cuando no se puede resolver un caso aplicando las disposiciones sobre los fundamentos del derecho que todos los abogados aceptan.

La nueva historia es en cierto modo igual a la historia de los dedos cruzados, sin embargo: deja sin explicación la pregunta de por qué la profesión legal habría actuado durante tanto tiempo en la forma que sostiene la historia. Las personas sensatas no discuten sobre si el Palacio de Buckingham es en realidad una casa o no; comprenden de inmediato que no se trata de una cuestión genuina sino de cómo se elige utilizar una palabra cuyo significado no está bien delimitado. Si "derecho" es igual que "casa", ¿por qué los abogados tienen que discutir durante tanto tiempo si la ley le ofrece realmente al secretario del Interior el poder como para detener un dique casi terminado para salvar un pez sin mayor importancia o si la ley prohíbe la segregación racial en las escuelas? ¿Cómo pudieron pensar que tenían los argumentos necesarios para tomar una decisión arbitraria sobre el uso de una palabra de una forma u otra? ¿Cómo pudieron pensar que las decisiones importantes sobre el uso del poder estatal podían convertirse en un equívoco? De nada sirve decir que abogados y jueces pueden engañarse a sí mismos porque en realidad discuten sobre una cuestión diferente, la cuestión política sobre si el secretario debe tener dicho poder o si se debería prohibir a los Estados la segregación racial en las escuelas. Ya hemos visto que varios de los argumentos que utilizan los jueces para apoyar sus polémicos postulados de derecho no son apropiados a esas cuestiones políticas. De modo que la nueva defensa del positivismo es una crítica más radical de la práctica profesional de lo que podía parecer en un principio. La defensa de los dedos cruzados muestra a los jueces como mentirosos bienintencionados; la defensa de los casos dudosos los muestra, en cambio, como simplones.

La defensa límite es peor que un insulto, más aún, porque ignora una importante distinción entre casos dudosos y casos de prueba o esenciales. A veces se habla con propósitos cruzados tal como describe la defensa límite.

Están de acuerdo sobre las pruebas correctas para aplicar una palabra en lo que consideran casos normales pero la utilizan de una forma diferente en lo que todos reconocen como casos marginales, como el caso de un palacio. Sin embargo, a veces discuten sobre si una palabra o descripción es apropiada porque disienten sobre las pruebas correctas para utilizar la palabra o frase en *cualquier* ocasión. Podemos ver la diferencia al imaginar dos discusiones entre críticos de arte sobre si debe considerarse la fotografía una forma o una ramificación del arte. Pueden estar de acuerdo acerca de las formas en las que la fotografía es igual o diferente de las actividades que todos reconocen como ejemplos "corrientes", indiscutibles, del arte como la pintura y la escultura. Pueden estar de acuerdo en que la fotografía no es total o especialmente una forma de arte en la misma forma que lo son estas otras actividades; pueden estar de acuerdo en que la fotografía es a lo sumo un caso dudoso de arte. Luego, seguramente estarían de acuerdo en que la decisión sobre si situar a la fotografía dentro o fuera de dicha categoría es arbitraria, que debería ser considerada de uno u otro modo para conveniencia o facilidad de exposición, pero que de lo contrario no existe ninguna cuestión genuina que debatir sobre si la fotografía es "en realidad" un arte. Ahora piensen en un debate diferente. Un grupo sostiene que (sea cual fuere la opinión de los demás) la fotografía es un ejemplo central de una forma de arte, que cualquier otra perspectiva no comprendería bien la naturaleza esencial del arte. El otro, adopta la posición opuesta de que cualquier comprensión razonable del carácter del arte excluye la fotografía por ser las técnicas fotográficas totalmente ajenas al objetivo del arte. En estas circunstancias sería erróneo describir la discusión como una sobre dónde debe trazarse el límite. La discusión sería sobre qué es en realidad el arte propiamente dicho; revelaría que los dos grupos tenían ideas muy diferentes sobre por qué hasta las formas de arte más corrientes que ambos reconocen (la pintura y la escultura) pueden reclamar dicho título.

Pueden pensar que la segunda discusión que acabo de describir es tonta, una corrupción de la erudición. Sin embargo, piensen lo que piensen, discusiones de ese tipo suceden y son diferente de las del primer tipo. (35) Sería un grave error fusionar las dos o decir que una es sólo un caso especial de la otra. La defensa "sofisticada" del positivismo confunde de ese modo la práctica judicial. Los distintos abogados y jueces que discutieron nuestros ejemplos no pensaron que defendían casos marginales o dudosos. Sus desacuerdos sobre la legislación y los precedentes eran fundamentales; sus discusiones demostraron que no sólo disientan sobre si Elmer debía o no recibir su herencia sino también sobre por qué cualquier acto legislativo, hasta los códigos de tránsito y las tasas impositivas, imponen los derechos y obligaciones que todos aceptan como tales; no sólo sobre si la señora McLoughlin debe cobrar por daños sino sobre cómo y por qué decisiones anteriores cambian la ley del lugar. Discreparon sobre qué es lo que convierte una propuesta de ley verdadera, no sólo en el margen sino también en su parte central. Aquellos que discutieron nuestros ejemplos en las cortes y salones de clases los entendieron y la ley revé los casos cruciales probando los principios fundamentales, no como casos dudosos que necesitan que se trace un límite más o menos arbitrario.

El verdadero debate sobre las teorías semánticas

Si el debate legal es principalmente o en parte sobre casos cruciales, entonces todos los abogados no pueden estar utilizando los mismos criterios objetivos para decidir cuándo las propuestas de ley son verdaderas o falsas. Sus debates serían principalmente o en parte sobre qué criterio deberían usar. De modo que el proyecto de las teorías semánticas, el proyecto de extraer reglas compartidas de un cuidadoso estudio sobre qué dicen y hacen los abogados, estaría destinado al fracaso. El desafío latente ha madurado. ¿Por qué los positivistas están tan seguros de que el debate legal no es lo que parece ser? ¿Por qué están tan seguros, aunque las apariencias digan lo contrario, de que los abogados siguen reglas en común para utilizar el “derecho”? No puede ser la experiencia la que los convence de esto, porque la experiencia enseña lo contrario. Dicen que la práctica legal y judicial no es lo que aparenta ser. ¿Pero, por qué no? Los síntomas son clásicos y mi diagnóstico, familiar. Los filósofos de la teoría semántica sufren algún tipo de bloqueo. ¿Pero de qué bloqueo se trata?

Noten el siguiente debate. Si dos abogados siguen realmente reglas *diferentes* al hacer uso de la palabra “derecho”, utilizando criterios objetivos diferentes para decidir cuándo una propuesta de ley es verdadera o falsa, entonces cada uno debe querer decir algo diferente cuando explica qué es el derecho. Earl y Gray deben referirse a cosas diferentes cuando afirman o niegan que la ley permite que los asesinos hereden: Earl se refiere a que sus fundamentos para el derecho se ven o no satisfechos, y Gray está concentrado en sus propios fundamentos y no en los de Earl. De modo que en realidad, ambos jueces no disienten sobre nada cuando uno de ellos niega y el otro afirma esta propuesta. Sólo hablan por encima del otro. Sus discusiones no tienen sentido en la forma más trivial e irritante, como una discusión sobre bancos; cuando una persona tiene en mente bancos de ahorro y la otra, bancos para sentarse. Peor aun, incluso cuando los abogados parecen estar de acuerdo sobre qué es el derecho, su discusión termina siendo también un engaño, como si las dos personas que acabo de inventar pensarán haber acordado que existen muchos bancos en Norteamérica.

Estas extrañas conclusiones deben ser erróneas. El derecho es una práctica floreciente y a pesar de poseer errores, aunque sean fundamentales, no es una broma grotesca. Tiene importancia decir que los jueces deberían hacer cumplir la ley en lugar de ignorarla, que los ciudadanos deben obedecerla salvo en raras ocasiones, que los funcionarios deben actuar de acuerdo con sus disposiciones. Parece obtuso negar todo esto sólo porque a veces disintimos sobre qué es el derecho en realidad. Así que nuestros filósofos del derecho tratan de salvar lo que pueden. Se aferran a un cabello: dicen que los jueces en los casos difíciles sólo simulan disentir sobre qué es el derecho, o que los casos difíciles no son más que disputas confusas al margen de lo que es claro y compartido. Creen que de lo contrario deben aceptar alguna forma de nihilismo sobre el derecho. La lógica que se desprende de este estrago es la lógica que acabamos de describir, la discusión de que a menos que abogados y jueces compartan criterios objetivos sobre los fundamentos del derecho, no puede haber un debate o una idea significativos sobre qué es el derecho. No nos queda más que hacer frente a la discusión. Es un debate filosófico, de modo que la siguiente etapa de nuestro proyecto debe ser también filosófica.

2. Conceptos interpretativos

El aguijón semántico

Denominaré el argumento que acabo de describir, que ha causado tanto daño en filosofía del derecho, el aguijón semántico. Las personas que tienen una cierta imagen de cómo es el desacuerdo y cuándo es posible, son su presa. Creen que pueden discutir con sensatez uno con otro si, y sólo si, todos aceptamos y seguimos los mismos criterios para decidir cuándo nuestros reclamos tienen fundamento, incluso si no podemos formular con exactitud, tal como esperaría hacerlo un filósofo sobre qué son estos criterios. Usted y yo podemos discutir sobre cuántos libros tengo, por ejemplo, en mi biblioteca, sólo si ambos estamos de acuerdo, al menos a grandes rasgos sobre qué es un libro. Podemos disentir en los casos dudosos: para mí un libro delgado puede ser lo que para usted es un panfleto. Pero no podemos disentir sobre lo que denomino casos cruciales. Si no consideran a mi copia de *Moby Dick* como un libro porque a su parecer las novelas no son libros, cualquier desacuerdo no tendrá sentido. Si este pequeño ejemplo acerca de cuándo es posible un desacuerdo verdadero, agota todas las posibilidades, debe aplicarse a conceptos jurídicos, incluyendo el concepto de derecho. Luego, se plantea el siguiente dilema. A pesar de las primeras apariencias, en realidad, todos los abogados aceptan a grandes rasgos los mismos criterios para decidir cuándo un postulado sobre la ley es verdadero o no puede haber un acuerdo o desacuerdo genuino sobre el derecho, sino sólo la estupidez de la gente que cree que disiente porque otorga significados diferentes al mismo sonido. La segunda parte de este dilema parece absurda. De modo que los filósofos tratan de concentrarse en la primera y de identificar algunas reglas ocultas que deben estar allí, incrustadas a pesar de que no se las reconocen, en la práctica legal. Producen y debaten teorías semánticas de derecho.

Lamentablemente para estas teorías, este cuadro sobre qué es lo que hace posible el desacuerdo no encaja bien con los tipos de desacuerdo que los abogados tienen en realidad. Es común que abogados y jueces disientan sobre hechos históricos o sociales, sobre qué palabras se hallarán en el texto de alguna estatua o qué hechos estuvieron presentes en alguna decisión judicial precedente. Pero tal desacuerdo sobre el derecho es más teórico que empírico. Los filósofos del derecho que creen que debe haber reglas comunes a todos tratan de explicar el desacuerdo teórico. Dicen que abogados y jueces sólo están simulando, o disienten sólo porque el caso ante ellos cae dentro de una zona confusa

y gris de los derechos consuetudinarios. De cualquier manera, según dicen, es mejor ignorar las palabras que utilizan los jueces y tratarlos como si discreparan sobre la fidelidad o la enmienda, pero no sobre el derecho. Allí está el aguijón: estamos marcados como su objetivo. Estamos marcados como su objetivo por un cuadro muy crudo sobre qué tipo de desacuerdo es o debe ser.

Un ejemplo imaginario

La actitud interpretativa

Tal vez este cuadro sobre lo que hace posible el desacuerdo es demasiado crudo como para causar cualquier desacuerdo, incluso uno sobre libros. Pero sólo diré que esto no es exhaustivo y, en particular, que no es aplicable en un conjunto importante de circunstancias que incluye el debate teórico en derecho. Tampoco es aplicable cuando los miembros de una comunidad en particular, que comparten prácticas y tradiciones, hacen y discuten postulados sobre la mejor interpretación de éstos; cuando disienten sobre lo que requiere alguna tradición o práctica en circunstancias concretas. Estos postulados suelen ser polémicos, y el desacuerdo es genuino a pesar de que las personas usen diferentes criterios para la formación de estas interpretaciones; es genuino porque las interpretaciones que rivalizan están dirigidas hacia los mismos objetos o sucesos de interpretación. Trataré de demostrar cómo este modelo nos ayuda a comprender mejor el debate legal y a ver el rol del derecho dentro del contexto mayor de la cultura, con mayor claridad. Pero primero sería útil ver cómo el modelo se aplica a una institución mucho más simple.

Imaginen la siguiente historia de una comunidad imaginaria. Sus miembros siguen un conjunto de reglas, las que denominan "reglas de cortesía", en un cierto tipo de ocasiones sociales. Afirman: "la cortesía requiere que los campesinos se quiten el sombrero ante la nobleza", por ejemplo, y propugnan y aceptan otras propuestas de ese tipo. Por un tiempo, esta práctica tiene el carácter de un tabú: las reglas están allí, sin que nadie las cuestione o varíe. Pero entonces, tal vez con lentitud, todo cambia. Cada uno desarrolla una compleja actitud "interpretativa" hacia las reglas de cortesía, una actitud que posee dos componentes. El primero es la suposición de que la práctica de la cortesía no sólo existe sino que también tiene valor, que sirve algún propósito o interés o hace cumplir algún principio (es decir, que tiene un sentido) que puede ser formulado independiente del solo hecho de describir las reglas que conforman la práctica. El segundo, es la suposición de que los requisitos de cortesía (el comportamiento que exige o los juicios que garantiza) no son necesarios o exclusivamente lo que siempre han sido considerados ser sino que son sensibles a su sentido, de modo que las estrictas reglas deben ser entendidas, aplicadas, extendidas, modificadas, calificadas o limitadas por dicho sentido. Una vez que persiste esta actitud interpretativa, la institución de la cortesía deja de ser mecánica; ya no es una deferencia ignorante a una orden gobernante. Ahora se está tratando de imponer el significado en la institución (para verlo bajo su mejor ángulo) y luego para reestructurarlo a la luz de dicho significado.

Los dos componentes de la actitud interpretativa son independientes entre sí; podemos tomar el primer componente de la actitud hacia alguna institución sin tomar también el segundo. Eso se hace en el caso de juegos y competencias. Apelamos al sentido de estas prácticas al discutir sobre cómo deberían cambiarse sus reglas, pero no (excepto en casos muy limitados) sobre cuáles son sus reglas ahora. (1) Eso está fijado por la historia y las convenciones. Por lo tanto, la interpretación desempeña sólo un papel externo en juegos y competencias. Sin embargo, es crucial para mi historia sobre la cortesía que los ciudadanos adopten tanto el segundo componente de la actitud como el primero. Para ellos, la interpretación decide no sólo por qué existe la cortesía sino también qué es lo que ahora requiere. El valor y la alegría se han entrelazado.

Cómo cambia la cortesía

Piensen que antes de que la actitud interpretativa se afirme en sus dos componentes, todos suponen que el sentido de la cortesía yace en la oportunidad que proporciona para demostrar respeto a los superiores sociales. No se plantea ninguna pregunta sobre si las formas tradicionales de respeto son realmente aquellas que requiere la práctica. Estas son las formas de deferencia y las opciones disponibles son: conformidad o rebelión. Sin embargo, cuando se desarrolla la actitud interpretativa, este sentido supuesto adquiere un poder crítico y las personas comienzan a exigir, bajo el título de cortesía, formas de deferencia previamente desconocidas o a rechazar formas que antes honraban, sin sentido de rebelión, afirmando que el verdadero respeto se brinda mejor a través de lo que hacen que a través de lo que otros hicieron. La interpretación se pliega a la práctica, alterando su forma y la nueva forma alienta a una nueva reinterpretación, de modo que la práctica cambia en forma dramática, a pesar de que cada paso que se avanza es interpretativo de lo que el último logró.

La perspectiva de la gente sobre los fundamentos correctos del respeto puede por ejemplo cambiar de rango a edad o género o alguna otra cualidad. Los principales beneficiarios del respeto serían entonces superiores sociales en un período, las personas mayores en otro, las mujeres en un tercero, y así sucesivamente. Las opiniones pueden cambiar acerca de la naturaleza o cualidad del respeto, desde un punto de vista donde la demostración externa constituye un respeto para el punto de vista opuesto, ese respeto es sólo una cuestión de sentimientos. O bien, las opiniones pueden cambiar en una dimensión diferente, sobre si el respeto tiene algún valor cuando está dirigido a grupos o por propiedades naturales más que a individuos por logros individuales. Si el respeto nombrado en primer lugar ya no parece importante, o incluso parece equívoco, será necesaria una interpretación diferente de la práctica. Las personas llegarán a ver el sentido de la cortesía como casi lo opuesto de su sentido original, como formas impersonales de relación social que, debido a su impersonalidad, no requieren ni niegan una mayor importancia. La cortesía ocupará entonces un lugar diferente y más pequeño en la vida social, y el final de la historia está a la vista: la actitud interpretativa languidecerá y la práctica volverá al estado estático y mecánico del comienzo.

Una primera mirada a la interpretación

Eso es a vista de pájaro, desde la perspectiva de la historia de cómo la tradición de la cortesía cambia a través del tiempo. Ahora debemos considerar las dinámicas de la transformación desde más cerca, al notar los tipos de juicios, decisiones y discusiones que produce la respuesta de cada individuo con respecto a la tradición, las respuestas que en forma colectiva y durante largos periodos producen los grandes cambios que notamos en primer lugar. Necesitamos conocer cómo la actitud que denomino interpretativa funciona desde su interior, desde el punto de vista de los intérpretes. Lamentablemente, hasta una estimación inicial será polémica porque si una comunidad utiliza conceptos interpretativos, el concepto de interpretación en sí será uno de ellos: una teoría de interpretación es una interpretación de la práctica que pertenece a una orden más alta que utiliza conceptos interpretativos. (De modo que cualquier estimación adecuada de la interpretación debe permanecer verdadera por sí misma.) En este capítulo, ofrezco una estimación teórica especialmente designada a explicar la interpretación de las prácticas y estructuras sociales como la cortesía, y defendiendo esa estimación contra objeciones fundamentales y al parecer poderosas. Me temo que la discusión nos llevará bastante lejos del derecho, a controversias sobre la interpretación que han ocupado principalmente a los estudiosos literarios, científicos sociales y filósofos. Pero si el derecho es un concepto interpretativo, cualquier jurisprudencia digna de tener debe ser construida sobre algún punto de vista sobre qué es la interpretación y el análisis de interpretación que elaboro y defendiendo en este capítulo es la base para el resto del libro. Este desvío es esencial.

Interpretar una práctica social es sólo una forma u ocasión de interpretación. Las personas interpretan en muchos contextos diferentes, y deberíamos comenzar tratando de hallar algún sentido sobre la manera en que estos contextos difieren. La ocasión más familiar de interpretación, tan familiar que casi no la reconocemos como tal, es la conversación. Interpretamos los sonidos o marcas que hace otra persona para decidir lo que ésta ha dicho. La llamada interpretación científica tiene otro contexto: decimos que un científico primero recoge datos y luego los interpreta. La interpretación artística tiene también otro: los críticos interpretan poemas, obras de teatro, pinturas para defender algún propósito de su significado, tema o sentido. La forma de interpretación que estudiamos, la interpretación de la práctica social, es como la interpretación artística en el siguiente sentido: ambas apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas, en lugar de lo que las personas dicen, como en la interpretación de la conversación o los sucesos no creados por las personas, como en la interpretación científica. Sacaré provecho de dicha similitud entre la interpretación artística y la interpretación de la práctica social; denominaré ambas formas como formas de interpretación "creativa" para distinguirlas de la interpretación científica y de la conversación.

La interpretación de la conversación es intencional más que causal en una forma más mecánica. Su objetivo no es explicar los sonidos que produce una persona de la misma manera que un biólogo explica el croar de una rana. Asig-

na significados a la luz de los motivos, propósitos y preocupaciones que supone tiene el orador, e informa acerca de sus conclusiones como declaraciones sobre su "intención" al explicar lo que dijo. ¿Podemos decir que todas las formas de interpretación apuntan a una explicación intencional en esa forma y que es este objetivo lo que distingue la interpretación, como un tipo de explicación, de la explicación causal en forma más general? A primera vista, esta descripción no parece adecuarse a la interpretación científica y podríamos sentirnos obligados a decir, si nos atrae la idea de que toda interpretación genuina es intencional, que la interpretación científica no es una interpretación. Podríamos decir que la frase "interpretación científica" es sólo una metáfora, la metáfora de datos que le "hablan" al científico de la misma manera que una persona le habla a otra; muestra al científico esforzándose por comprender lo que los datos tratan de decirle. Podemos pensar en la posibilidad de anular la metáfora y hablar con precisión, eliminando la idea de propósito de nuestra descripción final del proceso científico.

¿La interpretación creativa es entonces también un caso de interpretación metafórica? Podríamos decir (para usar la misma metáfora) que al hablar de la interpretación de poemas o prácticas sociales imaginamos que éstas nos hablan, que quieren decirnos algo en la misma forma que lo haría una persona. Pero entonces, no podemos anular la metáfora como en el caso de la interpretación científica, explicando que en realidad tenemos en mente una explicación casual común y que la metáfora de propósito y significado es sólo decorativa. La interpretación de las prácticas sociales y las obras de arte se ocupan esencialmente de los propósitos y no de meras causas. Los ciudadanos de cortesía no desean hallar, cuando interpretan su práctica, los distintos determinantes económicos, psicológicos o fisiológicos de su conducta convergente. Tampoco un crítico desea una explicación fisiológica de cómo fue escrito un poema. De modo que debemos hallar la forma de reemplazar la metáfora de las prácticas y los cuadros que hablan por voz propia que reconozca el lugar fundamental del propósito en la interpretación creativa.

Una solución es muy popular. Anula la metáfora de los poemas y los cuadros que nos hablan insistiendo en que la interpretación creativa no es más que un caso de interpretación de la conversación. No escuchamos a las obras de arte en sí, tal como sugiere la metáfora, sino a sus verdaderos autores humanos. El objetivo de la interpretación creativa es descifrar las intenciones o propósitos de los autores al escribir una novela en particular o al mantener una tradición social en particular, al igual que en una conversación intentamos captar las intenciones del amigo que nos está hablando. (2) Defenderé una solución diferente: que la interpretación creativa no es una de conversación sino de construcción. Diré que la interpretación de las obras de arte y las prácticas sociales se interesa en el propósito y no en la causa. Pero los propósitos en juego no son (fundamentalmente) aquellos de algún autor sino del intérprete. A grandes rasgos, la interpretación constructiva es una cuestión de un propósito impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece. A pesar de esta corta explicación, ello no quiere decir que un intérprete pueda hacer de una práctica o una obra de arte algo que habría querido que fuera, como por ejemplo, que un ciudadano de cortesía subyugado por la igualdad, pueda en buena fe sostener que la cortesía supone en re-

alidad que se comparta la riqueza. La historia o forma de una práctica u objeto restringe las interpretaciones disponibles de la misma, a pesar de que el carácter de dicha restricción debe tener buenos fundamentos, tal como lo veremos más adelante. La interpretación creativa, bajo la perspectiva constructiva es una cuestión de interacción entre propósito y objeto.

Un participante que interpreta una práctica social, según ese punto de vista, propone un valor para dicha práctica al describir un esquema de intereses, objetivos o principios que dicha práctica puede servir, expresar o ejemplificar. Muy a menudo, tal vez en forma típica, los datos sin elaboración de la práctica (qué hace la gente bajo qué circunstancias) no determinará como corresponde la atribución del valor: esos datos serán compatibles con atribuciones diferentes y rivales. Una persona podría ver en la práctica de la cortesía un medio para asegurar que se presta el debido respeto a aquellos que lo merecen por rango social u otra categoría. Otro podría ver, con la misma intensidad, un medio para que el intercambio social sea más convencional y por lo tanto, menos indicativo de distintos juicios de respeto. Si los datos sin elaboración no discriminan entre estas interpretaciones rivales, la elección de cada intérprete debe reflejar su opinión sobre cuál de las interpretaciones propone el mayor valor para la práctica, cuál la muestra mejor, tomando todo en cuenta.

Ofrezco esta descripción constructiva sólo como análisis de la interpretación creativa. Pero también debemos notar cómo la descripción constructiva puede ser elaborada en forma tal que se adapte a los otros dos conceptos interpretativos que mencioné anteriormente, y mostrar así una profunda conexión entre todas las formas de interpretación. Comprender la conversación de otra persona requiere el uso de modelos y presunciones, como el llamado principio de claridad, que en circunstancias normales tiene el efecto de hacer de lo que dice el mejor rendimiento de comunicación que pueda. (3) Y la interpretación de datos en la ciencia utiliza en gran medida las normas de construcción de teorías como la simpleza, la elegancia y la verificación que reflejan suposiciones cambiantes y discutibles sobre paradigmas de explicación, es decir, sobre cuáles son las características que hacen que una forma de explicación sea superior a otra. (4) Por lo tanto, la descripción constructiva de la interpretación creativa podría tal vez proporcionar una descripción más general de todas las formas de interpretación. Diríamos entonces que cada interpretación lucha por hacer de un objeto lo mejor que puede ser, como un ejemplo de una empresa supuesta, y esa interpretación adquiere formas diferentes en contextos diferentes sólo porque distintas empresas adoptan distintas normas de valor o de éxito. La interpretación artística se diferencia de la interpretación científica sólo porque juzgamos el éxito de las obras de arte con normas diferentes de las que usamos para juzgar una explicación de los fenómenos físicos.

La interpretación y la intención del autor

Muchos lectores considerarán que la descripción constructiva de la interpretación es extraña, a pesar de estar limitada a la interpretación creativa, o

mejor aun, a la interpretación de las prácticas sociales como la cortesía. Se opondrán porque prefieren la descripción popular de la interpretación creativa que mencioné: que la interpretación creativa no es más que la interpretación de la conversación dirigida a un autor. He aquí una declaración representativa de su *queja*: "Sin duda, la gente puede hacer el tipo de reclamos que usted describe que hacen los ciudadanos de cortesía sobre las prácticas sociales que comparan; sin duda, pueden proponer y oponerse a opiniones sobre cómo deberían comprenderse y continuarse estas prácticas. Pero es una seria confusión denominar a esto una interpretación, o sugerir que en cierta forma le da sentido a la práctica en sí. Esos conceptos pueden conducir a graves errores: Primero, la interpretación significa tratar de comprender algo (por ejemplo una afirmación, un gesto, un texto, un poema, una pintura) de una manera especial y particular. Significa tratar de descubrir los motivos o intenciones del autor al hablar, actuar, escribir o dibujar tal como lo hizo. De modo que la interpretación de una práctica social como la práctica de la cortesía, sólo puede sugerir el discernimiento de las intenciones de sus miembros, uno por uno. Segundo, la interpretación trata de demostrar el objeto de interpretación (la conducta, el poema, la pintura o el texto en cuestión) en forma precisa, tal como es en realidad, y no como se sugiere a través de lentes coloreados de color rosa o bajo su mejor perspectiva. Ello significa recuperar las intenciones verdaderas, históricas de sus autores y no imponer los valores del intérprete aquello que los autores han creado".

Confrontaré esta objeción en etapas y la siguiente reseña de mi argumento podría llegar a ser de utilidad a pesar de estar necesariamente condensada. En primer lugar diré que, a pesar de que consideramos que el objetivo de la interpretación artística es recuperar la intención del autor, tal como recomienda la objeción, no podemos escapar al uso de estrategias de la interpretación constructiva que condena la objeción. Consideramos que no podemos evitar tratar de hacer del objeto artístico, lo mejor que pueda ser. A continuación trataré de demostrar que si consideramos que el objetivo de la interpretación artística es descubrir las intenciones del autor, esto debe ser una consecuencia de haber aplicado dichos métodos de interpretación constructiva al arte, y no de haber rechazado dichos métodos. Por último, diré que las técnicas de interpretación de la conversación común, donde el intérprete trata de descubrir las intenciones o significados de otra persona, serían inapropiadas para la interpretación de una práctica social como la cortesía porque es esencial para la estructura de dicha práctica que la interpretación de la práctica sea tratada como algo diferente de la comprensión de lo que quieren decir otros participantes con las declaraciones que realizan en su operación. Es por ello que un científico social debe participar de una práctica social si desea comprenderla, independientemente de comprender a sus miembros.

El arte y la naturaleza de la intención

¿La interpretación artística es inevitablemente el descubrimiento de las in-

tenciones de un autor? ¿El descubrimiento de las intenciones de un autor es un proceso objetivo independiente de los propios valores del intérprete? Comenzaremos con la primera de estas preguntas y con un reclamo medido. La interpretación artística no es sólo el hecho de recuperar la intención de un autor si entendemos que "intención" significa un estado mental consciente, no si consideramos que el reclamo significa que el objetivo de la interpretación artística siempre es el de identificar alguna idea consciente en particular en la mente del autor cuando dijo, escribió o hizo lo que hizo. La intención es siempre un asunto mucho más complejo y problemático que eso. De modo que debemos volver a formular nuestra primera pregunta. Si alguien desea considerar la interpretación dentro del arte como la recuperación de la intención del autor, ¿qué debe entender por intención? Esta primera pregunta modificada, afectará también la segunda. ¿Existe una distinción tan marcada, tal como supone la objeción, entre descubrir la intención del artista y encontrar un valor en lo que ha hecho?

En primer lugar, debemos notar el primer punto crucial de Gadamer, que la interpretación debe aplicar una intención (5.) El teatro proporciona un buen ejemplo. Alguien que produce *El Mercader de Venecia* hoy en día debe hallar una concepción de Shylock que evoque para una audiencia contemporánea el complejo sentido que tenía la figura de un judío para Shakespeare y su audiencia, de modo que su interpretación debe, en cierto sentido, unificar dos periodos de "conciencia" adaptando las intenciones de Shakespeare a una cultura muy diferente situada al final de una historia distinta. (6) Si logra hacerlo, su interpretación de Shylock será probablemente muy diferente de la visión concreta que Shakespeare tenía de ese personaje. En algunos aspectos puede ser opuesta, reemplazando el desprecio o la ironía por la compasión, por ejemplo, o puede cambiar el énfasis, considerando tal vez la relación de Shylock con Jessica como algo mucho más importante de lo que Shakespeare, como director, lo habría considerado. (7) La intención artística es compleja y estructurada: distintos aspectos o niveles de intención pueden crear conflictos de la siguiente manera. La fidelidad hacia las opiniones más discretas y concretas de Shakespeare sobre Shylock, ignorando el efecto que su visión de dicho personaje habría tenido en una audiencia contemporánea, puede ser una traición a su propósito artístico más abstracto. (8) Y la "aplicación" de dicho propósito abstracto a nuestra situación está muy lejos de ser un ejercicio histórico y neutral sobre la reconstrucción de un estado mental del pasado. Es inevitable que comprometa las opiniones artísticas del intérprete en la misma forma que sugiere la descripción constructiva de la interpretación creativa, porque desea encontrar los mejores medios de expresar, con el texto en mano, las grandes ambiciones artísticas que Shakespeare jamás declaró o tal vez, incluso conscientemente, definió pero que produce el hecho de preguntarnos cómo la obra que escribió habría sido más esclarecedora o poderosa para su época.

Stanley Cavell agrega una complejidad más al demostrar cómo hasta las intenciones concretas y detalladas de un artista pueden ser problemáticas. (9) Hace notar que un personaje de la película de Fellini *La Strada* puede verse como una referencia a la leyenda de Filomena y pregunta qué necesitamos saber acerca de Fellini para poder decir que dicha referencia es intencional (o contrariamente, no intencional). Imagina una conversación con Fellini donde el cineasta dice que a pesar de que nunca antes había oído la historia, capta el senti-

miento que tenía sobre ese personaje mientras filmaba, es decir, que ahora lo acepta como parte de la película realizada. Cavell sostiene que en estas circunstancias se siente inclinado a tratar la referencia como intencional. El análisis de Cavell es importante para nosotros, no porque todo ahora dependa de si tiene los detalles correctos, sino porque sugiere una concepción de intención diferente de la cruda concepción del estado mental consciente. Bajo este punto de vista, el discernimiento pertenece a la intención del artista cuando corresponde e ilumina sus propósitos artísticos en una forma que reconocería y aprobaría a pesar de no haberlo hecho todavía. (De modo que la prueba de la conversación imaginaria puede aplicarse a autores muertos desde hace tiempo, si se la utilizara para la crítica general.) Esto lleva el sentido de valor artístico del intérprete a su reconstrucción de la intención del artista en por lo menos una forma indicativa, puesto que el juicio del intérprete sobre lo que habría aceptado un autor se guiará de su sentido sobre lo que el autor habría aceptado, es decir, su sentido de cuáles son las interpretaciones que mejorarán el trabajo y cuáles lo empeorarán.

La conversación imaginaria de Cavell con Fellini comienza cuando Cavell encuentra que la película es mejor si se la interpreta incluyendo la referencia a Filomena y con la suposición de que Fellini podría llegar a compartir ese punto de vista, de querer que la película sea interpretada en esa forma, de ver que sus ambiciones se realizan mejor al aceptar esa intención. La mayoría de las razones que Cavell puede tener para suponer esto son sus razones por preferir su propia interpretación. No quiero decir que este uso de la intención artística sea un tipo de fraude, un disfraz para las opiniones del intérprete. La conversación imaginada tiene un importante rol negativo: en algunas circunstancias, el intérprete tendría una buena razón para suponer que el artista rechazaría una interpretación que atrae al intérprete. Tampoco me refiero a que debemos aceptar el reclamo general de que la interpretación es la recuperación o reconstrucción de una intención particular del autor, una vez que abandonamos la cruda intención del estado mental consciente. Muchos críticos rechazan ahora el reclamo general aun en una forma mucho más sutil, y en la siguiente sección tendremos que considerar cómo debe entenderse esta lucha que aún continúa. A lo que hago referencia ahora es sólo que el reclamo sobre la intención del autor, cuando se convierte en un método o un estilo de interpretación, compromete las convicciones artísticas del intérprete: a menudo, éstas serán cruciales para establecer cuál es en realidad la intención artística desarrollada para ese intérprete.

Si lo deseamos, podemos utilizar la declaración de Cavell para elaborar una nueva descripción sobre qué están haciendo los ciudadanos de mi comunidad de cortesía imaginaria para interpretar su práctica social, una descripción que podría haber parecido ridícula antes de esta discusión. Podríamos decir que cada ciudadano trata de descubrir su propia intención al mantener y participar en dicha práctica (no en el sentido de recuperar su estado mental cuando se quitó el sombrero por última vez en presencia de una dama sino en el sentido de hallar una descripción con sentido del comportamiento que se atribuye con comodidad.) Esta nueva descripción de la interpretación social como una conversación con uno mismo, como crítico y autor a la vez, sugiere la importancia en la interpretación social del golpe del reconocimiento que desempeña un papel tan

importante en las conversaciones que Cavell imagina con los artistas. (“Si, eso tiene sentido acerca del hecho de quitarme el sombrero: está de acuerdo con el sentido que tengo de cuándo no estaría bien hacer esto, un sentido que no había podido describir antes pero que ahora puedo”. O “No, no tiene sentido”.) Por otra parte, la nueva descripción no agrega nada a mi descripción original que nos resultara útil. Sólo demuestra que el lenguaje de intención, y por lo menos parte del sentido en la idea de que la interpretación es una cuestión de intención, está disponible para una interpretación tanto artística como social, si así lo queremos. La idea de intención no tiene nada que divida necesariamente los dos tipos de interpretación creativa.

Pero ahora llegamos a un punto más importante: esa idea tiene algo que necesariamente las une. Aunque rechazemos la tesis de que el objetivo de la interpretación creativa es descubrir alguna intención histórica real, el concepto de intención proporciona la estructura formal para todos los reclamos interpretativos. Me refiero a que una interpretación es por naturaleza el informe de un propósito; propone una manera de ver aquello que se está interpretando —tanto una práctica social o tradición como un texto o una pintura— como si esto fuera el producto de la decisión de buscar un conjunto de temas, visiones o propósitos, un “sentido” en lugar de otro. Una interpretación requiere esta estructura aun cuando el material a interpretar sea una práctica social y aun cuando no haya un autor histórico a quien pueda sondeársele la mente histórica. Una interpretación de cortesía, en nuestra historia imaginaria, tendrá un aire intencional a pesar de que la intención no pertenezca a nadie en particular o al público en general. Este requisito estructural, considerado independiente de cualquier otro requisito que relacione la interpretación con la intención de un autor en particular, constituye un excitante desafío, del cual nos ocuparemos más adelante, en el Capítulo 6 en particular. ¿Cuál sería el sentido de insistir en la estructura formal del propósito, en la forma que explicamos textos o instituciones legales, más allá del objetivo de recuperar una intención histórica real?

La intención y el valor del arte

Acabo de decir que el método de la intención del autor en la interpretación artística es discutido hasta en su forma más plausible. Muchos críticos sostienen que la interpretación literaria debería ser sensible a los aspectos de la literatura (los efectos emocionales que tiene sobre el lector o la forma en que su lenguaje escapa a cualquier reducción a un conjunto particular de significados o la posibilidad que crea de diálogo entre el artista y la audiencia, por ejemplo) sean o no éstos parte de la intención de su autor hasta en el sentido complejo que hemos señalado. Y aun aquellos que insisten en que la intención del artista debe ser decisiva en cómo es el trabajo “real”, disienten sobre cómo debería reconstruirse dicha intención. Estos distintos desacuerdos sobre la intención y el arte son importantes para nosotros no porque vayamos a adoptar una posición (que aquí no es necesaria) sino porque deberíamos tratar de comprender el carácter de la discusión y saber sobre qué son en realidad los desacuerdos.

He aquí una respuesta a dicha pregunta. Las obras de arte se presentan ante nosotros poseyendo, o por lo menos pretendiendo poseer, un valor del tipo que denominamos estético: esa forma de presentación forma parte de la misma

idea de tradición artística. Sin embargo, sigue siendo una especie de pregunta abierta, en particular dentro de la tradición crítica general que denominamos "modernista", saber dónde yace ese valor y hasta dónde se ha realizado. Los estilos generales de interpretación son, o por lo menos presuponen, respuestas generales a la pregunta que ha quedado abierta. Sugiero entonces que la discusión académica sobre la intención del autor debe ser considerada como una discusión abstracta y teórica sobre dónde yace el valor en el arte. Esta discusión juega su papel en esta forma, junto con discusiones más concretas y valiosas dirigidas más bien hacia objetos en particular, dentro de las prácticas que nos proporcionan la experiencia estética.

La manera en que los críticos consideran este debate explica por qué algunos períodos de la práctica literaria se han preocupado más de la intención artística que otros: su cultura intelectual une con más firmeza el valor en el arte al proceso de creación artística. Cavell señala que en el "arte modernista la cuestión de la intención del artista... ha asumido un rol más abierto en nuestra aceptación de sus trabajos que en períodos anteriores", y que "la práctica de la poesía cambia en los siglos XIX y XX en forma tal que el poema mismo fuerza las cuestiones de intención... sobre el lector". (10) Ese cambio refleja y contribuye al crecimiento en dichos períodos de la romántica convicción de que el arte tiene el valor que tiene y reconoce dicho valor en objetos y sucesos en particular, porque y cuando personifica el genio creativo individual. El dominio de esa perspectiva sobre el valor artístico en nuestra cultura explica no sólo nuestra preocupación por la intención y la sinceridad sino también muchas otras cosas como por ejemplo, nuestra obsesión por la originalidad. De modo que nuestro estilo dominante de interpretación determina una intención de autoría y discusiones dentro de ese estilo sobre qué es la intención artística, refleja una duda y un desacuerdo más sutiles sobre el carácter del genio creativo, sobre el rol de la conciencia, el inconsciente y lo instintivo en su composición y expresión. Algunos críticos que disienten acerca del estilo de autoría con mayor firmeza, porque enfatizan valores de tradición y continuidad donde el sitio de un autor cambia a medida que se construye la tradición, apoyan una interpretación retrospectiva que hace que la mejor interpretación de su trabajo dependa de lo que fue escrito un siglo después. (11) A pesar de ello, desafíos más radicales, que insisten en la importancia de las consecuencias políticas y sociales del arte o de la semántica estructuralista o destrucionista, o insisten en la narrativa construida entre el autor y el lector, o parecen rechazar la empresa de la interpretación por completo, muestran distintas concepciones acerca de dónde se halla en realidad el valor conceptualmente presupuesto del arte.

Esta es una descripción demasiado simplista de la compleja interacción entre la interpretación y otros aspectos de la cultura; sólo quiero sugerir cómo el debate sobre la intención en la interpretación, situada dentro de la práctica social más amplia de disputar la forma de valor del arte, asume por sí mismo el objetivo más abstracto de la interpretación constructiva que apunta a hacer lo mejor de aquello que se interpreta. Debo ser cuidadoso para que no me malentendan. No estoy diciendo que la teoría de la intención del autor de la interpretación artística está equivocada (o es correcta), sino que si es correcta o incorrecta y lo que significa (mientras podamos pensar sobre estas cuestiones dentro de nuestra propia tradición de crítica) debe abrir la posibilidad de una

suposición más fundamental sobre por qué las obras de arte tiene el valor que presupone su presentación. Tampoco me refiero a que un crítico preocupado por reconstruir las intenciones de Fellini al realizar su película *La Strada* debe tener en mente, mientras trabaja, una teoría que relacione la intención con el valor estético: la intención crítica no es más un estado mental que la intención artística. Tampoco, que si registra dicha intención incluyendo una adaptación de Filomena, a pesar de no haber sido reconocida nunca por Fellini, debe ser consciente de pensar que la película es mejor si se la interpreta de ese modo. Lo que quiero decir es sólo que en las circunstancias críticas usuales debemos poder atribuirle un punto de vista así, de la misma forma que solemos atribuir convicciones a diferentes personas, si entendemos que sus afirmaciones son interpretativas en lugar de burlonas o engañosas. (12) No niego aquello que es obvio, que los intérpretes piensan dentro de una tradición interpretativa de la que no pueden escapar por completo. La situación interpretativa no es un principio de Arquímedes, tampoco es lo sugerido en la idea de que el objetivo de la interpretación es hacer parecer de la mejor manera posible aquello que se interpreta. Una vez más apelo a Gadamer, cuya descripción de la interpretación que reconoce, a pesar de luchar en contra las restricciones de la historia, da en la nota exacta. (13)

Intenciones y prácticas

En respuesta a la objeción planteada al comienzo de esta discusión, declaro que la interpretación artística en nuestra cultura es una interpretación constructiva. La pregunta de hasta dónde la mejor interpretación de una obra de arte debe ser leal a la intención del autor da lugar a la pregunta constructiva sobre si el hecho de aceptar ese requisito permite que la interpretación que se haga del objeto o de la experiencia artística sea la mejor posible. Aquellos que así lo creen, porque piensan que el genio es el nervio del arte o por alguna otra razón, deben elaborar juicios de valor artístico al decidir cuál es en realidad la intención pertinente del autor. Debemos ahora considerar la objeción en su aplicación específica a la otra forma de interpretación creativa, la interpretación de las estructuras y prácticas sociales. ¿Cómo puede esa forma de interpretación tratar de descubrir algo como la intención de un autor? Hemos señalado un sentido donde alguien podría pensar que es posible. Un miembro de una práctica social podría pensar que la interpretación de su práctica significa descubrir sus propias intenciones en el sentido que he descrito. Sin embargo esa hipótesis no alivia la objeción, porque la objeción sostiene que la interpretación debe ser neutral y por lo tanto, que el intérprete debe tratar de descubrir los motivos y propósitos de otra persona. ¿Qué sentido podemos darle a esa sugerencia en el contexto de la interpretación social?

Existen dos posibilidades. Alguien podría decir que la interpretación de una práctica social significa descubrir los propósitos o intenciones de otros participantes de dicha práctica, por ejemplo, los ciudadanos de cortesía. O que significa descubrir los propósitos de la comunidad que alberga la práctica, concebi-

da como si tuviera en sí misma una forma de vida mental o conciencia grupal. La primera de las sugerencias parece más atractiva porque es menos misteriosa. Pero queda anulada por la estructura interna de una práctica social argumentativa, porque dentro de dichas prácticas, un reclamo interpretativo no es sólo un reclamo sobre lo que piensan otros intérpretes. Por supuesto que las prácticas sociales están compuestas por actos individuales. El objetivo de muchos de estos actos es la comunicación y por lo tanto, invitan a preguntar: "¿Qué quisieron decir con eso?" o "¿Por qué dijo tal cosa en este preciso momento?". Si una persona de la comunidad de cortesía le dice a otra que la institución requiere que uno se quite el sombrero ante sus superiores, tiene sentido hacer estas preguntas, y el responderlas significaría tratar de comprenderlo en la forma familiar de la interpretación de la conversación. Pero una práctica social crea y asume una distinción esencial entre la interpretación de los actos e ideas de los participantes, uno por uno, en ese sentido y la interpretación de la práctica en sí, es decir la interpretación de lo que hacen colectivamente. Supone dicha distinción porque los reclamos y discusiones que sostienen los participantes, permitidos y alentados por la práctica, se refieren a lo que dicha práctica significa y no a lo que ellos quieren decir.

Esa distinción carecería de importancia para fines prácticos si los participantes de una práctica estuvieran siempre de acuerdo sobre su mejor interpretación. Pero no lo están, al menos en detalle, cuando la actitud interpretativa es enérgica. Para estar seguros, deben estar de acuerdo sobre muchas cosas para poder compartir una práctica social. Deben compartir un vocabulario: deben tener en mente la misma cosa cuando mencionan sombreros o requisitos. Deben tener una comprensión del mundo en formas similares y tener intereses y convicciones bastantes semejantes para reconocer el sentido en los reclamos de cada uno, y para tratarlos como reclamos en lugar de meros ruidos. Eso no significa sólo utilizar el mismo diccionario, sino compartir lo que Wittgenstein llamó una forma de vida lo suficientemente concreta como para que nadie pueda reconocer un sentido o un propósito en lo que dice y hace el otro y ver qué tipos de creencias y motivos tendrían sentido a propósito de su dicción, gesto, tono, etcétera. Todos deben "hablar el mismo idioma" en los dos sentidos de la frase. Sin embargo, esta similitud de intereses y convicciones necesitan aferrarse a un solo punto: debe ser lo bastante denso como para permitir un genuino desacuerdo, aunque no demasiado en forma tal que no pueda producirse el desacuerdo.

De modo que cada uno de los participantes de una práctica social debe distinguir entre tratar de distinguir lo que otros miembros de su comunidad piensan que necesita la práctica y tratar de decidir, por sí mismo, qué es lo que dicha práctica necesita en realidad. Dado que estas son preguntas diferentes, los métodos interpretativos que utiliza para responder a la última pregunta no pueden ser los métodos de la interpretación de la conversación, dirigidos a los individuos uno por uno, que utilizaría para responder la primera de ellas. Un científico social que ofrece interpretar la práctica debe hacer la misma distinción. Si lo desea, puede sólo registrar las distintas opiniones que los diferentes individuos de la comunidad tienen sobre lo que requiere la práctica. Pero ello no constituiría una interpretación de la práctica en sí; si se aboca a ese proyecto diferente debe renunciar al individualismo metodológico y utilizar los métodos que usan

sus sujetos en la formación de sus propias opiniones sobre lo que en realidad requiere la cortesía. Debe abrazar la práctica que propone para entenderla; sus conclusiones no son entonces informes neutrales sobre lo que piensan los ciudadanos de cortesía sino postulados sobre la cortesía que compiten con los de ellos. (14)

¿Qué pasa con la sugerencia más ambiciosa de que la interpretación de una práctica social es una interpretación de conversación dirigida a una comunidad concebida en un todo como una superentidad? Los filósofos han explorado la idea de una conciencia colectiva o grupal por muchas razones y en diferentes contextos, algunos de ellos pertinentes a la interpretación; discuto algunos de ellos en una nota. (15) Aun si aceptamos la difícil ontología de esta sugerencia, la vence el mismo argumento que es fatal para la otra, menos ambiciosa. La interpretación de la conversación es inadecuada porque la práctica que se interpreta establece las condiciones de la interpretación: la cortesía insiste en que la interpretación de la cortesía no es sólo cuestión de descubrir lo que cualquier persona piensa sobre ella. De modo que a pesar de asumir que la comunidad es una persona definida, con opiniones y convicciones propias, una especie de conciencia grupal, esa suposición sólo agrega a la historia una persona más cuyas opiniones deben ser juzgadas y debatidas por un intérprete y no simplemente descubiertas y registradas. Pero aún debe distinguir, entre la opinión que la conciencia grupal tiene sobre lo que requiere la cortesía, qué cree que puede descubrir al reflejar sus distintos motivos y propósitos y qué piensa él, como intérprete, que requiere en realidad la cortesía. De todas formas necesita un tipo de método interpretativo para poner a prueba el juicio de la entidad una vez descubierto, y este método no puede ser una cuestión de conversación con esa entidad o alguna otra.

Comenzamos esta larga discusión a partir de una objeción: que la descripción constructiva de la interpretación creativa es errónea porque la interpretación creativa siempre es una interpretación de la conversación. Esta objeción fracasa en forma más dramática en la interpretación de prácticas sociales que en la interpretación artística. La descripción constructiva debe hacer frente a otras objeciones: en especial la objeción que trato más adelante en este capítulo, que la interpretación constructiva no puede ser objetiva. Pero deberíamos estudiar con mayor profundidad ese tipo de interpretación antes de volver a prolarla.

Etapas de la interpretación

Debemos comenzar a pulir la interpretación constructiva para adecuarla al estudio del derecho como una práctica social. Necesitaremos una distinción analítica entre las siguientes tres etapas de la interpretación, señalando cómo se necesitan distintos grados de consenso dentro de una comunidad para cada etapa si allí debe florecer una actitud interpretativa. En primer lugar, debe haber una etapa "preinterpretativa" donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica. (La etapa equivalente en la in-

terpretación literaria es aquella donde se identifican en forma textual novelas discretas, obras de teatro, etcétera: es decir, la etapa donde se identifica y distingue el texto de *Moby Dick* del texto de otras novelas.) Coloco la palabra "preinterpretativa" entre comillas porque hasta en esta etapa es necesaria alguna forma de interpretación. Las reglas sociales no llevan etiquetas de identificación. Sin embargo, se necesita un gran grado de consenso (tal vez una comunidad interpretativa está útilmente definida con el requerimiento de un consenso en esta etapa) si la actitud interpretativa será fructífera y por lo tanto, podemos abstraernos de esta etapa de nuestro análisis presuponiendo que las clasificaciones que produce son tratadas como una reflexión y una discusión diarias.

Segundo, debe haber una etapa interpretativa donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Esto consistirá en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. La justificación no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características de la práctica permanente, pero sí los suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando una nueva. (16) Por último, debe haber una etapa posinterpretativa o reformadora donde ajusta su sentido sobre qué necesita "en realidad" la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa. Un intérprete de cortesía, por ejemplo, puede llegar a pensar que una imposición consistente de la mejor justificación de esa práctica requeriría que la gente diera un golpecito al sombrero tanto ante los soldados que regresan de una guerra crucial como ante los nobles. O que necesita una nueva excepción a una norma establecida de deferencia: eximir de demostraciones de cortesía a los soldados que regresan de una guerra, por ejemplo. O tal vez que toda regla que estipule deferencia a todo un grupo, clase social o personas sea considerada un error a la luz de dicha justificación. (17)

La presente interpretación en mi sociedad imaginaria sería mucho menos deliberada y estructurada de lo que sugiere esta estructura analítica. Los juicios interpretativos de las personas serían más una cuestión de "ver" en forma inmediata las dimensiones de su práctica, un propósito u objetivo en dicha práctica y la consecuencia posinterpretativa de dicho propósito. Y este hecho de "ver" no sería más perspicaz que acceder a una interpretación entonces popular en algún grupo donde el intérprete adopte su punto de vista en forma más o menos automática. Sin embargo, se plantearán inevitables controversias, aun entre los contemporáneos, sobre las dimensiones exactas de la práctica que todos ellos interpretan, y éstas serán aun mayores en lo que se refiere a la mejor justificación de dicha práctica. En nuestra descripción preliminar sobre qué es la interpretación ya hemos definido varias maneras de estar en desacuerdo.

Ahora podemos revisar nuestra descripción analítica para componer un inventario del tipo de las convicciones, creencias o suposiciones que alguien necesita para interpretar algo. Necesita suposiciones o convicciones sobre qué es lo que cuenta como parte de la práctica para definir los datos sin elaborar de su interpretación en la etapa interpretativa; la actitud interpretativa no puede sobrevivir a menos que los miembros de la misma comunidad interpretativa compartan, por lo menos en forma somera, las mismas suposiciones sobre esto. El intérprete también necesita convicciones sobre la medida en que la justificación que propone en la etapa interpretativa debe adaptarse a las características per-

manentes de la práctica para que sea una interpretación de la misma en lugar de la invención de algo nuevo. ¿La mejor justificación de las prácticas de cortesía, que todos consideran principalmente, como una muestra de deferencia hacia los superiores en rango social, puede ser en realidad una que en la etapa reformadora no requiera ninguna distinción de rango social? ¿Sería ésta una reforma demasiado radical, sin que se adapte muy bien a una justificación como para ser considerada una interpretación? Una vez más, no puede haber muchas disparidades en las distintas convicciones de la gente sobre la adaptación; sólo la historia puede enseñarnos cuánta diferencia es demasiado. Por último, necesitaremos convicciones más positivas sobre qué tipos de justificación mostrarían la práctica en su mejor perspectiva, juicios sobre si los rangos sociales son deseables o deplorables, por ejemplo. Estas convicciones positivas deben ser independientes de las convicciones sobre la adaptación que acabamos de describir, de lo contrario, esta última no podría restringir la primera, y después de todo, el intérprete no podría distinguir la interpretación de la invención. Pero para que florezca la actitud interpretativa, como su sentido de límites preinterpretativos o incluso sus convicciones sobre el grado de adaptación necesario no necesitan ser tan compartidas dentro de su comunidad.

Los filósofos de cortesía

Identidad institucional

En el Capítulo I, revisamos teorías o filosofías clásicas de derecho y declaré que, interpretadas en la forma usual, estas teorías no son de gran ayuda porque se encuentran paralizadas por el aguijón semántico. Ahora podemos preguntar qué tipo de teorías filosóficas serían de utilidad para aquellas personas que adoptan la actitud interpretativa que he descrito con respecto a una tradición social. Supongan que nuestra comunidad de cortesía imaginaria hace alarde de un filósofo a quien se lo pide, en los días de la actitud interpretativa, que prepare una descripción filosófica de la cortesía. Le entregan las siguientes instrucciones: "No queremos sus propios puntos de vista sustantivos, que no representan un interés mayor que los de cualquier otra persona, sobre qué requiere en realidad la cortesía. Deseamos una teoría más conceptual sobre la naturaleza de la cortesía, sobre qué es la cortesía en virtud del significado mismo de la palabra. Su teoría debe ser neutral acerca de nuestras controversias diarias; debe proporcionar los antecedentes o reglas conceptuales que gobiernan estas controversias en lugar de tomar una posición." ¿Qué puede él hacer o decir en respuesta a ello? Se halla en posición similar a la del científico social antes mencionado, que debe abrazar las prácticas que describe. No puede ofrecer un conjunto de reglas semánticas para el uso correcto de la palabra "cortesía" como las reglas que podría ofrecer para el uso de "libro". No puede afirmar que quitarse el sombrero ante una dama es por definición un caso de cortesía, del mismo modo que podría decirse que *Moby Dick* es un libro por definición. O que enviar una nota de agradecimiento es un caso dudoso que puede bien ser considerado como un caso de cortesía o no, al igual que un gran panfleto puede o no ser consi-

derado un libro. Cualquier paso que diera en dicha dirección cruzaría de inmediato la línea que la comunidad trazó alrededor de su tarea; habría proporcionado su propia interpretación positiva y no un análisis neutral de antecedentes. Es como un hombre en el Polo Norte a quien le dicen que puede ir adonde quiera excepto hacia el Sur.

Se queja de su tarea y le dan nuevas instrucciones: "Por lo menos puede responder esta pregunta. Nuestras prácticas son ahora muy diferentes de lo que eran varias generaciones atrás, y diferentes también de las prácticas de cortesía de sociedades vecinas y distantes. Sin embargo, sabemos que nuestra práctica es del mismo tipo que aquellas. Por lo tanto, debe de haber alguna característica que todas estas prácticas diferentes tienen en común en virtud de que todas son versiones de la cortesía. Esta característica es sin duda neutral en la forma que queremos, dado que la comparten personas con ideas tan diferentes acerca de aquello que en realidad requiere la cortesía. Por favor, díganos cuál es." De hecho, puede responder a esta pregunta, aunque no en la forma que sugieren las instrucciones.

Su explicación acerca del sentido en que la cortesía sigue siendo la misma institución a través de su carrera de cambios y adaptaciones y a través de distintas comunidades con diferentes reglas, no apelará a ninguna "característica definitoria" común a todas las instancias o ejemplos de esa institución. (18) Por hipótesis, dicha característica no existe: la cortesía, en una etapa, es vista como una cuestión de respeto, y en otra, como algo muy diferente. Su explicación será histórica: la institución tiene la continuidad (para utilizar la familiar figura de Wittgenstein) de una soga compuesta por numerosas hebras ninguna de las cuales cubre todo el largo o el ancho de la misma. Es sólo un hecho histórico que la actual institución descienda, a través de adaptaciones interpretativas como las que hemos señalado, de otras anteriores y que las instituciones extranjeras desciendan de ejemplos similares anteriores. Los cambios de un período a otro, o las diferencias de una sociedad a otra pueden ser lo suficientemente grandes como para que se niegue dicha continuidad. ¿Qué cambios son lo bastante grandes como para cortar el hilo de la continuidad? Esta pregunta es en sí interpretativa y la respuesta dependería de por qué se plantea la pregunta sobre la continuidad. (19) No hay ninguna característica que cualquier etapa o instancia de la práctica deba tener, en virtud del significado de la palabra "cortesía", y la búsqueda de dicha característica sería otro ejemplo de la infección persistente del aguijón semántico.

Concepto y concepción

¿El filósofo puede ser menos negativo y más útil? ¿Puede proporcionar algo en el espíritu que desean sus clientes: una descripción de la cortesía que sea más conceptual y menos positiva que las teorías que ya poseen y utilizan? Quizás. Es posible que los debates corrientes sobre cortesía en la comunidad imaginaria tendrán la siguiente estructura de árbol. El público está de acuerdo sobre las proposiciones más generales y abstractas de cortesía, que conforman el tronco del árbol, pero disienten acerca de los refinamientos o subinterpretaciones más concretos de estas proposiciones abstractas, es decir, acerca de las ramas del árbol. Por ejemplo, en una etapa determinada del desarrollo de la práctica,

todos están de acuerdo en que la cortesía, descrita de la forma más abstracta, es una cuestión de respeto. Un grupo piensa que debería mostrarse respeto a las personas de un cierto rango o grupo en forma más o menos automática, mientras que el otro sostiene que cada persona en particular debe ganarse ese respeto. El primero de los dos grupos hace más subdivisiones sobre los rangos o grupos con derecho a ese respeto; el segundo hace subdivisiones sobre cuáles son los actos que merecen respeto. Y así sucesivamente en más subdivisiones de opinión.

En estas circunstancias, el tronco inicial del árbol (el lazo indiscutible entre cortesía y respeto) actuaría, tanto en el debate público como en discusiones privadas, como una especie de base donde se construyen nuevas ideas y discusiones. Por lo tanto, sería natural que las personas consideraran especial dicho lazo y en un sentido conceptual, como por ejemplo, que el respeto es parte del "significado mismo" de la cortesía. Ellos no se refieren a que cualquiera que niegue esto sea culpable de autocontradicción o que no sepa cómo utilizar la palabra "cortesía", sino a que aquello que esta persona diga lo deja fuera de la comunidad del discurso útil o al menos corriente sobre la institución. Nuestro filósofo servirá a su comunidad si puede revelar esta estructura y aislar esta conexión "conceptual" entre cortesía y respeto. Puede capturarlo en la siguiente proposición: que, para esta comunidad, el respeto proporciona el *concepto* de cortesía y que las distintas posiciones sobre lo que el respeto requiere en realidad son *concepciones* de dicho concepto. El contraste entre concepto y concepción es aquí un contraste entre niveles de abstracción en los que puede ser estudiada la interpretación de dicha práctica. En el primer nivel, el acuerdo se concentra alrededor de ideas discretas utilizadas indiscutiblemente en todas las interpretaciones; en el segundo, se identifica y asume la controversia latente en esta abstracción. La exposición de esta estructura puede ayudar a agudizar la discusión y, de cualquier forma, mejorará la comprensión de la comunidad de su medio intelectual.

La distinción entre concepto y concepción, entendida en este espíritu y realizada para estos propósitos, es muy diferente de la distinción más familiar entre el significado de una palabra y su extensión. Suponemos que nuestro filósofo ha logrado imponer una cierta estructura en la práctica de su comunidad en forma tal que las teorías positivas particulares pueden ser identificadas y entendidas como subinterpretaciones de una idea más abstracta. En cierta forma, su análisis, si tiene éxito, debe ser también indiscutible porque su reclamo (que el respeto proporciona el concepto de la cortesía) fracasa a menos que todos estuvieran de acuerdo en que la cortesía es una cuestión de respeto. Pero a pesar de ser indiscutible en este sentido, su reclamo es interpretativo y no semántico; no es un reclamo sobre reglas lingüísticas que todos deben seguir para lograr un sentido. Tampoco es un reclamo eterno: su validez depende de una norma de acuerdo y desacuerdo que podría desaparecer el día de mañana, tal como sucede en la historia que les relaté anteriormente. Y cualquiera puede desafiar su reclamo en cualquier momento; el desafiante parecerá excéntrico pero será muy bien comprendido. Su desafío marcará una profundización en el desacuerdo y no su superficialidad como en el caso de una persona que sostiene que *Moby Dick* no es un libro.

Paradigmas

Existe una tarea más (menos desafiante pero no por ello menos importante) que el filósofo podría realizar para sus constituyentes. En cada etapa histórica de desarrollo de la institución ciertos requisitos concretos de cortesía aparecerán, para casi todos, como paradigmas; es decir, como requisitos de cortesía. La regla de que los hombres se ponen de pie cuando una mujer entra en un lugar, por ejemplo, puede ser considerada un paradigma en una cierta temporada. El rol que jueguen estos paradigmas en el razonamiento y la discusión será aun más crucial que cualquier acuerdo abstracto sobre un concepto. Ello se debe a que los paradigmas serán considerados como ejemplos concretos que pueden adaptarse a cualquier interpretación plausible, y el argumento contra una interpretación tomará la forma —cada vez que sea posible— de demostrar que no logra incluir o justificar un caso de paradigma.

La relación entre la institución y los paradigmas de la época será tan íntima, en virtud de este rol especial, que podrá proporcionar otro tipo de cualidad conceptual. Una persona que rechace un paradigma parecerá estar cometiendo un error extraordinario. Pero una vez más, existe una diferencia importante entre estos paradigmas de verdad interpretativa y los casos en que, tal como sostienen los filósofos, un concepto es válido “por definición”, tal como la soltería lo es para los hombres no casados. Los paradigmas aseguran las interpretaciones, pero ningún paradigma está seguro del desafío de una nueva interpretación que explica mejor otros paradigmas y deja a aquél aislado como si fuera un error. En nuestra comunidad imaginaria, el paradigma del género podría haber sobrevivido a otras transformaciones durante un largo tiempo, sólo porque parecía fijado con tanta firmeza, hasta que se convirtió en un anacronismo no reconocido. Más adelante, un día las mujeres objetarían que los hombres se pusieran de pie ante ellas; podrían decir que ese acto es la descortesía más grande. El paradigma del ayer se convertiría en el chauvinismo del mañana.

Una digresión: la justicia

Las distinciones y el vocabulario presentados hasta el momento nos serán de utilidad cuando, en el siguiente capítulo, pasemos a analizar el derecho como concepto interpretativo. Sin embargo, vale la pena hacer una pausa para ver hasta dónde nuestra descripción de los conceptos interpretativos sustenta otras ideas políticas y morales, y en particular la idea de justicia. El duro cuadro de cómo funciona la lengua, el cuadro que nos hace vulnerables al aguijón semántico no se aplica en lo que se refiere a la justicia, al igual que a la cortesía. No seguimos criterios lingüísticos compartidos para decidir cuáles son los factores que hacen que una situación sea justa o injusta. Nuestras disputas más intensas sobre la justicia (sobre el impuesto a las ganancias, por ejemplo, o sobre programas de acción afirmativa) son acerca de las pruebas correctas para la justicia y no sobre si los factores satisfacen alguna prueba ya acordada en un caso particular. Un liberal piensa que el impuesto a las ganancias es injusto porque se

apoderan de los bienes sin el consentimiento de su dueño. De modo que si aplicáramos a la justicia el cuadro de desacuerdo que rechazamos para la cortesía, llegaríamos a la conclusión de que el liberal y el utilitarista no pueden alcanzar un acuerdo ni estar en desacuerdo sobre cualquier cuestión de justicia.

Eso sería un error porque la justicia es una institución que interpretamos. (20) Al igual que la cortesía, tiene una historia; cada uno de nosotros abraza dicha historia cuando aprendemos a tomar una actitud interpretativa hacia los pedidos, justificaciones y excusas que encontramos hacen otras personas en nombre de la justicia. Muy pocos de nosotros interpretamos conscientemente esta historia en la forma que imaginé que las personas de mi historia interpretaban la cortesía. Sin embargo, cada uno de nosotros (algunos en forma más reflexiva que otros) se forma un sentido de la justicia que no deja de ser una interpretación, e incluso, algunos revisamos de vez en cuando nuestra interpretación. Tal vez, la institución de la justicia comenzó tal como imaginé el comienzo de la cortesía: con reglas simples y directas sobre crimen, castigo y deuda. Pero la actitud interpretativa floreció en la época en que fue escrita la primera filosofía política y se ha desarrollado desde entonces. Las reinterpretaciones y las transformaciones progresivas han sido mucho más complejas que las descritas para el caso de la cortesía, pero cada una de ellas se basa en el reordenamiento de la práctica y la actitud lograda por esta última.

Los filósofos políticos pueden desempeñar los distintos roles que imaginé para el filósofo de cortesía. No pueden desarrollar teorías semánticas que proporcionan reglas para la "justicia" como las reglas que estudiamos para el caso de "libro". Sin embargo, pueden tratar de captar la base de donde surgen la mayor parte de las discusiones sobre justicia y describirlo en alguna proposición abstracta elegida para definir el "concepto" de justicia para su comunidad, de modo que los debates sobre justicia pueden ser entendidos como debates sobre la mejor concepción de ese concepto. Nuestros propios filósofos de justicia rara vez lo intentan, porque resulta difícil hallar una enunciación del concepto que sea a la vez lo suficientemente abstracta como para que no podamos discutirla y lo suficientemente concreta como para que sea de utilidad. Nuestras controversias sobre justicia son demasiado ricas, y ahora hay en este campo demasiados tipos de teorías diferentes. Supongan que un filósofo propone, por ejemplo, la siguiente enunciación del concepto: la justicia es diferente de otras virtudes políticas y morales porque es una cuestión de derecho, una cuestión sobre qué tienen derecho a esperar aquellos que se verán afectados por los actos de individuos o instituciones. Esto no parece ser de gran utilidad porque el concepto de derecho en sí está demasiado cerca del de justicia como para ser de gran ayuda y porque en cierta forma es demasiado discutible como para contar como conceptual en este caso, porque algunas teorías prominentes de justicia (la teoría marxista, si es que existe (21) e incluso el utilitarismo) la rechazarían a pesar de todo. Tal vez, no exista ninguna enunciación útil del concepto de justicia. De ser así, esto no pone en duda el sentido de los debates sobre justicia sino que testifica la imaginación de las personas tratando de ser justo.

De todas formas, tenemos algo más importante que una enunciación útil del concepto. Compartimos un sentido preinterpretativo de los límites desiguales de la práctica sobre la que nuestra imaginación debe estar entrenada. Usamos esto para distinguir concepciones de justicia que rechazamos, incluso de-

ploramos, a partir de posiciones que no consideraríamos concepciones de justicia aun si fueran presentadas bajo ese título. La ética liberal es, para muchos de nosotros, una teoría nada atractiva sobre la justicia. Pero la tesis de que el arte abstracto es injusto ni siquiera llega a no ser atractiva; es incomprensible como teoría sobre la justicia porque ninguna descripción preinterpretativa competente acerca de la práctica de la justicia abarca la crítica y lleva a la evaluación del arte. (22)

Los filósofos, o tal vez los sociólogos, de la justicia también pueden realizar un trabajo útil al identificar los paradigmas que desempeñan el rol que describí desempeñarían en los debates sobre cortesía y en los debates sobre justicia. Ahora nos resulta paradigmático que el castigo a personas inocentes sea injusto, que la esclavitud sea injusta, que robarle a los pobres para darle a los ricos sea injusto. La mayoría de nosotros rechazaría de lleno cualquier concepción que pareciera requerir o permitir el castigo al inocente. Es un argumento permanente en contra del utilitarismo y por lo tanto, no puede proporcionar una buena descripción o justificación de estos paradigmas centrales; los utilitaristas no ignoran esa acusación como si fuera irrelevante sino que por el contrario, utilizan una ingenuidad heroica para tratar de rebatirla. Algunas teorías de justicia discuten mucho aquello que sus contemporáneos consideran paradigmático; sin embargo, y esto no sólo explica por qué estas teorías (las de Nietzsche, por ejemplo, o las ideas aparentemente contradictorias de Marx sobre la justicia) han parecido radicales sino porque tal vez no han parecido teorías de justicia en lo absoluto. A pesar de ello, la mayoría de los filósofos de la justicia respetan y utilizan los paradigmas de su época. Su principal tarea no consiste en tratar de enunciar el concepto de justicia ni en volver a definir paradigmas sino en desarrollar y defender legítimas concepciones de justicia, teorías polémicas que van mucho más allá de los paradigmas para entrar en la política. El filósofo liberal se opone al impuesto a las ganancias y el filósofo igualitarista pide una mayor redistribución porque sus concepciones de justicia difieren. Son interpretativos pero están comprometidos y su valor para nosotros surge de dicho compromiso.

Escepticismo sobre la interpretación

Una objeción

Mi exposición acerca de la interpretación ha sido hasta el momento subjetiva en uno de los sentidos de esa problemática palabra. He descrito qué es para los intérpretes la interpretación creativa, qué debe pensar una persona para adoptar una interpretación y no otra. Pero la actitud interpretativa que describí, la actitud que según dije, asumen los intérpretes, parece más objetiva. Piensan que las interpretaciones que adoptan son mejores y no sólo diferentes, de aquellas que rechazan. ¿Tiene sentido esta actitud? Cuando dos personas disienten sobre la correcta interpretación de algo —un poema, una obra de teatro o una práctica social como la cortesía o la justicia— ¿puede una pensar que tiene razón y que todos los demás están equivocados? Debemos ser cuidadosos y distinguir esta pregunta de una diferente acerca de la complejidad de la interpreta-

ción. Parece dogmático, y por lo general es un error, suponer que una compleja obra de arte (*Hamlet*, por ejemplo) es “sobre” una cosa cualquiera y no otra, de modo que una sola producción de dicha obra sería correcta o precisa, mientras que cualquier otra que acentuara otro aspecto o dimensión sería incorrecta. Deseo hacer una pregunta acerca de la objeción y no acerca de la complejidad. ¿Puede un punto de vista interpretativo ser objetivamente mejor que otro cuando no son sólo diferentes y hacen resaltar aspectos diferentes y complementarios de un trabajo complejo, sino contradictorios, cuando el contenido de uno incluye el reclamo de que el otro es incorrecto?

La mayoría de las personas piensa que puede, que algunas interpretaciones son mejores que otras. Alguien que ha descubierto una nueva interpretación de *Paraiso perdido*, temblando con la emoción del descubrimiento, piensa que su nueva interpretación es correcta, que es mejor que la que ha dejado atrás y que aquellos que aún no la descubrieron han perdido algo genuino e importante, que no entienden el poema tal como es en realidad. Piensa que ha sido guiado por la verdad y no que ha elegido una interpretación para usar un día porque la ve como si fuera una corbata. Cree que tiene buenas, genuinas razones para aceptar su nueva interpretación y que los demás, que se aferran a la perspectiva anterior que ahora considera equivocada, tienen buenas, genuinas razones para cambiar de opinión. Sin embargo, algunos críticos literarios creen que todo esto es una gran confusión; sostienen que es un error pensar que una opinión interpretativa puede en realidad ser mejor que otra. (23) En el Capítulo 7, veremos que muchos eruditos legales sostienen lo mismo sobre las decisiones que toman los jueces en casos difíciles como el de nuestros ejemplos en el Capítulo 1: afirman que en los casos difíciles no puede haber una respuesta correcta sino respuestas diferentes.

Se podría pensar que gran parte de lo que dije acerca de la interpretación a lo largo de este capítulo apoya esta escéptica crítica del punto de vista correcto-incorrecto. He ofrecido esta caracterización general y muy abstracta de la interpretación: su objetivo es hacer que el objeto o práctica que se interpreta sea lo mejor posible. De modo que una interpretación de *Hamlet* trata de hacer del texto la mejor obra posible, y una interpretación de cortesía trata de hacer de las distintas prácticas de cortesía la mejor institución social que estas prácticas puedan ser. Esta caracterización de la interpretación parece hostil a cualquier reclamo de singularidad de significado, dado que insiste en que distintas personas, con gustos y valores diferentes, “verán” distintos significados gracias a esa razón en aquello que interpretan. Parece apoyar el escepticismo porque la idea de que pueda haber una respuesta “correcta” a las preguntas sobre el valor estético, moral o social, para muchos es más extraño que el hecho de que pueda haber una respuesta correcta a preguntas sobre significados de textos y prácticas. De modo que mi descripción abstracta acerca del objetivo más general de la interpretación podría también reforzar, para muchos lectores, la tesis escéptica de que suponer que las interpretaciones pueden ser correctas o incorrectas, verdaderas o falsas constituye un error filosófico.

Escepticismo interno y externo

En lo que resta de este capítulo medimos el alcance y la fuerza de este desa-

fio escéptico y comenzamos haciendo una distinción crucial: entre el escepticismo dentro de la empresa de la interpretación, como una posición positiva sobre la mejor interpretación de una práctica o de una obra de arte, y el escepticismo sobre y fuera de dicha empresa. Supongan que alguien dice que *Hamlet* se entiende mejor como pieza de teatro al explorar la oblicuidad, los artificios y la postergación; sostiene que la obra tiene una mayor integridad artística, que une mejor los temas lexicales, retóricos y narrativos si se la interpreta con estas ideas en mente. Un escéptico "interno" podría decir: "Se equivocan. *Hamlet* es una obra demasiado confusa y desordenada como para tener algún tema: es una mezcla incoherente." Un escéptico externo podría decir: "Estoy de acuerdo con usted. Yo también pienso que es la mejor interpretación de la obra. Por supuesto, que compartimos sólo una opinión: no podemos suponer que el hecho de que *Hamlet* trate sobre la postergación es un hecho objetivo que hemos descubierto escondido en la naturaleza de la realidad 'allí afuera' en un mundo trascendental y metafísico donde subsisten los significados de la obra".

Estos son distintos tipos de escepticismo. El escepticismo interno se dirige a la sustancia de los reclamos que desafía; insiste que es un completo error decir que *Hamlet* trata sobre la postergación y la ambigüedad, un error suponer que la obra es mejor si se la interpreta de ese modo. O de hecho, en cualquier otra forma particular. No porque un punto de vista de lo que hace que una obra sea mejor pueda ser "realmente correcto" sino porque un punto de vista es correcto: que una buena interpretación debe proporcionar el tipo de unidad que, según su opinión, ninguna de las interpretaciones de *Hamlet* pueden proporcionar. El escepticismo interno se basa en la solidez de una actitud interpretativa general que cuestiona todas las interpretaciones posibles de un objeto de interpretación en particular. Se puede ser escéptico en esta forma no sólo sobre una obra de teatro sino en forma más general, también sobre una empresa. Supongan que un ciudadano hace una encuesta acerca de las prácticas de cortesía que sus vecinos consideran valiosas y decide que esta suposición compartida es también un error compartido. Posee convicciones acerca de qué tipo de instituciones sociales pueden ser útiles o valiosas para una comunidad; concluye que las prácticas de la cortesía, raíz y rama, no sirven a ningún buen propósito o, peor aun, que sirven a un propósito maligno. De modo que condena por perversas todas las distintas interpretaciones que sus colegas construyen y defienden unos contra otros: su escepticismo interno es con respecto a la cortesía global. Una vez más, en vez de despreciarla se apoya en la idea de que algunas prácticas sociales son mejores que otras; se apoya en una actitud general sobre el valor social para condenar todas las interpretaciones de cortesía que ofrecen sus iguales. Asume que sus actitudes generales tienen solidez y que las contrarias están equivocadas.

El escepticismo interno y global de este tipo, si fuera posible aplicarlo al derecho y no sólo a la cortesía, amenazaría nuestra propia empresa. Pues deseamos desarrollar una descripción teórica, positiva, de los fundamentos del derecho, un programa de adjudicación que podamos recomendar a jueces y utilizarlo para criticar lo que hacen. De modo que no podemos ignorar la posibilidad de que un punto de vista globalmente escéptico sobre el valor de las instituciones legales es el punto de vista más poderoso y persuasivo; no podemos afirmar que

esta posibilidad es irrelevante para la teoría legal. Volveremos sobre este tema en el Capítulo 7. Nuestro actual interés se basa en la otra forma de escepticismo, el escepticismo externo.

El escepticismo externo es una teoría metafísica, no una posición interpretativa o moral. El escéptico externo no objeta ningún reclamo moral o interpretativo. No sostiene que es un error pensar que *Hamlet* trata sobre la postergación o que la cortesía es una cuestión de respeto, o que la esclavitud es algo erróneo. Su teoría es más bien una teoría de segundo nivel sobre la posición o clasificación filosófica de estos reclamos. Insiste en que no son descripciones que puedan ser probadas como en física: niega que los valores estéticos o morales sean parte de lo que denomina (en una de las exasperantes metáforas que parecen cruciales para cualquier enunciación de su punto de vista) la "fábrica" del universo. Su escepticismo es externo porque no está comprometido: sostiene que sus conclusiones no tocan la verdadera conducta de la interpretación. El escéptico externo tiene sus propias opiniones sobre *Hamlet* y la esclavitud y puede explicar sus razones por preferir estas opiniones a las que rechaza. Sólo insiste en que todas estas opiniones están proyectadas en la "realidad" y no que son descubiertas en ella.

Existe un antiguo y floreciente debate filosófico sobre si el escepticismo externo, en particular el escepticismo externo dirigido a la moralidad es una teoría significativa y si llega a serlo, si es correcta. (24) No entraré ahora en dicho debate, excepto para considerar si el escepticismo externo, si tiene solidez, condenaría de alguna manera la creencia que suelen tener los intérpretes: que una interpretación de un texto o práctica social puede ser mejor que otras, que puede haber una "respuesta correcta" para la pregunta sobre cuál es mejor cuando saber cuál es la respuesta correcta es polémico. (25) Ello depende de cómo estas creencias "objetivas" (como podríamos llamarlas) deben ser entendidas. Supongan que digo que la esclavitud es incorrecta. Hago una pausa y luego agrego una segunda declaración: digo que la esclavitud es "real" u "objetivamente" incorrecta, que esto no es sólo una cuestión de opinión, que sería verdad a pesar de que yo (o cualquier otro) pensara lo contrario, que da la "respuesta correcta" a la pregunta sobre si la esclavitud es incorrecta, que la respuesta contraria no es sólo diferente sino que es errónea. ¿Cuál es la relación entre mi opinión original que la esclavitud es incorrecta y estos distintos juicios "objetivos" que he agregado?

He aquí una sugerencia. El objetivo de las declaraciones objetivas que agregué es el de proporcionar un tipo de evidencia especial para mi opinión original o alguna justificación para influir sobre ella. Su objetivo es sugerir que puedo probar que la esclavitud es errónea del mismo modo que podría probar un enunciado en física, a través de argumentos de hecho o lógica que cualquier persona racional debe aceptar: demostrando que las vibraciones morales atmosféricas confirman mi opinión, por ejemplo, o que iguala un hecho metafísico. Si ésta fuera la forma correcta de entender mis reclamos objetivos, entonces éstos afirmarían lo que niega el escepticismo externo: que los juicios morales son descripciones de un reino moral, metafísico especial. Sin embargo, no es la forma correcta de entenderlos. Nadie que sostiene que la esclavitud es "realmente" incorrecta piensa que con ello ha dado, o incluso sugerido, un argumento de por qué lo es. ¿Cómo podrían las vibraciones o las entidades noumenas

proporcionar cualquier argumento para las convicciones morales?) El único tipo de evidencia que podría tener para mi punto de vista de que la esclavitud es incorrecta, el único tipo de justificativo que podría tener por guiarme por dicho punto de vista, es un argumento moral positivo del tipo que los reclamos "objetivos" ni siquiera aparentan proporcionar.

La verdadera conexión entre mi juicio original sobre la esclavitud y mis comentarios "objetivos" es muy diferente. Utilizamos el lenguaje de la objetividad, no para darle a nuestros corrientes reclamos interpretativos o morales una rara base metafísica, sino para repetirlos, tal vez de una manera más precisa, para enfatizar o calificar su contenido. Por ejemplo, utilizamos ese lenguaje para distinguir los verdaderos reclamos morales (o interpretativos, o estéticos) de meros informes de gustos. No creo (a pesar de que muchos sí lo hacen) que los sabores del helado tienen un genuino valor estético, de modo que sólo diría que prefiero el chocolate con pasas y rum y no (a pesar de que otros sí) que este gusto es "real" u "objetivamente" el mejor gusto. (26) También usamos el lenguaje de la objetividad para distinguir entre reclamos aplicables a personas con creencias, conexiones, intereses o necesidades particulares (tal vez sólo para el orador) y aquellos que abarcan en forma impersonal a cualquiera. Supongan que digo que debo dedicar mi vida a reducir la amenaza de una guerra nuclear. Tiene sentido preguntar si pienso que este deber es "objetivamente" válido para cualquiera o sólo para aquellos que, al igual que yo, sienten esta necesidad especial. He combinado estos dos usos del lenguaje objetivo en la conversación que acabo de imaginar con respecto a la esclavitud. Dije que la esclavitud era "realmente" algo erróneo y todo lo demás, para dejar bien en claro que mi opinión era un juicio moral y que pensaba que la esclavitud era incorrecta en todas partes no sólo en aquellas comunidades cuyas tradiciones la condenaban. De modo que si alguien dice que mi juicio es equivocado y nuestro desacuerdo es genuino, debe querer expresar la opinión de que la esclavitud no es incorrecta en todas partes, o tal vez que no es incorrecta en absoluto. Esa es una versión de escepticismo interno: sólo podría ser defendida por algún tipo de argumento moral, como por ejemplo, apelar a una forma de relativismo moral que sostiene que la verdadera moralidad consiste en seguir sólo las tradiciones de una comunidad.

Por lo tanto, no existe una diferencia significativa en la categoría o posición filosófica entre afirmar que la esclavitud es errónea y afirmar que hay una respuesta correcta a la esclavitud, es decir que es errónea. No puedo considerar la primera opinión como una opinión moral sin considerar también la segunda. Dado que el escepticismo externo no ofrece ninguna razón para retractar o modificar la primera, tampoco ofrece ninguna razón para retractar o modificar la segunda. Ambas son enunciaciones dentro de la empresa de moralidad más que sobre ella. Contrario a la forma global de escepticismo externo, el genuino escepticismo externo no puede amenazar cualquier proyecto interpretativo. A pesar de que creamos comprender y aceptar esa forma de escepticismo, ello no proporciona ninguna razón de por qué no deberíamos también pensar que la esclavitud es errónea, que el tema de *Hamlet* es la ambigüedad y que la cortesía ignora el rango, o lo que en definitiva es la misma cosa, que dada una de estas posiciones es mejor (o es "realmente" mejor) que sus rivales. Si fuéramos escepticos externos, en un momento de calma filosófica, alejados de las guerras

morales o interpretativas, podríamos adoptar un punto de vista escéptico externo de la postura filosófica de todas estas opiniones. Las clasificaríamos como proyecciones en lugar de descubrimientos. Pero no discriminaríamos entre ellas suponiendo que sólo las últimas eran erróneas. Me apresuro a agregar que el reconocimiento del punto crucial que he señalado (que las creencias "objetivas" que tiene la mayoría de nosotros son creencias morales y no metafísicas, que sólo repiten y califican otras creencias) de ninguna manera debilita dichas creencias o las hace afirmar algo menos o incluso diferente de aquello que se podría pensar que afirman. No podemos atribuirles ningún sentido, leales al rol que desempeñan en realidad en nuestras vidas, que no las convierte en reclamos morales. Si dicho punto le resta importancia a algo, es al escepticismo externo y no a nuestras convicciones.

¿Qué forma de escepticismo?

¿Cómo deberíamos entonces entender al escéptico que declara que no puede haber respuestas correctas en el campo de la moral o de la interpretación? Utiliza la retórica metafórica del escepticismo externo; sostiene que ataca el punto de vista que declara que los significados interpretativos están "allí afuera" en el universo o que las decisiones legales correctas se sitúan dentro de una "realidad trascendental". Utiliza argumentos familiares a los escépticos externos: sostiene que como las personas de culturas diferentes tienen opiniones diferentes sobre la belleza y la justicia, estas virtudes no pueden ser propiedades del mundo independientes de la actitud. Sin embargo, está convencido de que su ataque tiene la fuerza del escepticismo interno: insiste en que las personas que interpretan poemas o que deciden casos difíciles no deberían hablar o actuar como si un punto de vista pudiera ser correcto y otros erróneos. No puede tener ambas cosas a la vez.

Ataca nuestras creencias corrientes porque nos atribuye reclamos absurdos que no hacemos. No decimos (ni podemos entender a alguien que lo haga) que la interpretación es como la física o que los valores morales están "allí afuera" o que se los puede comprobar. Lo único que decimos, con distintos énfasis, es que el tema de *Hamlet* es la postergación y que la esclavitud es algo incorrecto. Las prácticas de interpretación y moralidad dan a estos reclamos todo el significado que necesitan o pueden tener. Si piensa que son errores (actuaciones pobres dentro de las prácticas propiamente dichas) necesita igualar nuestras razones y argumentos, nuestra descripción de nosotros mismos como participantes, con razones contrarias y argumentos propios. Por lo tanto, lo mejor para esta crítica es que veamos hasta dónde podemos reconstruir sus argumentos como argumentos pertenecientes al escepticismo interno. ¿Podemos entender que está acusándonos de errores morales más que metafísicos? Podría afirmar que: "Como las personas no están de acuerdo acerca de la injusticia del rango social, y como es posible que crean que el rango es injusto sólo si nacen en culturas de un cierto tipo, es injusto sostener que todos deben despreciar y renunciar al rango. Lo máximo que podríamos decir es que aquellos que lo creen injusto deberían despreciarlo y rechazarlo, o que aquellos que viven en comunidades con esa opinión deberían hacerlo." Ahora bien: "El hecho de que otras

personas, de culturas diferentes, rechazan nuestros puntos de vista morales de muestra que tenemos dichas opiniones debido a la educación moral que hemos recibido y eso crea dudas sobre dichos puntos de vista.” (27)

Estos son argumentos internamente escépticos porque asumen una posición general y abstracta: que los reclamos morales poseen una fuerza moral genuina sólo cuando provienen de las costumbres de una comunidad en particular, por ejemplo, o que las creencias morales son falsas a menos que puedan ser aceptadas en cualquier cultura, como base para rechazar reclamos morales más concretos. Los argumentos morales positivos como los que hemos hecho, y su atracción latente, podrían explicar por qué el escepticismo, disfrazado de escepticismo externo, ha sido tan popular en la interpretación y el derecho. Pueden parecerle que no son buenos argumentos una vez que abandonan el disfraz, pero sugiero que eso se debe a que creen que el escepticismo global interno sobre moralidad es improbable.

La metamorfosis que describo tiene su costo, porque los argumentos del escéptico, reconstruidos como argumentos de escepticismo interno, no pueden seguir siendo perentorios o *a priori*. Necesita argumentos que se parezcan a argumentos morales (o estéticos o interpretativos); si no, por lo menos, convicciones del tipo apropiado. No puede reservar su escepticismo para algún momento filosófico tranquilo y forzar sus propias opiniones sobre la moralidad de la esclavitud, por ejemplo, o la relación entre cortesía y respeto, cuando está fuera de servicio y actúa en la forma corriente. Ha abandonado su distinción entre las opiniones corrientes y las objetivas; si en realidad cree en la forma internamente escéptica, que ningún juicio moral es en verdad mejor que otro, no puede entonces agregar que en su opinión la esclavitud es injusta.

Conclusiones y programa

Concluyo esta larga sección con una disculpa y un consejo. Hemos subido una empinada ladera y luego, vuelto a bajar. No sabemos más acerca de interpretación, moralidad, cortesía, justicia o derecho que lo que sabíamos cuando comenzamos a considerar la objeción del escepticismo. Mi argumento ha sido por completo defensivo. Los escépticos reconocen un grave error en la actitud interpretativa tal como la he descrito; sostienen que es un error suponer que una interpretación de una práctica social, o de cualquier otra cosa, pueda ser correcta o incorrecta o mejor que otra. Si analizamos dicha queja sobre el modelo del escepticismo externo, entonces, por las razones que he dado, la queja es confusa. Si lo analizamos con mayor naturalidad, como parte del escepticismo global interno, entonces todo el debate aguarda ser hecho. Estamos en el mismo lugar que antes, sólo que ahora conocemos la posible amenaza de esta última forma de argumento, potencialmente muy dañina.

He subido la ladera y he vuelto a descenderla porque la objeción escéptica, considerada como la objeción del escepticismo externo, ejerce una fuerte influencia sobre los abogados. Sobre cualquier tesis acerca de la mejor descripción de la práctica legal en un departamento de derecho, dicen: “Esa es tu opinión”, lo que es verdad, aunque inútil. O preguntan: “¿Cómo lo sabes?” o “¿De dónde proviene ese reclamo?” pidiendo no un caso que puedan aceptar o rechazar sino una demostración metafísica que nadie que pueda comprender pueda resistir. Y

cuando se dan cuenta de que no encuentran ningún argumento que posea dicho poder, rezongan que la jurisprudencia es algo subjetivo. Luego, por último, regresan a su tejido (hacer-aceptar-combatir-rechazar) de argumentos en la forma usual, consultando, revisando y desplegando convicciones pertinentes para decidir cuál de las descripciones de la práctica legal proporciona la mejor justificación de dicha práctica. Mi consejo es directo: esta danza preliminar del escepticismo es tonta e inútil: no agrega ni sustrae nada al asunto entre manos. El único escepticismo que vale algo es el escepticismo interno, y éste debe ganarse con argumentos del mismo carácter rival que los argumentos a los que se opone, y no ser reclamado de antemano por alguna pretensión de una difícil metafísica empírica.

Debemos proseguir nuestro estudio de la interpretación y del derecho en dicho espíritu. Daré argumentos sobre aquello que hace que una interpretación sea mejor que otra y sobre cuál es la descripción sobre el derecho que proporciona la interpretación más satisfactoria sobre esa práctica tan compleja y crucial. Estos argumentos no serán (no pueden serlo) demostraciones. Invitan al desacuerdo, y a pesar de que no estará mal decir: “pero ésa es sólo su opinión”, tampoco servirá de mucho. Por lo tanto, después de reflexionar, debe preguntarse si ésa es también su opinión. Si lo es, pensará que mis argumentos y conclusiones son sólidos y que los demás, los conflictivos, están equivocados. Si piensa de otra manera, entonces será usted quien explique por qué no, y podrá igualar mis argumentos o convicciones con las suyas. Este ejercicio es de descubrimiento, por lo menos, en este sentido: al descubrir cuál es el punto de vista del soberano que importa, discutimos mejor los distintos tipos con la convicción de que cada uno de nosotros tiene y retiene sobre la mejor descripción de nuestras prácticas comunes.

3. Retorno a la jurisprudencia

Un nuevo cuadro

Hemos extraído el aguijón semántico y ya no necesitamos la caricatura de la práctica legal ofrecida en las teorías semánticas. Ahora podemos ver con mayor claridad y esto es lo que vemos. El derecho es un concepto interpretativo al igual que la cortesía en mi ejemplo imaginario. Por lo general, para los jueces es un deber continuar en lugar de descartar la práctica que han elegido. De modo que desarrollan, en respuesta a sus propias convicciones e instintos, teorías laborales sobre la mejor interpretación de sus responsabilidades bajo dicha práctica. Cuando disienten en lo que denomino la forma teórica, sus desacuerdos son interpretativos. Disienten, en gran parte o en detalles, acerca de la interpretación más sólida de algún aspecto pertinente de la práctica judicial; es así como el destino de Elmer dependerá de las convicciones interpretativas del panel particular de jueces que decidan su caso. Si un juez piensa que nunca debería atender las intenciones de los legisladores como consecuencia de la mejor interpretación de aquello que los jueces hacen por lo general sobre los estatutos, entonces podría decidir a favor de Elmer. Pero si, por el contrario, piensa que la mejor interpretación requiere que mire cuáles eran las intenciones, entonces es posible que falle a favor de Goneril y Regan. Si el caso de Elmer llega ante un juez que todavía no ha considerado la cuestión de la interpretación, ese juez tendrá que hacerlo entonces y hallará abogados en ambas partes deseosos de ayudarlo. Las interpretaciones luchan codo a codo con los litigantes ante el tribunal.

Las teorías interpretativas de cada juez se basan en sus propias convicciones sobre el "sentido" (al propósito justificador, el objetivo o principio) de la práctica legal como un todo y es inevitable que estas convicciones sean diferentes, por lo menos en detalle, de las de otros jueces. Sin embargo, una variedad de fuerzas mitiga estas diferencias y conspira hacia la convergencia. Toda comunidad posee paradigmas de derecho, proposiciones que en la práctica no pueden objetarse sin sugerir corrupción o ignorancia. Cualquier juez norteamericano o inglés que negara que las reglamentaciones rápidas eran parte de la ley, sería reemplazado, y este hecho desalienta las interpretaciones radicales. Sin embargo, las influencias más poderosas hacia la convergencia son internas al carácter interpretativo. La práctica del precedente, que ningún juez que haga una interpretación puede ignorar, ejerce una presión para llegar a un acuerdo; las teorías de cada juez acerca de lo que es la práctica se incorporarán por referencia a través de cualquier descripción y reestructuración de precedente en la que se apoye, as-

pectos de otras interpretaciones populares de la época. Los jueces piensan en el derecho pero dentro de la sociedad y no fuera de ella; el medio intelectual general, así como también el lenguaje corriente que refleja y protege dicho medio, ejerce restricciones prácticas sobre la idiosincrasia y restricciones conceptuales sobre la imaginación. El conservatismo inevitable de la educación legal formal y del proceso de seleccionar abogados como funcionarios judiciales y administrativos agrega una mayor presión centripeta. Sería un error ignorar estos distintos factores unificadores y socializadores, pero más insidioso y peligroso aun sería exagerar su poder. La dinámica de la interpretación se resiste al mismo tiempo que promueve la convergencia, y las fuerzas centrífugas poseen una fuerza particular allí donde la comunidad profesional se separa del resto sobre la cuestión de la justicia. Distintos jueces pertenecen a tradiciones políticas rivales y diferentes, y el filo cortante de las interpretaciones de los distintos jueces será afilado por distintas ideologías. Eso tampoco es deplorable. Por el contrario, el derecho gana en poder cuando es sensible a las fricciones y tensiones de sus fuentes intelectuales. El derecho fracasaría si las distintas teorías interpretativas en juego en la Corte y en el aula divergieran demasiado en cualquier generación. Tal vez, un sentido compartido de ese peligro proporciona una razón más de por qué no lo hacen. Pero el derecho se estancaría y fracasaría en una forma diferente si cayera en el tradicionalismo único que imaginé como el destino final de la cortesía.

Podemos estudiar con mayor detenimiento nuestra cultura legal y notaremos cómo se desarrolla y cómo cambia su carácter general a través del tiempo. Ciertas soluciones interpretativas, incluyendo los puntos de vista sobre la naturaleza y la fuerza de la legislación y del precedente, son muy populares durante una época, y su popularidad, ayudada por la inercia intelectual normal, alienta a los jueces para que las adopten para todo propósito práctico. Son los paradigmas y los cuasi-paradigmas de su época. Pero al mismo tiempo, otras cuestiones tal vez de importancia similar, son tema de debate y controversia. Tal vez, durante décadas, ningún juez objeta (ni piensa en objetar) la doctrina de que las intenciones de ciertos legisladores en particular son irrelevantes en la asignación de significado a un estatuto que han sancionado. Todos están de acuerdo en que su significado debe ser determinado por las palabras del estatuto únicamente, y que debe ignorar cualquier indicación de que el propósito de los legisladores no era el de las palabras. Pero durante este mismo período podría ser polémico el hecho de si se deben entender las palabras del estatuto fuera de contexto, como podría ser el caso de comprenderlas sin saber nada acerca de la situación a la que hace referencia el estatuto o, en el caso contrario, dentro de contexto, tal como las entendería la mayoría de la gente en dicha situación. Tal vez, durante décadas, nadie ha dudado de que la Corte puede condenar a personas que se han comportado maliciosamente según la moralidad popular de la comunidad, se hayan o no declarado dichos actos como criminales según la legislatura. Sin embargo, en esos mismos años podría existir un gran desacuerdo sobre si las cortes pueden sancionar un impuesto a la riqueza adoptado después de que se ha acumulado la riqueza que se verá afectada por dicho impuesto. Esta norma de acuerdo y desacuerdo es temporaria. De repente, lo que parecía inobjetable es objetado, se desarrolla una interpretación nueva o incluso radical de una parte importante de la práctica legal en la cámara de alguien o en algún

estudio; luego, esta interpretación se ve favorecida dentro de una minoría “progresiva”. Los paradigmas se rompen y surgen nuevos paradigmas. Estos son los distintos elementos de nuestro cuadro de adjudicación en una parte representativa de la población y a través del tiempo. El antiguo cuadro del punto de vista evidente del Capítulo 1 nos decía que no tomáramos al pie de la letra las opiniones que escriben los jueces en los casos difíciles. Este nuevo cuadro tiene la ventaja de permitirnos creer, una vez más, en lo que dicen los jueces.

Conceptos y concepciones del derecho

Los filósofos del derecho se hallan en la misma situación que los filósofos de la justicia y el filósofo de la cortesía que imaginamos. No pueden producir teorías semánticas útiles de derecho. No pueden exponer criterios comunes o las reglas que siguen los abogados para colocar etiquetas legales a los hechos, porque dichas reglas no existen. Las teorías generales de derecho, al igual que las teorías legales de cortesía y de justicia, deben ser abstractas porque su objetivo es interpretar el objetivo principal y la estructura de la práctica legal, y no una parte en particular o uno de sus departamentos. Son interpretaciones constructivas debido a su grado de abstracción: tratan de mostrar la práctica legal en su mejor aspecto, para lograr el equilibrio entre la práctica legal tal como ellos la encuentran y la mejor justificación de dicha práctica. De modo que ninguna línea firme divide la jurisprudencia de la adjudicación o de cualquier otro aspecto de la práctica legal. Los filósofos del derecho discuten sobre la parte general, el fundamento interpretativo que cualquier argumento legal debe tener. Podemos voltear esa moneda. Cualquier debate legal práctico, sin importar lo detallado y limitado que sea, asume el tipo de fundamento abstracto que ofrece la jurisprudencia y cuando compiten fundamentos rivales, el argumento legal asume uno de ellos y rechaza los otros. Es así como la opinión de cualquier juez es en sí una filosofía del derecho, aun cuando esa filosofía se encuentre escondida y el argumento visible esté dominado por citas y listas de hechos. La jurisprudencia es la parte general de la adjudicación, prólogo silencioso a cualquier decisión de derecho.

El derecho no puede florecer como una empresa interpretativa en cualquier comunidad a menos que exista un acuerdo inicial suficiente sobre cuáles son las prácticas legales de modo que los abogados discuten sobre la mejor interpretación de lo que, a grandes rasgos, es la misma idea. Ese es un requisito práctico de cualquier empresa interpretativa: sería inútil que dos críticos discutieran sobre la mejor interpretación de un poema si uno tiene en mente el texto de *“Sailing to Byzantium”* y el otro, el de *“Mathilda Who Told Lies”*. No me refiero a que todos los abogados de todas partes deban siempre estar de acuerdo sobre cuáles son exactamente las prácticas que deben contar como prácticas legales sino a que los abogados de cualquier cultura donde triunfe la actitud interpretativa deben estar de acuerdo en la misma época, sea cual fuere. Todos entramos en la historia de una práctica interpretativa en un punto en particular; el acuerdo preinterpretativo necesario es en cierta forma contingente y local.

De hecho, no tenemos ninguna dificultad en identificar en forma colectiva las prácticas que cuentan como prácticas legales en nuestra propia cultura. Poseemos legislaturas, cortes, agencias y cuerpos administrativos y las decisiones que toman estas instituciones son registradas en forma canónica. En los Estados Unidos tenemos también la Constitución. Cada uno de los abogados ha abrazado la práctica del derecho con esa estructura y compartiendo el hecho de saber que todas estas instituciones juntas forman nuestro sistema legal. Sería un error (otra infección provocada por el aguijón semántico) pensar que identificamos estas instituciones a través de una definición compartida y satisfactoria desde el punto de vista legal de aquello que necesariamente es un sistema legal y cuáles son las instituciones que necesariamente lo conforman. (1) Nuestra cultura nos presenta instituciones legales con la idea de que forman un sistema. La pregunta de cuáles son sus características, en virtud de cuáles se combinan en un sistema legal bien definido, es parte del problema interpretativo. Es parte del proceso incierto y polémico de asignar un significado a lo que encontramos y no un significado ya estipulado de la estructura preinterpretativa.

Tenemos también paradigmas legales, propuestas de ley como el código de tránsito que consideramos verdadero; una interpretación que niega esto sería, por esa razón, muy sospechosa. Estos paradigmas dan forma y benefician los debates interpretativos sobre derecho. Hacen posible una forma de argumento común: tratar de probar o turbar una interpretación confrontándola con un paradigma que no puede explicar. Pero los paradigmas ya no son verdaderos "por definición" en derecho, como tampoco lo son en la cortesía y la justicia. Una persona que niega que el código de tránsito es una ley no se contradice, ni tampoco habla de algo que no entiende. (2) Lo comprendemos demasiado bien, y no es inconcebible (a pesar de ser poco probable) el hecho de que podrá defender su posición a través de una reinterpretación radical de la práctica legal que por otra parte es tan atractiva que nos convence a que abandonemos lo que anteriormente era un paradigma cardinal. No podemos estar seguros de que sus opiniones son las tonterías que suponemos sin escucharlo y descubrir si no compartimos su opinión. Si nos convencemos de que su punto de vista no sólo está equivocado sino que su equivoco es fundamental, que su interpretación radical ha perdido un sentido importante que cualquier buena interpretación debe reconocer, nos bastará con decir que sus opiniones son absurdas. No necesitamos agregar el cargo más dramático, aunque equivocado, que alienta el aguijón semántico: que su error es verbal o conceptual.

Consideraremos que está muy equivocado, aunque no en una forma diferente de otros reclamos que rechazamos pero que creemos menos ridículos.

Un filósofo del derecho comienza entonces su trabajo disfrutando de una identificación preinterpretativa nada polémica del terreno del derecho, y con paradigmas provisorios que apoyen su argumento y comprometan a los competidores en la forma habitual. Pero ahora surge la cuestión de si él y sus competidores deben también estar de acuerdo con lo que denominé —al discutir cortesía y justicia— una declaración del concepto central de su institución que les permitirá ver sus argumentos con una cierta estructura, como argumentos sobre concepciones rivales de dicho concepto. Una declaración conceptual de este tipo sería útil de varias maneras. Así como entendimos la práctica de la cortesía mejor en un período de su carrera, al encontrar un acuerdo general sobre

la proposición abstracta de que la cortesía es una cuestión de respeto, podríamos entender mejor el derecho si halláramos una descripción abstracta similar al sentido del derecho que acepta la mayoría de los teóricos legales, de modo que sus argumentos se desarrollan sobre la base que proporciona.

Ni la jurisprudencia ni mis propios argumentos que aparecen más adelante dependen del hallazgo de una descripción abstracta de ese tipo. La filosofía política tiene éxito, tal como dije, a pesar de nuestras dificultades para hallar una declaración adecuada del concepto de justicia. Sin embargo, sugiero lo siguiente como una descripción abstracta que organiza otras discusiones sobre el carácter del derecho. Los gobiernos tienen objetivos; y es hacer que las naciones que gobiernan sean prósperas, religiosas, poderosas o eminentes; también desean permanecer en el poder. Utilizan la fuerza colectiva que monopolizan para éste y otros fines. Sugiero que nuestras discusiones sobre derecho asuman que el sentido más abstracto y fundamental de la práctica legal es guiar y restringir el poder del gobierno de la siguiente manera. La ley insiste en que no se utilice la fuerza sin importar lo útil que sería para los fines en vista, sin importar lo nobles o beneficiosos que sean estos fines, excepto cuando lo permiten o requieren los derechos y responsabilidades individuales provenientes de decisiones políticas anteriores sobre cuándo se justifica la fuerza colectiva.

Sobre esta base, la ley de una comunidad es el esquema de derechos y responsabilidades que responden a esa compleja norma: permiten la coerción porque provienen de decisiones anteriores correctas. Por lo tanto, son derechos y responsabilidades "legales". Esta caracterización del concepto de derecho establece lo que a veces se denomina "regla" del derecho. Es compatible con muchos reclamos opuestos sobre cuáles son los derechos y responsabilidades más allá de los paradigmas de la época, que provienen de correctas decisiones políticas anteriores y que por esa razón permiten o requieren una imposición coercitiva. Por lo tanto, parece bastante abstracto y natural proporcionar, al menos en forma provisoria, la estructura que buscamos. Sin duda alguna, existen excepciones a este reclamo, teorías que objetan en lugar de elaborar la relación que suponen entre el derecho y la justificación de coerción. Aunque no tantas como podría parecer a primera vista. (3)

Las concepciones de derecho mejoran la interpretación inicial, indiscutible, que según mi sugerencia, proporciona nuestro concepto de derecho. Cada concepción provee las respuestas relacionadas a las tres preguntas que plantea dicho concepto. Primero, ¿se justifica la supuesta relación entre derecho y coerción? ¿Tiene sentido exigir que se utilice la fuerza pública sólo en las formas que estén de acuerdo con los derechos y responsabilidades que "provienen" de decisiones políticas del pasado? Segundo, ¿si dicho sentido existe, cuál es? Tercero, ¿qué interpretación de la palabra "provienen" (qué noción de consistencia con decisiones anteriores) es la mejor? La respuesta que da una concepción a esta tercera pregunta determina los derechos y responsabilidades legales concretos que reconoce.

En los siguientes capítulos estudiaremos tres concepciones rivales de derecho, tres interpretaciones abstractas de nuestra práctica legal que deliberadamente he construido sobre este modelo como respuestas a este grupo de preguntas. Estas concepciones son nuevas en un sentido: su objetivo no es igualar en forma precisa las "escuelas" de jurisprudencia que describí en el Capítulo 1, y

tal vez ningún filósofo del derecho defendería ninguna de las dos primeras tal como las describo. Pero cada una de ellas capta temas e ideas prominentes en esa literatura, ahora organizada como reclamos interpretativos en lugar de semánticos y la discusión entre ellos es más esclarecedora que las trilladas batallas de los textos. A estas tres concepciones las denominaré: "convencionalismo", "pragmatismo legal" y "derecho como integridad". La primera de las tres, a pesar de que al principio parece reflejar el entendimiento del derecho del ciudadano corriente, es la más débil; la segunda, la más poderosa y sólo puede ser vencida cuando nuestro campo de batalla incluye la filosofía política. Y la tercera, teniendo todo en cuenta, es la mejor interpretación de aquello que hacen y parte de lo que dicen abogados, profesores de derecho y jueces.

El convencionalismo proporciona una respuesta afirmativa a la primera pregunta planteada por nuestra descripción "conceptual" del derecho. Acepta la idea de la ley y de los derechos legales. En respuesta a la segunda pregunta, sostiene que el sentido de la restricción del derecho, nuestra razón para requerir que se utilice dicha fuerza en formas que sólo estén de acuerdo con decisiones políticas del pasado, está agotado por el aspecto predecible y por la equidad procesal que proporciona esta restricción, a pesar de que, tal como lo veremos más adelante, los convencionalistas están divididos respecto de la relación exacta entre el derecho y estas virtudes. En respuesta a la tercera pregunta, propone una descripción bastante restringida de la forma de coherencia que deberíamos requerir acerca de decisiones anteriores: sólo surge un derecho o responsabilidad de decisiones anteriores si está explícitamente en ellas o puede hacerse explícita a través de métodos o técnicas que la profesión legal acepta de manera convencional como un todo. La moralidad política, según el convencionalismo, ya no requiere que se respete el pasado, de modo que cuando se acaba la fuerza de la convención los jueces deben hallar un fundamento que mire hacia adelante para llegar a una decisión.

Desde el punto de vista de mi sugerencia conceptual, el pragmatismo legal es una concepción escéptica del derecho. Responde a la primera pregunta que situé en lo negativo: niega que una comunidad asegure cualquier beneficio genuino al requerir que las decisiones de los jueces sean verificadas por el derecho de cualquier litigante con respecto a otras decisiones políticas anteriores. Ofrece una muy distinta interpretación de nuestra práctica legal: que los jueces toman y deben tomar cualquier decisión que consideren apropiada para el futuro de una comunidad, sin contar cualquier forma de coherencia con el pasado como valiosa por sí misma. De modo que los pragmáticos, estrictamente hablando, rechazan la idea de la ley y el derecho legal desarrollada en mi descripción sobre el concepto de derecho, (4) a pesar de que, tal como lo veremos más adelante, insisten en que las razones de estrategia exigen a veces que los jueces actúen "como si" las personas tuvieran algunos derechos legales.

Al igual que el convencionalismo, el derecho como integridad acepta la ley y los derechos legales con sinceridad. Sin embargo, responde a la segunda pregunta en una forma muy distinta. Supone que las restricciones del derecho benefician a la sociedad no sólo proporcionando el hecho de que sea predecible o una equidad procesal, o cualquier otra forma instrumental, sino asegurando un tipo de igualdad entre los ciudadanos que hace más genuina su comunidad y mejora su justificación moral para ejercitar su poder político. La respuesta de la

integridad a la tercera pregunta (su descripción acerca de su coherencia con respecto a decisiones políticas anteriores que requiere el derecho) es diferente de la respuesta que da el convencionalismo.

Sostiene que los derechos y responsabilidades provienen de decisiones anteriores y por lo tanto tienen valor legal, no sólo cuando están explícitas en estas decisiones sino también cuando provienen de principios de moralidad personal y política que las decisiones explícitas presuponen a través de la justificación. Estas son sólo descripciones muy esquemáticas de las tres concepciones generales del derecho que estudiaremos. Pronto conocerán su carne y ropa de batalla.

El derecho y la ética

La prueba principal de mi sugerencia, que sostiene que los debates sobre la teoría legal se entienden mejor como debates acerca del grado y la forma en que las decisiones políticas del pasado proporcionan una condición necesaria para el uso de la coerción pública, se encontrará más adelante, cuando elaboremos y comparemos las tres concepciones de derecho que acabamos de describir. Sin embargo, ahora podríamos notar la manera en que esta sugerencia nos ayuda a volver a formular algunos enigmas clásicos de jurisprudencia en una forma más clarificativa que revele cuestiones importantes que los textos clásicos suelen oscurecer. Si nuestra comunidad acepta entonces la idea abstracta "conceptual" de que los derechos legales son aquellos que provienen de las decisiones políticas tomadas en el pasado, según la mejor interpretación acerca del significado de las mismas, esto ayuda a explicar la compleja relación que existe entre el derecho y otros fenómenos sociales. ¿En qué se diferencia el derecho de una comunidad de su moralidad popular o valores tradicionales? ¿En qué se diferencia de aquello que la verdadera justicia requiere de cualquier Estado, sin importar sus convicciones o tradiciones populares? Nuestra descripción conceptual proporciona esta breve respuesta para ambas preguntas: es diferente de cada una porque su contenido puede depender de la otra.

Debo explicar este postulado críptico. Supongan que identificamos como "moralidad popular" de una comunidad el grupo de opiniones sobre justicia y otras virtudes personales y políticas que la mayoría de los miembros de dicha comunidad o tal vez una élite moral dentro de la misma considera una cuestión de convicción personal. Y supongan que identificamos sus "tradiciones morales" como su moralidad popular dentro de un período histórico que incluye el presente. (5) La distinción entre estas ideas y el derecho de una comunidad es bastante clara. La ley pertenece a la comunidad y no sólo en forma pasiva, porque sus miembros poseen ciertas ideas acerca de lo que es correcto e incorrecto, porque sus funcionarios han tomado decisiones que comprometen a dicha comunidad con los derechos y deberes que conforman la ley. Sin embargo, una particular concepción del derecho puede hacer que la pregunta acerca de cuáles son los deberes y derechos, provenientes de decisiones políticas anteriores, dependa en cierta forma de la moralidad popular así como también del contenido

explícito de estas decisiones. O bien puede negar que exista dicha relación. El concepto de derecho, entendido tal como lo he sugerido, es neutral entre (por ser más abstracto que) estas explicaciones opuestas acerca de la relación entre las opiniones reinantes en una comunidad y sus compromisos legales.

La ley es también diferente de la justicia. La justicia es una cuestión acerca de cuál es la mejor teoría o la más correcta sobre los derechos políticos y morales, y la concepción de cualquier persona acerca de la justicia es su teoría, impuesta por sus propias convicciones personales, acerca de lo que estos derechos son en realidad. La ley es una cuestión de cuáles son los supuestos derechos que proveen una justificación para utilizar o contener la fuerza colectiva del Estado debido a estar incluidos o implicados en decisiones políticas tomadas en el pasado. Sin embargo, esta manifestación sobre la diferencia es neutral entre las distintas teorías sobre el rol que las convicciones personales sobre la justicia debería jugar en la formación de sus convicciones sobre el derecho. El concepto permite, como concepciones disponibles, teorías que insisten en que cuando el contenido de una decisión política es en cierta forma poco claro, la justicia juega un papel al decidir cuáles son los derechos legales que surgen en realidad de dicha decisión. El concepto permite concepciones reminiscentes de algunas de las teorías que en el Capítulo 1 denominé teorías de derecho natural, a pesar de que bajo nuestro nuevo cuadro, éstas no son teorías semánticas sino interpretaciones generales acerca de la práctica legal. También permite oponer concepciones que rechazan la sugerencia de esta influencia de la justicia sobre el derecho para recordarnos el positivismo legal. Y también permite las concepciones escépticas como el pragmatismo legal, que insiste en que la ley, concebida como una cuestión de derechos sobre aquello que exigiría una justicia progresiva, es vacía.

De modo que la suposición acerca de que el sentido más general del derecho, si es que tiene uno, es establecer una relación justificada entre decisiones políticas del pasado y la coerción actual, muestra el antiguo debate sobre el derecho y la ética bajo una nueva luz. En los textos de jurisprudencia, ese debate aparece como una lucha entre dos teorías semánticas: el positivismo, que insiste en que el derecho y la ética están hechos por reglas semánticas distintas que todos aceptan para utilizar el "derecho", y el derecho natural, que por el contrario, insiste en que están unidos por estas reglas semánticas. De hecho, el antiguo debate sólo tiene sentido si se lo considera como una lucha entre distintas teorías políticas, una lucha sobre el grado en que el supuesto sentido del derecho requiere o permite que los puntos de vista de ciudadanos y funcionarios acerca de la justicia figuren en sus opiniones acerca de cuáles son los derechos legales creados por decisiones políticas del pasado. La discusión no es conceptual en nuestro sentido, sino parte del debate interpretativo entre concepciones de derecho rivales.

Anatomía de una concepción

La supuesta relación entre derecho y coerción es también una guía útil para la estructura o anatomía posible de las concepciones de derecho no-escépti-

cas como el convencionalismo y el derecho como integridad. Cada una de esas concepciones desarrollará, como idea organizadora, una descripción de la forma en que las prácticas legales que definen las decisiones políticas del pasado contribuyen a la justificación de la fuerza colectiva coercitiva. Ya sabemos de qué prácticas se trata. La legislación (la práctica de reconocer como ley las decisiones explícitas de cuerpos especiales a los que se les reconoce dicho poder) es una parte prominente de nuestro paisaje legal y ninguna concepción puede ignorarla. De modo que cualquier concepción competente debe incluir una respuesta a la pregunta de por qué, como una cuestión de moralidad política, las decisiones del pasado de las instituciones legislativas deberían poseer el poder justificativo que la concepción les otorga. El precedente posee también un lugar prominente en nuestras prácticas: las decisiones del pasado de las cortes cuentan como fuentes de derechos legales. De modo que cualquier concepción competente debe proporcionar una respuesta a la pregunta de por qué una decisión judicial del pasado debe por sí proporcionar una razón para un uso similar de poder estatal a diferentes funcionarios en el futuro.

Ninguna concepción necesita justificar todas las características de las prácticas políticas que ofrece interpretar: al igual que cualquier interpretación, puede condenar algunos de sus datos como error, como inconsistente, con la justificación que ofrece para el resto, y tal vez proponer que se abandone ese error en lo que en el Capítulo 2 denominé su etapa posinterpretativa. Una concepción de derecho debería tratar de demostrar, por ejemplo, que la explicación de legislación que provee la mejor justificación de dicha institución, requiere, contrariamente a la práctica que prevalece en la actualidad, que los estatutos antiguos y pasados de moda ya no sean considerados ley. Las concepciones del derecho serán polémicas por diferir de esta forma en sus descripciones posinterpretativas de la práctica legal, en su opinión sobre la forma correcta de expandir o extender la práctica en zonas actualmente disputadas o no cultivadas. Estos polémicos reclamos posinterpretativos son el filo de una concepción de derecho y ésa es la razón por la cual los casos difíciles como los citados en nuestros ejemplos proporcionan el mejor teatro para desplegar su poder.

He aquí algunas de las cuestiones polémicas en nuestra propia práctica que debe tratar una concepción de derecho desarrollada en su etapa posinterpretativa. Dada la interpretación general de base, que ofrece la concepción acerca de los principales puntos de la legislación y el precedente, ¿qué debe hacerse cuando el texto de un estatuto no es claro? ¿Qué es decisivo: el significado "sencillo" o "literal" de las palabras utilizadas para registrar la decisión o las intenciones o propósitos de los funcionarios que tomaron dicha decisión? ¿Qué quiere decir significado "literal"? ¿Qué significan "intención" y "propósito" en este contexto? ¿Qué sentido podemos extraer de un propósito o intención colectiva? ¿El contenido de una decisión legislativa o judicial va más allá de las intenciones concretas de sus autores, para abarcar cuestiones análogas o relacionadas de alguna forma? ¿Las decisiones judiciales o legislativas pueden hacerse por implicación, es decir, según la lógica interna de decisiones más limitadas que estos funcionarios tenían en mente? Supongan que los legisladores decidieron hace mucho tiempo que aquellas personas que guían los carruajes sin cuidado deben compensar a aquellas que atropellan. ¿Esta decisión incluía ya la futura decisión de que las personas que conducen sin cuidado tienen las mismas obligaciones?

¿Esto depende del tipo de funcionario que haya tomado la decisión en cuestión y del tipo de contexto? Tal vez una decisión legislativa debería ser entendida con mayor precisión, de modo tal que se necesita una nueva legislación para que la regla abarque los automóviles, pero si un juez ha establecido la regla con respecto a los carruajes, debería extenderse a los automóviles en forma automática, por lo menos si cada argumento a favor de su decisión inicial se aplica también a los automóviles. ¿La razón de por qué las decisiones legislativas y judiciales proporcionan licencias válidas para la coerción estatal se traspasa a las diferentes formas de decisiones comunales? ¿Las reglas o principios que abarca la moralidad convencional de la comunidad en el sentido sociológico reductivo que he descrito antes pueden contarse como decisiones políticas? Si casi todos piensan, como convicción personal, que no se debería permitir que los asesinos hereden, ¿se deduce de ello que, esto junto con las decisiones de una legislatura competente y las decisiones judiciales del pasado, justifica el hecho de que el Estado le niegue a Elmer su herencia?

Esto es sólo el comienzo de la larga lista de preguntas que consideraría una interpretación satisfactoria de nuestra propia práctica legal. Cada pregunta origina muchas otras, y una interpretación de este tipo es necesariamente abierta e incompleta. También debe ser internamente compleja y de referencia cruzada. Las distintas preguntas de la lista, y la vasta variedad de preguntas que sustituyen, deben ser respondidas todas juntas, en una teoría compleja a pesar de ser incompleta, si dichas respuestas deben ser coherentes o tener algún sentido. Cada una de las partes dependerá en cierta medida del resto porque estarán entrelazadas por una visión unificadora de la relación entre práctica legal y justificación política. De modo que cualquier concepción general debe tener también relaciones externas con otras partes o departamentos de moralidad política y, a través de éstos, con convicciones ideológicas más generales e incluso metafísicas. No quiero decir que cualquier abogado o filósofo que adopta una concepción general del derecho ya tendrá desarrollado un punto de vista explícito y articulado sobre el sentido del derecho, o las importantes preguntas sobre personalidad, vida y comunidad sobre las que se basa dicho punto de vista. Sólo me refiero a que su concepción del derecho, en cuanto a que la ha desarrollado, revelará una actitud hacia estos tópicos se dé cuenta o no cuenta de ello.

Concepciones escépticas y derecho perverso

¿Los nazis tenían derecho?

He dicho que el pragmatismo legal es una concepción escéptica del derecho porque rechaza la suposición de que las decisiones del pasado proveen los derechos para otras futuras. Algunos filósofos del derecho, cuyas opiniones se asemejan bastante a dicha concepción, las expresan en el reclamo nihilístico de que el derecho no existe, que el derecho es una ilusión. Analizaremos estos postulados con más detalle cuando estudiemos el pragmatismo legal en el Capítulo 5. Pero en primer lugar, debemos señalar un reclamo diferente, más discriminatorio, que han hecho algunos filósofos del derecho: que en algunas naciones o

circunstancias no hay derecho, a pesar de la existencia de instituciones legales familiares como legislaturas y cortes, porque las prácticas de estas instituciones son demasiado perversas como para recibir ese nombre. No tenemos ningún problema en comprender ese reclamo una vez que entendemos que las teorías del derecho son interpretativas. Porque comprendemos que sostienen que las prácticas legales condenadas de esa forma no producen ninguna interpretación que pueda tener, dentro del cualquier moralidad política aceptable, un poder que la justifique.

Durante el apogeo de las teorías semánticas, los filósofos del derecho estaban más preocupados por la insinuación de que los lugares perversos en realidad no tenían derecho. El objetivo de las reglas semánticas era captar el uso del "derecho" en forma general y así cubrir las declaraciones que hacía la gente no sólo en lo referente a su propio derecho sino también sobre sistemas legales extranjeros y diferentes desde el punto de vista histórico. Un argumento común contra las teorías sobre el "derecho natural", el cual sostiene que un esquema de organización política debe satisfacer ciertas normas mínimas para poder contar como sistema legal, es que nuestra práctica lingüística no niega el título de derecho a sistemas políticos obviamente inmorales. Nosotros afirmamos que los nazis tenían jurisprudencia, a pesar de que era muy mala. Se pensó que este hecho de nuestra práctica lingüística apoyaba el positivismo, con su axioma de que la existencia del derecho es independiente del valor de dicho derecho, preferentemente a cualquier teoría de "derecho natural".

Si útiles teorías de derecho no son teorías semánticas de este tipo, pero en cambio son interpretativas de una etapa particular de una práctica desarrollada a través de la historia, entonces el problema de los sistemas legales inmorales tiene un carácter diferente. Las teorías interpretativas, por naturaleza, están dirigidas a una cultura legal en particular, por lo general la cultura a la cual pertenecen sus autores. A menos que estas teorías sean muy escépticas, tratarán el sistema legal como un floreciente ejemplo de derecho, uno que pide y premia la actitud interpretativa. Las teorías legales muy detalladas y concretas que redactan abogados y jueces para una jurisdicción en particular, que se extiende al detalle de su práctica adjudicativa, están atadas a su jurisdicción. En cambio, las concepciones de derecho más abstractas que formulan los filósofos no lo están. Sería sospechoso, incluso alarmante, si se dijera que el convencionalismo, por ejemplo, fuera la interpretación general de mayor éxito en la jurisprudencia de Rhode Island, pero no en la de Massachusetts o Inglaterra durante el mismo período. Sin embargo, no hay razón alguna para esperar que una concepción incluso muy abstracta se ajuste a los sistemas legales extranjeros desarrollados en ideologías políticas de un carácter muy diferente. Por el contrario, si una concepción de derecho sustentadora ofrece hallar dentro de la estructura general de la práctica legal de una comunidad en particular una justificación política de la coerción, entonces no debería ser sustentadora sino escéptica, sobre los sistemas legales que carecen de las características esenciales para dicha justificación.

Pero no por ello, si un abogado encuentra la mejor interpretación del derecho anglo-norteamericano en alguna característica que al régimen nazi le faltaba, debe entonces negar que los nazis tenían jurisprudencia. Su teoría no es una teoría semántica sobre las consecuencias de adoptar la actitud interpretativa con respecto a su propio sistema legal. Con perfecta corrección lingüística, puede in-

sistir en que los nazis sí tenían jurisprudencia. Nosotros entenderíamos lo que quiso decir. Su reclamo sería como la opinión que mencioné anteriormente, que etapas muy distintas de cortesía no dejan de ser etapas de la misma institución, o pueden ser consideradas así si lo deseamos. El querría decir que se puede conocer el sistema nazi como una de las hebras de una cuerda, una realización histórica de las prácticas e instituciones generales a partir de las cuales también se desarrolló nuestra cultura legal. Es derecho en lo que hemos denominado el sentido "preinterpretativo".

De modo que una vez que se extirpa el aguijón semántico, no necesitamos preocuparnos demasiado acerca de la respuesta correcta a la pregunta sobre si los sistemas legales inmorales son considerados derecho. Mas bien, tendríamos que preocuparnos sobre esto en una forma diferente y más positiva. Nuestro idioma es lo suficientemente rico como para permitir una gran discriminación y elección en las palabras que usamos para decir aquello que queremos decir, y por lo tanto, nuestra elección dependerá de la pregunta que tratamos de responder, de nuestra audiencia, y del contexto donde estemos hablando. No necesitamos negar que el sistema nazi fue un ejemplo de derecho, sin importar qué interpretación apoyemos de nuestro propio derecho, porque existe un sentido donde fue un derecho pleno. A pesar de ello, no nos resulta difícil comprender a una persona que afirma que el sistema legal nazi no era en realidad un derecho, o que era un derecho pero en un sentido degenerado, o que era menos que un derecho completo. Porque no está utilizando la palabra "derecho" en ese sentido; no está formulando un juicio preinterpretativo sino escéptico acerca de que el derecho nazi carecía de las características cruciales de los sistemas legales florecientes cuyas reglas y procedimientos justifican la coerción. Su juicio es ahora un tipo especial de juicio político para el cual su lenguaje, si el contexto deja esto bien en claro, es muy apropiado. Por supuesto que no podemos entenderlo plenamente a menos que conozcamos la concepción de los sistemas legales florecientes que favorece. Pero captamos su significado y sabemos qué dirección tomará si continúa con sus argumentaciones.

La flexibilidad del lenguaje legal

Las teorías semánticas como el positivismo limitan nuestro lenguaje negándonos la oportunidad de ver el "derecho" de esta manera inflexible, dependiendo del contexto o del sentido. Insisten en que debemos elegir, de una vez por todas, entre sentido "amplio" o preinterpretativo, y "exacto" o interpretativo. (6) Pero esto paga un precio muy alto por la corrección lingüística. Es cierto que el abogado que afirma que el derecho nazi no era derecho podría haber expresado el mismo sentido de una forma diferente que apoyan los positivistas. Pero eso nos habría dicho menos de lo que piensa, revelado menos de su posición dentro de la jurisprudencia, porque no habría indicado su opinión sobre las consecuencias de la carencia de dichas características. Por otra parte, en algunas ocasiones, esta restricción podría ser una ventaja. Sería innecesario e incluso una distracción para él revelar más (sería producir un argumento irrelevante a su ac-

tual propósito). En ese caso, sería preferible la formulación de la alternativa "positivista" de su sentido, y no existe razón alguna para que limitemos en forma artificial nuestro lenguaje para que las elecciones de este tipo sensibles al contexto sean imposibles.

La sensibilidad al contexto es aun más importante cuando la pregunta en juego es más aguda, más especializada, más práctica que simplemente una de clasificación o crítica general de un sistema legal extranjero y muy diferente. Supongan que surge la pregunta de cómo un juez en un sistema extranjero que no aprobamos (llamémoslo juez Siegfried) debe decidir los casos difíciles que allí se le presenten. El enfoque ha cambiado porque esta pregunta no sólo requiere una comparación general del sistema extranjero con el propio, sino una interpretación detallada e independiente de dicho sistema. Ahora debemos situarnos en el lugar de Siegfried; si despreciamos el sistema de su adjudicación, nuestra interpretación podría ser bastante escéptica. Podríamos pensar que la actitud interpretativa no es apropiada para ese lugar, que la práctica, en la forma que ha alcanzado, no puede nunca proporcionar una justificación, ni siquiera una débil, para la coerción estatal. Luego, pensaremos que en cada caso, Siegfried deberá ignorar la legislación y el precedente, si es que logra hacerlo, o de lo contrario, hacer lo mejor que pueda para limitar la injusticia a través de cualquier medio disponible. Una vez más podríamos, aunque no necesitemos hacerlo, pasar esa opinión a un lenguaje dramático que niega que exista una jurisprudencia en la nación de Siegfried. Sea cual fuere el lenguaje que elegimos, lo importante es el sentido de la moralidad política: que nada en el mero hecho de que su nación posee una jurisprudencia en el sentido preinterpretativo da a cualquier litigante el derecho a conseguir lo que desea en las cortes.

Sin embargo, supongan que luego de una profunda reflexión llegamos a la conclusión de que no es así como pensamos. Porque hallamos algo en la historia de las prácticas legales de la comunidad de Siegfried que creemos justifica algunos reclamos de derecho legal realizados por litigantes en casos presentados ante él, a pesar de que creemos que estas prácticas son tan defectuosas que no es posible ninguna interpretación que las sustente. Supongan que el caso en cuestión es un caso de contrato ordinario que no parece comprometer ninguna cuestión de discriminación racial o política o cualquier forma de tiranía. Podríamos llegar a pensar que el demandante en este caso tiene derecho a ganar sólo porque los estatutos y precedentes de su jurisdicción le confieren dicho derecho, un derecho que de otra forma no poseería. Nuestra opinión en otro caso sería más reservada. Supongan que el caso, en cierta forma, abarca una legislación discriminatoria o injusta. El acusado es judío, por ejemplo, y el demandante ha apelado a un estatuto que niega la defensa de los judíos contra los arios en casos contractuales. Podríamos seguir pensando que los hechos citados justifican un derecho débil para que gane el demandante, aun si queremos agregar que este derecho débil queda anulado por el derecho moral del acusado, de modo tal que Siegfried debe hacer todo lo que está a su alcance, incluso mentir acerca de la ley si esto ayuda, para declarar sin lugar el reclamo.

Complicuemos ahora más el ejemplo. Supongan que desde el punto de vista de la jurisdicción de Siegfried, éstos son casos difíciles. El y sus compañeros abogados disienten acerca de cuáles son exactamente las reglas del derecho del

contrato en primer lugar o cómo interpretar el estatuto discriminatorio, en segundo. Ahora nos enfrentamos a una nueva dificultad. En los casos corrientes del sistema legal norteamericano, logramos opiniones sobre los casos difíciles preguntando qué decisión surge de la mejor interpretación que podemos dar sobre el proceso legal como un todo. En nuestro nuevo ejemplo, no podemos hacerlo porque creemos que el sistema legal de Siegfried es demasiado perverso como para ser justificado en cualquier interpretación. En los casos corrientes, nuestra creencia de que las personas poseen derechos legales proviene y es parte de la misma interpretación que usamos para decidir cuáles son los derechos que poseen. En el nuevo ejemplo, estas dos cuestiones están separadas: nuestras razones para suponer que las personas poseen derechos legales son bastante especiales (dependen de la idea de que las personas tendrían que estar protegidas y tener confianza en la ley aun en lugares perversos) y sobreviven más que dependen de nuestros juicios interpretativos del sistema como un todo. Una analogía nos ayudará a demostrar cómo se separan estas cuestiones. Cuando una persona hace una promesa que es imprudente y vaga, podrían plantearse dos preguntas: si esa persona tiene alguna obligación de mantener la promesa y cuál es su contenido si lo hace. La segunda es una pregunta interpretativa, la cual podríamos intentar responder mirando la promesa desde el punto de vista de las partes suspendiendo nuestro juicio sobre la primera cuestión. Ese sería un enfoque sensato para encarar el problema de Siegfried en estas circunstancias. Podríamos preguntar qué interpretación de los precedentes del contrato o del estatuto discriminatorio deben ser mejor juzgadas por alguien que, a diferencia de nosotros, simpatiza con el sistema y que lo considera un ejemplo floreciente del derecho. Podríamos asumir que Siegfried posee dicha actitud y luego preguntar qué interpretación de las prácticas legales de su país la colocaría en lo que consideramos su aspecto menos desfavorable.

Ahora, supongan por último que nuestro problema práctico no requiere que pensemos cómo Siegfried debería decidir su caso sino cómo es probable que lo decidirá. Si pensamos que tratará su problema como interpretativo, nuestra pregunta sigue siendo interpretativa en lugar de descriptiva en cualquier sentido más simple. Sin embargo, las premisas de nuestra pregunta interpretativa han vuelto a cambiar. Ahora nos ponemos plenamente en la situación de Siegfried e interpretamos desde su punto de vista el conjunto de sus convicciones políticas y sociales. Nuestro problema puede también adoptar muchas otras formas. Podemos interesarnos en los problemas legales no sólo en un sistema contemporáneo que consideramos inmoral sino en un sistema antiguo o primitivo cuya moralidad no nos concierne. Entonces nos resultaría más fácil registrar nuestras conclusiones como declaraciones directas e incondicionales sobre su sistema legal. Por lo menos podemos tratar de ponernos en el lugar de los funcionarios romanos, por ejemplo, y luego dar nuestra opinión sobre lo que era el derecho romano, sin tentarnos a agregar que debido a que el derecho romano apoyaba la esclavitud no era totalmente un derecho o no lo era en lo absoluto. Omitimos la calificación porque nada dentro del contexto de nuestro estudio la hace pertinente.

El contexto vuelve a cambiar cuando hallamos que nuestro propio derecho es inmoral o injustificable, en su totalidad o en una parte pertinente. Ahora, una de las distinciones que mencioné crece en importancia práctica. ¿Nuestras

prácticas legales, a pesar de ser moralmente inestables, generan derechos políticos o morales débiles en aquellos que confiaron en ellas, de modo tal que se las debería hacer cumplir a excepción de cuando pueda hacerse una causa moral en contra de esto? ¿O son estas prácticas tan perversas que se debería considerar que no generan ningún derecho, ni siquiera débiles? Podríamos querer utilizar el lenguaje del derecho para hacer cumplir esa importante distinción: decir en el primer caso que el juez podría tener que ignorar la ley y en el segundo, que no existe una ley genuina para que ignore. ¿Pero lo importante es la distinción y no el lenguaje que elegimos para ponerla en vigor, y hay otro lenguaje disponible para establecer la misma distinción si así lo queremos? (7)

He aquí, entonces, otro ejemplo de una vieja broma de la jurisprudencia que debe su supervivencia, en la forma que ha sido debatida en clases y tratada en filosofía del derecho, a un malentendido de lo que debería ser la teoría legal. Las teorías semánticas del derecho consideran que las distintas preguntas que hemos señalado, que tratan con una instancia defectuosa o perversa de lo que es el derecho en el sentido preinterpretativo, son la misma pregunta: la pregunta semántica sobre si las reglas lingüísticas que compartimos para aplicar el "derecho" incluyen o excluyen dichos sistemas legales. Esa es una pregunta falsa porque no compartimos ninguna regla del tipo que ello supone. También es una pregunta peligrosa porque nos distrae de las cuestiones de moralidad política, sobre el rol y el poder del derecho imperfecto y de los funcionarios cuya obligación es hacerlo cumplir, que constituyen nuestro principal interés. Nos desarma al anular las distinciones sutiles y sensibles al contexto que proporciona el rico lenguaje de derecho. La pregunta sobre los sistemas legales perversos no es una pregunta conceptual en el sentido que hemos desarrollado como apropiado para las empresas interpretativas. No es una sino muchas preguntas y todas ellas surgen, en lo que a teoría legal se refiere, al nivel donde compiten las concepciones.

Fundamentos y fuerza del derecho

Defiendo la siguiente sugerencia de cómo podríamos describir nuestro concepto del derecho: para nosotros, la discusión legal se lleva a cabo sobre una base de consenso acerca de que si existe el derecho, éste proporciona una justificación para el uso del poder colectivo contra ciudadanos o grupos. Las concepciones generales del derecho, como las tres que mencioné, comienzan en una amplia tesis sobre si y por qué las decisiones políticas del pasado proporcionan dicha justificación, y esta tesis provee entonces una estructura unificadora para la concepción como un todo. Ahora debo considerar lo que parece ser una fuerte objeción. Nuestros abogados y ciudadanos reconocen una diferencia entre la pregunta de qué es el derecho y la pregunta de si los jueces, o cualquier otro funcionario o ciudadano deberían hacer cumplir u obedecer la ley. Ellos consideran que son preguntas independientes, no sólo cuando tienen en mente sistemas legales extranjeros y perversos en las diferentes formas que hemos señalado sino también cuando se ocupan de cómo deberían comportarse los ciudadanos y fun-

cionarios de nuestras propias comunidades. La opinión de que nuestros jueces deberían a veces ignorar la ley y tratar de reemplazarla con alguna mejor no es ajena a las clases de derecho ni en los debates políticos. No se lo considera absurdo tal como se lo consideraría si la gente creyera que la relación entre derecho y coerción es tan indiscutible que pasa a ser conceptual en nuestro actual sentido. Esto podría parecer que proporciona un sorprendente argumento para las teorías de derecho positivistas desde el punto de vista semántico a pesar del problema que he tratado de causarles. Por muy engañosas que puedan ser sus teorías en otros aspectos, Austin y Hart por lo menos notaron y trataron de explicar por qué las personas no siempre tratan la respuesta a una pregunta legal con el mismo automatismo con que tratarían una respuesta a una pregunta política sobre qué deberían hacer los jueces. Dijeron que las propuestas de ley son en esencia reales y por lo tanto no hacen ningún reclamo sobre lo que debería hacer cualquier funcionario o ciudadano. Si rechazamos estas teorías porque tratamos la jurisprudencia como una interpretación en lugar de un análisis lingüístico, debemos ofrecer una explicación alternativa a esta distinción, y mi descripción del concepto de derecho, que une tan íntimamente el derecho a la política, podría parecer un mal comienzo.

Esta objeción necesita una importante aclaración. Nuestro concepto de derecho, según mi sugerencia, proviene de un acuerdo rudimentario sobre el campo de una mayor controversia de que el derecho proporciona una justificación en principio para la coerción oficial. Esa declaración del concepto no tiene nada de absoluto. Sólo supone que en un sistema legal floreciente, el hecho del derecho proporciona un caso para la coerción que debe mantenerse a menos que aparezca algún argumento en contra excepcional. A pesar de que ni siquiera pueda hacerse dicho reclamo, si el hecho del derecho no proporciona ningún caso general que pueda ser anulado por una circunstancia especial, entonces sólo es apropiada una concepción escéptica de dicho sistema legal. Esto es lo que pertenece, en esta hipótesis, a nuestro concepto de derecho: deja que la relación entre derecho y coerción permanezca a un nivel de abstracción. Sin embargo, cualquier teoría legal completa debe ser mucho más concreta. Debe decir mucho más acerca de la circunstancia excepcional que podría derrotar el caso del derecho para la coerción, incluso en un sistema vigoroso; más acerca de cuándo los funcionarios pueden ignorar la ley y más acerca de qué obligaciones residuarias pueden surgir, si es que lo hacen.

Una minuciosa teoría política del derecho incluye entonces por lo menos dos partes principales: habla de los fundamentos del derecho (circunstancias donde propuestas de ley en particular pueden ser consideradas sólidas o verdaderas) y de la fuerza del derecho (el poder relativo de cualquier propuesta de ley verdadera para justificar la coerción en distintas circunstancias excepcionales). Estas dos partes deben apoyarse entre sí. La actitud que asume una teoría detallada sobre la pregunta del grado en que el derecho manda, y cuándo puede o debe ser dejado de lado, debe igualar la justificación general que ofrece para el mandato coercitivo del derecho, que a su vez proviene de sus opiniones acerca de los polémicos fundamentos del derecho. Una teoría general de derecho propone por lo tanto una solución a un complejo conjunto de ecuaciones simultáneas. Cuando comparamos dos teorías, debemos tener en cuenta ambas partes de cada una al juzgar el grado en que difieren en sus consecuencias prácticas.

Pero esta complejidad plantea un grave problema. Todos nosotros, aunque los abogados en particular, desarrollamos actitudes con respecto a la ley junto con el resto de nuestro conocimiento social general, en forma inconsciente, y a medida que avanzamos, antes de examinarlas desde el punto de vista de la jurisprudencia, si es que alguna vez lo hacemos. Entonces nos resulta muy difícil lograr la distancia necesaria de nuestras propias convicciones para estudiarlas en forma sistemática como un todo. Sólo podemos inspeccionar y reformar nuestras opiniones ya asentadas de la misma manera que los marineros reparan un bote en el mar: un tablón a la vez, según la lograda imagen de Otto Neurath. Debemos tener constancia con algunas de nuestra actitudes y convicciones sobre el derecho, no como en este estudio, para poder evaluar y mejorar el resto. Utilizamos la distinción entre fundamentos y fuerza con dicho objetivo.

La tradición académica hace cumplir una cierta división del trabajo al pensar en el derecho. Los filósofos políticos consideran problemas sobre la fuerza del derecho y los abogados académicos y especialistas en jurisprudencia estudian cuestiones sobre estos fundamentos. En consecuencia, las teorías del derecho suelen ser desequilibradas: son principalmente sobre los fundamentos sin decir casi nada sobre la fuerza del derecho. Se abstraen del problema de la fuerza para poder estudiar este problema de fundamentos con mayor cuidado. Esto es posible gracias a que el acuerdo rudimentario sobre la fuerza es suficiente. Disentimos acerca de la fuerza exacta que posee el derecho en algunas circunstancias especiales, cuando existen fuertes consideraciones de justicia. Disentimos, tal vez, acerca de lo que deberían haber hecho los jueces de Massachusetts cuando se les pidió que pusieran en vigor la Ley del Esclavo Fugitivo antes de la Guerra Civil norteamericana. Sin embargo, compartimos una opinión general, no específica, sobre la fuerza del derecho cuando dichas consideraciones especiales de justicia no están presentes, cuando las personas disienten sobre la justicia o sabiduría de la legislación, por ejemplo, pero nadie en realidad considera que el derecho sea perverso y sus autores, tiranos. Nuestras diferentes convicciones sobre la fuerza del derecho se unen en dichos casos. Pensamos que se debe obedecer y hacer cumplir la ley, y no tendría mucho sentido tratar el derecho como un concepto interpretativo si no fuera así. De modo que podemos aislarnos y concentrarnos en los fundamentos del derecho al asumir casos que son "normales" en ese sentido. Podemos preguntar: Dada la fuerza del derecho (acordada en forma rudimentaria) en circunstancias normales, ¿de qué manera, exactamente, debería ser decidida cuando una regla o principio forma parte de nuestro derecho? Las concepciones de derecho que estudiaremos son respuestas a dicha pregunta.

Ahora podemos responder a la objeción que abrió esta discusión. Las concepciones del derecho, que son teorías sobre los fundamentos del derecho, no nos comprometen con ningún reclamo en particular o concreto acerca de cómo deberían comportarse los ciudadanos o cómo deberían los jueces decidir sus casos. Cualquiera puede decir que a pesar de lo que la ley es para Elmer, la señora McLoughlin o el *snail darter*, las circunstancias de estos casos son especiales de manera tal que el juez no debería hacer cumplir la ley. Cuando por alguna razón estamos ansiosos por recordarnos esta característica de nuestro concepto del derecho, decimos que el derecho es una cosa y que los jueces deberían hacer otra con respecto al mismo; creo que esto explica la atracción inmediata por el

lema postivista. Pero insistir tal como lo hicieron los positivistas, en que las teorías sobre los fundamentos del derecho no pueden ser en absoluto políticas, en que deben dejar abierta la pregunta sobre cómo deben los jueces decidir los casos actuales, es exagerar dicho sentido. Porque una teoría sobre fundamentos, que en sí no asume ninguna posición polémica con respecto a la fuerza del derecho, debe sin embargo ser política, de una forma más general y difusa. No declara qué debería hacer un juez en un caso en particular; pero a menos que su concepción sea profundamente escéptica, debe entenderse como si dijera qué deberían hacer los jueces en principio, a menos que las circunstancias sean especiales en la forma que acabamos de señalar. De lo contrario, no trataríamos la teoría como una interpretación del derecho, como una concepción de nuestro concepto. Sería un huérfano del escolasticismo, una teoría cuya único uso sería el de proporcionar pruebas para la memoria para estudiantes que unen lemas tales como "el derecho es el mandato del soberano" con el filósofo a quien pertenece dicho lema. La jurisprudencia ha sido de esa forma durante demasiado tiempo.

Vale la pena señalar, por último, la forma en que este proceso de abstracción, que permite que los filósofos del derecho discutan sobre los fundamentos del derecho, al abstraerse de su fuerza, permite también que los filósofos políticos discutan en otra dirección, sobre la fuerza del derecho a pesar de que en cierto grado difieran sobre sus fundamentos. Las teorías de desobediencia civil, y en forma más general, de la naturaleza y el alcance de los deberes de los ciudadanos de obedecer la ley son complementarias de las clásicas teorías de derecho, porque las teorías de desobediencia civil son principalmente sobre la fuerza y no sobre los fundamentos. Cuestionan cuál es el complemento de la pregunta de jurisprudencia: "Dado aquello que todos aceptamos como fundamentos del derecho, los paradigmas de la época, ¿cuándo los ciudadanos son libres desde el punto de vista moral para desobedecer aquello que cuenta como ley sobre la base de dichos fundamentos?" Por supuesto que este proceso de abstraerse de un tipo de desacuerdo para concentrarse en otro no tendría éxito si las partes no estuvieran de acuerdo sobre los fundamentos del derecho, si uno rechazara todo lo que el otro tomó como paradigmático. No tendría sentido discutir hasta dónde debería obedecerse la ley si una de las partes pensara que los estatutos del Parlamento son la única fuente del derecho y la otra, atribuyera dicho poder a la Biblia. Pero si fueran muchas las personas que dentro de una comunidad discreparan hasta ese punto sobre los fundamentos del derecho (si no compartieran ningún paradigma), la desobediencia civil sería el menor de sus problemas.

4. El convencionalismo

Su estructura

“La ley es la ley. No es aquello que los jueces creen que es sino lo que es en realidad. Su tarea es aplicarla y no cambiarla para adaptarla a sus propias éticas o convicciones políticas.” Esta es la opinión de la mayoría de los legos y el himno de los conservadores legales. Leído palabra por palabra, no dice casi nada y por cierto, nada polémico para nosotros. Todas las personas de nuestros ejemplos estaban de acuerdo en que la ley es la ley y por lo tanto debe cumplirse: su único desacuerdo era sobre qué era la ley en realidad. Sin embargo, el lema, redactado sin mucho cuidado, significa algo más que una banalidad; representa una actitud importante y abierta al desafío. Y ese desafío es el siguiente: se debe guiar la fuerza colectiva contra el individuo sólo cuando una decisión política del pasado lo autoriza en forma explícita de manera tal que abogados y jueces competentes sabrán de qué decisión se trata, sin importar lo mucho que disientan sobre moralidad y política.

La primera de las tres concepciones del derecho que presenté en el capítulo anterior, que denominé convencionalismo, comparte la ambición general del popular lema, a pesar de que la interpretación que construye es mucho más sutil, en estas formas: la primera, el convencionalismo explica cómo puede hacerse explícito e indiscutible el contenido de decisiones políticas del pasado. Hace que el derecho dependa de las distintas convenciones sociales que designa como convenciones legales; en particular, de las convenciones sobre cuáles instituciones deberían tener el poder de hacer la ley y en qué forma. El convencionalismo insiste en que toda comunidad política compleja posee dichas convenciones. En Norteamérica, se establece por convención que el derecho está conformado por estatutos sancionados por el Congreso o por las legislaturas estatales en la forma prescrita en la Constitución, y en Inglaterra, que las decisiones de la Cámara de los Lores son valederas para los juzgados inferiores. El convencionalismo sostiene que la práctica legal, bien entendida, es una cuestión de respetar y hacer cumplir estas convenciones, de tratar su conclusión, y nada más, como ley. Si Elmer tiene derecho a la herencia según una convención de este tipo (si tiene derecho a ella según las convenciones sociales sobre quién tiene el poder de legislar, sobre cómo debe ejercerse dicho poder y cómo deben aclararse las dudas generadas por dicho lenguaje), entonces, tiene derecho legal a la misma, pero de lo contrario, no.

Segunda, el convencionalismo corrige la opinión popular del lego acerca de

que siempre existe una ley que hacer cumplir. La ley por convención nunca es completa, porque constantemente surgen nuevas cuestiones que aún no han sido resueltas en ninguna forma por la institución que posea la autoridad convencional para resolverlas. (1) De modo que los convencionalistas agregan esta condición a su descripción de la práctica legal. "Los jueces deben decidir esos casos nuevos de la mejor manera posible, pero por hipótesis, ninguna de las partes tiene derecho a ganar en base a decisiones colectivas del pasado (ninguna de las partes tiene derecho legal a ganar) porque los únicos derechos de ese tipo son aquellos que establece la convención. Es así como la decisión que debe tomar un juez en los casos difíciles es discrecional en este sentido: queda abierta por la correcta comprensión de las decisiones del pasado. Un juez debe hallar algún otro tipo de justificación además de la garantía de la ley, y de cualquier requisito de coherencia con decisiones tomadas en el pasado, para apoyar lo que haga después. (Esto podría pertenecer a la justicia abstracta, al interés general o a cualquier otra justificación apercibida.) Claro que la convención puede convertir a las nuevas decisiones en derechos legales para el futuro. Nuestras propias convenciones sobre precedente convierten cualquier decisión tomada por un alto tribunal acerca del caso Elmer, por ejemplo, en ley para futuros herederos asesinos. De esta forma, el sistema de reglas sancionadas por convención va creciendo con solidez en nuestra práctica legal."

Estos son los parecidos obvios entre convencionalismo y las teorías semánticas positivistas que discutí en el Capítulo 1. (2) Sin embargo, existe la siguiente diferencia importante. Las teorías semánticas sostienen que el mismo vocabulario de derecho ejecuta y hace cumplir la descripción que acabamos de dar, de modo que sería una especie de autocontradicción que alguien sostuviera que la ley provee derechos más allá de aquellos establecidos a través de mecanismos sancionados por convención. Por el contrario, la concepción convencionalista del derecho es interpretativa: no hace ningún reclamo lingüístico o lógico de este tipo. Asume en cambio una postura janonista, de dos caras, acerca de cualquier interpretación. Sostiene que esta forma de describir la práctica legal muestra a ésta en su mejor perspectiva y por lo tanto, ofrece la descripción más esclarecedora sobre lo que deben hacer abogados y jueces. Insiste en que ésta es la mejor guía para saber qué hacer y que señala la dirección correcta para continuar y desarrollar dicha práctica. El convencionalismo no niega que muchos abogados tengan opiniones opuestas acerca de la mejor interpretación de la práctica que comparten. Sostiene que estos abogados están equivocados, que carecen de perspicacia y percepción y que malinterpretan su propia conducta. Pero no niega que hablen en serio y tampoco sugiere que digan tonterías.

El convencionalismo realiza dos reclamos directivos, posinterpretativos. El primero es positivo: que los jueces deben respetar las convenciones legales establecidas de su comunidad salvo en raras circunstancias. En otras palabras, insiste en que deben tratar como ley aquello que la convención estipula como tal. Dado que la convención en Inglaterra establece que los actos del Parlamento son leyes, un juez inglés debe hacer cumplir hasta los actos del Parlamento que considere injustos o impropios. Esta parte positiva del convencionalismo corresponde en su mayoría al lema de que los jueces deben obedecer la ley y no crear una nueva en su lugar. El segundo reclamo, que posee la misma importancia, es negativo. Declara que no hay ley (ningún derecho que surja de decisio-

nes políticas del pasado) aparte de la que se extrae de dichas decisiones por medio de técnicas que en sí son cuestiones de convención, y que por lo tanto, en algunas cuestiones no existe ningún tipo de ley. Por ejemplo, no existe ninguna ley sobre daños emocionales si no se ha decidido, a través de un estatuto, precedente o cualquier otro procedimiento especificado por convención que las personas poseen o no el derecho legal a la compensación por daños emocionales. De ello no surge que los jueces que se enfrentan a dicha cuestión deban cruzarse de brazos y enviar a casa a ambas partes sin ninguna decisión. Este es el tipo de caso donde los jueces deben ejercitar el poder discrecional antes descrito, para usar normas extralegales y hacer lo que el convencionalismo declara que es una nueva ley. Entonces, en casos futuros, la convención de precedente hará que esta nueva ley se convierta en una vieja.

Su atracción

El centro de cualquier concepción positiva del derecho, al igual que el convencionalismo o el derecho como integridad, es su respuesta a la pregunta de por qué una política del pasado es decisiva para los derechos del presente. Esto se debe a que las distinciones que establece una concepción entre derechos legales y otras formas de derecho y entre los argumentos legales y otros tipos de argumentos señalan el carácter y los límites de la justificación que cree que proporcionan las decisiones políticas para la coerción estatal. El convencionalismo provee una respuesta al parecer atractiva a dicha pregunta. Las decisiones políticas del pasado justifican la coerción porque, y por lo tanto sólo cuando, proporcionan una advertencia justa al hacer que las ocasiones de coerción dependan de hechos simples, disponibles para todos en lugar de juicios nuevos sobre moralidad política, que distintos jueces podrían hacer en forma diferente. Este es el ideal de las expectativas protegidas. El primero de los dos reclamos posinterpretativos del convencionalismo sirve plenamente a dicho ideal. El primer reclamo insiste en que una vez que un cuerpo sancionado por convención ha tomado una decisión bien definida, y el contenido de dicha decisión está fijado por convenciones sobre cómo deben entenderse las decisiones de ese tipo, los jueces deben respetar dicha decisión, aun si piensan que una decisión diferente habría sido más justa o apropiada.

No resulta tan obvio que el segundo reclamo negativo del convencionalismo también sirva al ideal de las expectativas protegidas. Sin embargo, puede hacerse un caso razonable de lo contrario. El reclamo negativo insiste en que un juez no puede apelar a la autorización legal para su decisión cuando no puede demostrar que las convenciones lo obligan a hacer lo que hace, porque el ideal se corrompe por cualquier sugerencia de que las decisiones políticas del pasado pueden producir otros derechos y deberes diferentes de aquellos dictados por la convención. Supongan que es obvio que la convención no dicta una respuesta en ninguno de los dos sentidos en el caso McLoughlin: la convención requiere que se sigan los precedentes, pero sólo cuando el nuevo caso sea igual a los precedentes en sus hechos relevantes, y en ningún caso an-

terior se ha decidido si se debe otorgar la compensación por daños y perjuicios en el caso de un daño emocional fuera de la escena del accidente.

Supongan que entonces un juez anuncia, en el estilo de derecho como integridad, que los precedentes establecen el derecho a cobrar daños y perjuicios porque dicha interpretación de los precedentes los hace moralmente sólidos en retrospectiva. Desde el punto de vista del ideal popular, esto es algo peligroso. Una vez que se ha aceptado que los principios pueden ser parte del derecho por razones que no reflejan convención sino sólo porque son atractivos desde el punto de vista moral, se abre el camino a una idea más amenazadora: que algunos principios son parte del derecho debido a su atracción moral, a pesar de que contradicen aquello que respalda la convención.

El convencionalismo protege la autoridad de la convención al insistir en que las prácticas convencionales establecen tanto el fin como el principio del poder del pasado sobre el presente. Sostiene que el pasado no admite ningún derecho defendible en una Corte, a menos que éstos sean indiscutibles por aquello que todos saben y esperan. Si la convención permanece en silencio, no hay ley y la fuerza de ese reclamo negativo es que los jueces no deberían pretender entonces que sus decisiones tomaran otro sentido que aquél que ya fue decidido. Debemos proteger la convención en esa forma, según el convencionalismo, incluso si pensamos que a veces los jueces deberían — en circunstancias dramáticas— burlar las convenciones. Supongan que las convenciones de la práctica norteamericana hacen que las decisiones del pasado de la Corte Suprema sean parte del derecho. Estas convenciones establecen que en el futuro se debe seguir la decisión de la Corte en el caso de *Plessy vs Ferguson* hasta que se enmiende la Constitución. Si un convencionalista piensa que la Corte debería haber ignorado el precedente *Plessy* en el caso *Brown* porque la segregación racial es en especial inmoral, insitirá en que la Corte debería haberle aclarado al público la naturaleza excepcional de su decisión, que tendría que haber admitido que estaba cambiando la ley por razones no-legales. La concepción convencionalista del derecho, que prohíbe que la Corte reclame cualquier ley fuera de la convención, la forzaría a hacerlo.

También puede pensarse que el reclamo negativo del convencionalismo sirve al ideal popular de un modo diferente, a pesar de que esto depende de agregar un conjunto de reclamos sobre cómo los jueces deberían decidir los casos difíciles cuando se ha agotado la convención. Tal como acabo de decir, el convencionalista sostiene que no existe una ley para un caso como el de *McLoughlin* y que por lo tanto un juez debe tener discreción al crear una nueva ley, que luego aplica en forma retroactiva a las partes del caso. En dicha situación cabe estipular que el juez debe decidir de forma tal que comprometa lo menos posible sus propias convicciones políticas o morales y dar la mayor deferencia posible a las instituciones convencionalmente autorizadas a hacer la ley. Una vez que queda claro que el juez crea una nueva ley bajo estas circunstancias, tal como sostiene el convencionalismo, parece posible entonces que elija la disposición que, según cree, elegiría la actual legislatura o, si no, la disposición que crea representa mejor la voluntad del pueblo.

Desde este punto de vista, ello no es tan bueno como el hecho de encontrar una decisión tomada por un cuerpo autorizado en el pasado. El juez puede estar equivocado en su juicio sobre aquello que habría elegido la legislatura y, aun si

está en lo cierto, esta decisión legislativa hipotética no ha sido anunciada de antemano, de modo que se compromete el ideal de las expectativas protegidas. Pero por hipótesis, esto está lo más cerca posible de servir al ideal que un juez puede estar. Por otra parte, supongan que el juez se guía por el derecho como integridad, lo que no limita el derecho a aquello que la convención encuentra en decisiones del pasado sino que también hace que considere como ley aquello que la moralidad sugeriría como la mejor justificación de estas decisiones del pasado. Este juez toma una decisión en el caso McLoughlin empleando sus propias convicciones morales, que es justo aquello que el ideal popular aborrece. Una vez que se convenza de que la ley, tal como él la entiende, está a favor de McLoughlin, entonces se sentirá justificado a tomar una decisión en su favor, sin importar lo que piense la actual legislatura y si la moralidad popular está o no de acuerdo.

Convenciones legales

El convencionalismo es una concepción (una interpretación) de la práctica legal y la tradición; su destino depende de nuestra capacidad para ver en nuestra práctica convenciones del tipo que se consideran terreno exclusivo del derecho. Si no podemos hallar las convenciones legales especiales que requiere, el convencionalismo éste es derrotado, tanto en su reclamo interpretativo como en las instrucciones posinterpretativas, apercibidas. No se adaptará a nuestra práctica lo suficiente, como para brindar como una interpretación idónea y su programa normativo estará vacío porque nos instruye para que sigamos convenciones que no existen. De modo que debemos comenzar nuestra inspección de esta concepción preguntando hasta qué punto puede entenderse nuestra práctica legal como una muestra del tipo de convenciones requeridas. Aun si encontramos dichas convenciones, la atracción de la concepción sigue dependiendo del ideal político de las expectativas protegidas. Debemos preguntar cuán atractivo es en realidad dicho ideal, si la concepción le basta y si otras concepciones de derecho pueden bastarle de igual forma o mejor.

A pesar de ello, comienzo por la pregunta más inmediata sobre si poseemos las convenciones que necesita el convencionalismo. No declara que todos los abogados y jueces ya son convencionalistas. Concede que algunas decisiones judiciales y prácticas actuales son muy diferentes de aquellas que haría o aprobaría un convencionalista; éstas están preparadas para contar como error. Sin embargo, insiste en que puede considerarse la práctica legal como organizada alrededor de importantes convenciones legales, y este reclamo requiere que se demuestre que por lo general, la conducta de los jueces, incluso de aquellos que no son convencionalistas, converge lo suficiente como para permitirnos hallar una convención en dicha convergencia.

A primera vista, este proyecto parece prometedor. Casi todo aquel, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, que tiene una relación con la ley cree que el Parlamento, el Congreso y las distintas legislaturas estatales hacen la ley y que se debe dar crédito a las decisiones judiciales del pasado en las decisiones

futuras. De hecho, todo esto parece bastante evidente, porque estas propuestas se encuentran en los paradigmas legales más importantes de nuestros días. Más aun, para la mayoría de las personas, la ley que estas instituciones dictan es la ley con la que cuentan en sus vidas. Todas las disposiciones legales vitales para ellos (las disposiciones que fijan impuestos, pagos de bienestar social, relaciones laborales, acuerdos crediticios y rentas) nacieron y viven en actos de legislación en particular, y los pleitos son cada vez más un asunto en que los jueces deben hallar las secciones pertinentes en un estatuto o conjunto de reglamentaciones administrativas y decidir qué quieren decir. Sin duda, muchos menos legos son conscientes de la práctica legal paralela del precedente. Sin embargo, la mayoría de ellos tiene una vaga idea de que, en el futuro, se deben respetar las decisiones judiciales del pasado, y la experiencia práctica de cualquiera sobre pleitos puede confirmar este sentido, pues las opiniones de los jueces están plenas de referencias a decisiones anteriores de otros jueces. De modo que, la suposición interpretativa crucial del convencionalismo, que se puede considerar nuestra práctica legal como estructurada por convenciones legales, centrales sobre legislación y precedente, parece verse reflejada en la experiencia corriente. Ahora, echemos un vistazo más detallado.

Piensen por un momento que en los Estados Unidos, la Constitución, los estatutos sancionados por el Congreso y las legislaturas de varios Estados, y las decisiones judiciales del pasado son, por convención, fundamentos de derecho. Según el convencionalismo, un juez norteamericano se ve obligado, por la mejor interpretación de la práctica a la que pertenece, a hacer cumplir aquello que estas convenciones declaran como ley en casos particulares, apruebe o no dicha ley. Pero para hacerlo, debe decidir en cada caso qué es lo que estas convenciones declaran que es la ley, así como también cuál es el contenido real de cada convención. Del mismo modo debe decidir, por ejemplo, si surge en realidad de la supuesta convención legislativa que Elmer tiene derecho a su herencia debido a la ley de testamentos o por la convención putativa de precedente que la señora McLoughlin tiene derecho a la compensación por decisiones judiciales anteriores.

Sin embargo, ya hemos señalado que jueces y abogados suelen disentir acerca de la respuesta correcta a preguntas como éstas. Tienen diferentes teorías sobre cómo deben interpretarse estatutos y decisiones anteriores. Por ejemplo, todos los jueces de Nueva York que conformaron el tribunal para el caso Elmer estuvieron de acuerdo en que no deben desobedecer la decisión de la legislatura que figura en la ley de testamentos. Pero todos discreparon sobre lo que en realidad requiere este requisito cuando el significado "literal" de un estatuto sugiere un resultado que les parece extraño. Este tipo de desacuerdo judicial presenta un problema inmediato y obvio para el convencionalismo. Muestra que debe decirse algo más acerca de qué es una convención, sobre qué grado y tipo de acuerdo es necesario para que una propuesta de ley en particular pueda ser fidedigna en virtud de una convención legal en especial.

Cuando los filósofos discuten convenciones, suelen tener en mente convenciones precisas y limitadas. El libro reciente más importante sobre convenciones discute por ejemplo las convenciones acerca de cuál de las partes debe volver a llamar cuando se desconecta una llamada telefónica. (3) En la sociedad imaginaria del Capítulo 2, la cortesía comenzó como un conjunto de convencio-

nes de este tipo. Las personas obedecían disposiciones sobre quién debía quitarse el sombrero y en qué circunstancias. Pero cuando comenzaron a adoptar una actitud interpretativa hacia sus prácticas convencionales, la situación se tornó mucho más compleja. Porque entonces no estuvieron de acuerdo acerca de qué era "en realidad" lo que requerían sus convenciones de cortesía. Y luego, se vieron comprometidas sus convicciones morales y políticas, no en contraste con los requerimientos de la convención sino en la decisión de cuáles era estos requerimientos. Si las instituciones legales más importantes como la legislación y el precedente son convenciones, éstas son diferentes, más abiertas. Los abogados están de acuerdo sobre ciertas formulaciones abstractas de estas convenciones: que la legislación y el precedente son, en principio, fundamentos de derecho. Pero asumen la actitud interpretativa con respecto a estas propuestas abstractas, y sus opiniones sobre los derechos legales de Elmer expresan más una interpretación que una aplicación directa e indiscutible de la institución de legislación. Es posible que dos abogados difieran acerca de la mejor interpretación de las prácticas de legislación o precedente en un caso en particular porque difieren sus convicciones morales y políticas en general.

De modo que el reclamo distintivo del convencionalismo, que el derecho se limita a aquello que ha sido sancionado por las convenciones legales, podría parecer ambiguo. Podemos exponer la ambigüedad haciendo algunas distinciones técnicas. Definimos la "extensión" de una convención abstracta, como la cortesía, la legislación o el precedente, como un conjunto de juicios o decisiones que las personas que son partes de la convención se ven comprometidas a aceptar. Ahora haremos la distinción entre las extensiones "implícitas" y "explícitas" de una convención. La extensión explícita es el conjunto de propuestas que (casi) todos dijeron es partícipe de la convención como parte de su extensión. La extensión implícita es el conjunto de propuestas que surgen de la mejor o más sólida interpretación de la convención, formen o no parte de la extensión explícita. Supongan que en una comunidad legal existe la convención de que los jueces deben dar a ambas partes la misma oportunidad para presentar sus casos. Todos concuerdan en que esto significa que ambas partes deben ser escuchadas, pero se discute si también significa que ambas partes deben tener el mismo tiempo a pesar de que los argumentos de una de las partes sean más complejos o requieran más testigos que la otra. La extensión explícita de la convención abstracta incluye entonces la propuesta de que debe escucharse a ambas partes, pero no la propuesta de que deben tener el mismo tiempo o la propuesta contraria, de que el grupo con el caso más difícil es el que más tiempo debe tener. Todos piensan que la extensión implícita incluye una u otra de estas últimas propuestas, aunque no están de acuerdo en cuál sea, porque disiente sobre cuál es la solución que mejor interpreta el objetivo abstracto (sobre el que están de acuerdo) de igualdad de oportunidades en la Corte.

Dos tipos de convencionalismo

Ahora podemos distinguir lo que podría parecer dos formas o versiones de convencionalismo. La primera, que podríamos denominar convencionalismo

“estricto”, restringe el derecho de una comunidad a la extensión explícita de sus convenciones legales como la legislación y el precedente. Y la segunda, llamémosla convencionalismo “moderado”, insiste en que el derecho de una comunidad incluye todo dentro de la extensión explícita de estas convenciones. (Un grupo de jueces convencionalistas moderados discreparía sobre el contenido exacto del derecho porque discreparía sobre el contenido de esta extensión implícita.) Hay una gran diferencia en la forma de convencionalismo que consideremos. El convencionalismo estricto sería una concepción muy restringida del derecho para nosotros porque las extensiones explícitas de nuestras convenciones putativas de legislación y precedente contienen muy poco que posea una importancia práctica en nuestra actual discusión. Si tratáramos de describir una teoría de legislación no muy polémica como para regir con carácter de consentimiento universal entre abogados y jueces, nos veríamos limitados a algo así: “si las palabras de un estatuto admiten sólo un significado, sin importar en qué contexto se encuentran, y si no tenemos razón alguna para dudar de que éste es el significado entendido por todos los legisladores que votaron a favor o en contra del estatuto, o que se abstuvieron, y el estatuto así entendido no logra ningún resultado que no fuera la intención de aquellos que lo votaron y así fuera comprendido por todo el público a quien estuviera dirigido, y que ninguna persona sensata pensara que viola cualquiera de las obligaciones sustantivas o procesales de la Constitución, u ofende cualquier opinión compartida por muchos acerca de la imparcialidad y eficiencia en la legislación, entonces, las propuestas contenidas en dicho estatuto, entendido de esa forma, son parte del derecho de la comunidad”.

Eso parece un reclamo cómicamente débil. Sin embargo, el caso de Elmer y el del *snail darter* demuestran que no podríamos dar una extensión más explícita a la convención de la legislación. Por ejemplo, no podríamos sostener, como parte de la extensión explícita, que si las palabras de un estatuto son claras de por sí, la ley contiene ese significado claro. Dicha propuesta cuenta con un gran apoyo entre los abogados e incluso entre los legos, pero nuestros ejemplos demuestran que no comandan nada como el consentimiento general entre los jueces de los Estados Unidos. Tampoco lo hace la propuesta contraria, que la ley no contiene ese significado claro si los legisladores no tuvieron esa intención y lo habrían rechazado si les hubiesen llamado la atención sobre el mismo.

Si el convencionalismo es el convencionalismo estricto, entonces, su reclamo positivo no ofrece ninguna ayuda a los jueces que enfrentan juicios problemáticos. Pues el convencionalismo estricto sólo proporciona el consejo negativo de que los jueces no deben pretender decidir dichos casos sobre fundamentos legales. Esto explica la atracción que el convencionalismo moderado ejerce sobre una reciente generación de filósofos del derecho. (4) La parte positiva del convencionalismo moderado instruye a los jueces a que decidan según su propia interpretación de los requerimientos concretos de legislación y precedente, a pesar de que esto pueda ser polémico, y este consejo no es irrelevante en los casos difíciles. Sería fácil demostrar que todos los jueces, incluso aquellos que decidieron nuestros fáciles ejemplos, han seguido dicho consejo todo ese tiempo.

Todos esos jueces estuvieron de acuerdo acerca de las propuestas abstractas de que los estatutos conforman la ley y que las decisiones de precedente de-

ben tener alguna influencia sobre decisiones posteriores. Discreparon sobre la extensión explícita de estas supuestas convenciones legales. La mayoría en el caso de *snail darter* pensó que la mejor interpretación de la convención sobre estatutos requería que hicieran cumplir el significado literal del Acta de Protección del Medio Ambiente a menos que pudiera probarse que la intención del Congreso era otra. De modo que pensaron que la extensión implícita de la convención incluía la propuesta de que se detuviera la construcción del dique y que se salvara esa variedad de perca. La minoría adoptó una visión diferente de la convención y por lo tanto, sus conclusiones acerca de la extensión implícita también fueron diferentes. Pensaron que incluía la propuesta contraria de que la ley no protegía a los peces. Dado que el desacuerdo fue sólo acerca de la extensión implícita de las convenciones, todos reconocieron, a un nivel más abstracto, que todos podían ser considerados convencionalistas moderados.

El convencionalismo estricto debe reclamar una "deficiencia" en la ley que requiere el ejercicio de una discreción judicial extralegal para hacer una nueva ley, cada vez que un estatuto sea vago, ambiguo o cause problemas y no exista otra convención acerca de cómo debe ser interpretado. O bien cuando las dimensiones de una cadena de precedentes son inciertas y los abogados disienten sobre su fuerza. Sin embargo, un convencionalista moderado no necesita admitir ninguna deficiencia en dichos casos. Puede argumentar que existe una forma correcta, nada polémica, de interpretar las convenciones abstractas de legislación y el precedente de forma tal que pueden decidir cualquier caso que pueda presentarse. Puede afirmar que, según la correcta elaboración la variedad de perca en cuestión se salva (o es abandonada) por ley o que la señora McLoughlin recibe (o no) compensación. Luego sostiene estas propuestas para la extensión implícita de las convenciones legales; es decir, sostiene que son ley en su concepción y de esa forma niega cualquier deficiencia que pueda tener.

De hecho, un convencionalista moderado podría negar la existencia de deficiencias a pesar de que los abogados discreparan sobre estas convenciones abstractas, y de que muchos abogados negaran que los estatutos conforman la ley o que los precedentes ejercen una influencia sobre decisiones posteriores. Con un poco de imaginación, el convencionalista moderado podría redactar una propuesta aun más abstracta que todos acepten, que luego elaboraría en forma tal que constituya una propuesta de ley sobre el *snail darter*. Si existe consenso en que la Constitución es la ley fundamental, por ejemplo, podría argumentar entonces que este consenso proporciona una convención abstracta cuya extensión implícita incluye la propuesta de que se deben hacer cumplir los estatutos porque la mejor interpretación de la Constitución así lo requiere, a pesar de que muchos abogados lo nieguen. En dicho caso, podría proceder como antes y argumentar, a partir de esa propuesta intermedia, una conclusión concreta sobre esa variedad de perca.

Supongan que ni siquiera hay consenso acerca de que la Constitución es la ley fundamental. El convencionalista moderado podría buscar un consenso aun más abstracto. Imaginen, por ejemplo, que la sugerencia que hice en el Capítulo 3 es aceptable: que existe un acuerdo muy difundido, aunque tácito, de que el sentido último del derecho es permitir y justificar la coerción estatal de individuos y grupos. El convencionalismo moderado podría encontrar en ese consenso en extremo abstracto una convención de que los jueces deben seguir cual-

quier concepción del derecho que mejor justifique la coerción y luego podría argumentar, declarando que una convención es la mejor según dicha norma, que esta convención abstracta incluye en realidad, dentro de su extensión implícita, la propuesta de que deben seguirse los casos de precedente cuando no existe ninguna diferencia de principios morales entre los hechos presentados en los precedentes y aquellos del caso actual. Luego anuncia, casi sin aliento, que la ley garantiza una compensación para la señora McLoughlin, sea lo que fuere que piensen otros abogados. Otros abogados y jueces que eran igualmente convencionalistas moderados disenterían. Tendrían una opinión diferente sobre cuál concepción más concreta proporciona la mejor justificación de la coerción, y por lo tanto, tendrían también una opinión diferente acerca de la extensión implícita de la convención abstracta en cuestión.

Espero que ahora resulte evidente que el convencionalismo moderado no es en realidad una forma de convencionalismo dentro de la distinción tripartita entre las concepciones que estamos utilizando. Mis descripciones iniciales del convencionalismo, en el último capítulo y primera parte de éste, no se adaptaban bien, tal como podemos ver ahora; sólo se adaptan al convencionalismo estricto. Es más bien una forma muy abstracta y subdesarrollada de derecho como integridad. Rechaza el divorcio entre derecho y política que una teoría convencionalista con los motivos que he descrito trata de asegurar. Esta forma ilegítima de convencionalismo no impide que un juez convencionalista moderado comprometa sus propias convicciones morales y políticas en su decisión. Por el contrario, son precisamente estas convicciones (sobre las mejores técnicas para interpretar un estatuto, sobre el lugar correcto de los estatutos en una estructura constitucional, sobre la relación entre una constitución y la idea de derecho, sobre la concepción más sólida de justicia) que determinará para él qué elaboración de convención abstracta es mejor y por lo tanto, qué requiere el derecho.

Nada dentro del convencionalismo moderado garantiza, o promueve, el ideal de las expectativas protegidas, de que se basarán en las decisiones del pasado para justificar la fuerza colectiva siempre que su autoridad y sus términos sean indiscutibles desde el punto de vista de las convenciones ampliamente aceptadas. Tampoco protege el ideal en los otros sentidos que describí, identificando como especiales aquellos casos donde no existe una decisión anterior explícita que pueda seguirse. Desde la perspectiva del convencionalismo moderado, los casos que citamos como ejemplos están gobernados por la ley y los jueces convencionalistas moderados que deciden estos casos no tendrían razón alguna para apartarse de sus opiniones sobre qué haría la actual legislatura o cuál es la voluntad del pueblo. Por el contrario, tendrían la razón normal para hacer caso omiso de cualquier creencia o información a ese respecto: de que la ley es la ley y debe ser obedecida, sin importar lo poco popular que sea en el clima actual de la opinión política.

Si el convencionalismo debe proporcionar una concepción diferente del derecho, hasta con relaciones remotas con la familia de actitudes populares que asumimos expresaba, debe ser entonces un convencionalismo estricto y no moderado. Tenemos que aceptar que la parte positiva del convencionalismo (de que los jueces deben respetar la extensión explícita de las convenciones legales) no puede ofrecer ningún consejo útil a los jueces que se enfrentan con ca-

sos difíciles. Estos serán, inevitablemente, casos donde la extensión explícita de las distintas convenciones legales no contengan nada de decisivo y el juez debe por lo tanto ejercer su discreción empleando normales extralegales. Ahora podría decirse que, lejos de ser una conclusión depresiva, esto plantea la importancia práctica del convencionalismo en la adjudicación. Así, la parte positiva de esa concepción es la gran masa del *iceberg* que yace debajo de la superficie de la práctica legal. Esto explica por qué los casos no llegan a la Corte cuando se cumplen las condiciones de mi cómica y débil descripción de la extensión explícita de nuestras convicciones legales, lo que sucede la mayor parte del tiempo. En los casos difíciles, por otro lado, la parte negativa tiene el escenario. Le dice a los jueces que cuando se discuten los estatutos y cuando los precedentes tienen un impacto incierto, deben dejar de lado cualquier idea de que su decisión pueda basarse en derechos ya establecidos a través de actos políticos anteriores. Deben enfrentar sus nuevas responsabilidades políticas con imparcialidad.

De todas formas, debemos probar la versión estricta del convencionalismo como una interpretación general de nuestra práctica legal. El convencionalismo estricto sostiene que los jueces son liberados de legislación y precedente en los casos difíciles porque la extensión explícita de estas convenciones legales no es lo bastante densa como para decidir dichos casos. Debemos ahora preguntarnos en qué forma este reclamo interpretativo se ajusta a nuestros ejemplos. Pero por lo menos tenemos que notar cómo el nuevo énfasis en la parte negativa del convencionalismo desinfla la hipótesis que mencioné anteriormente, de que la parte negativa apoya el ideal político de las expectativas protegidas para separar aquellos casos donde no se satisface dicho ideal. Como la parte positiva del convencionalismo tiene una menor importancia práctica en la Corte, porque son muy pocas las ocasiones en que los jueces pueden apoyarse en la ley tal como lo explica el convencionalismo, esta defensa particular de la parte negativa se debilita pues las excepciones aceptan sin crítica la regla. Si todos los casos que llaman la atención, porque son discutidos en un tribunal de apelaciones importante ante escrutinio público, son ocasiones donde los jueces son escrupulosos al negar que están sirviendo un objetivo de expectativas protegidas a través de sus decisiones, esto no puede hacer mucho para reforzar la fe del público en dicho ideal.

¿El convencionalismo se ajusta a nuestra práctica?

Convención y coherencia

Llego por fin al caso contra el convencionalismo. El convencionalismo estricto fracasa como una interpretación de nuestra práctica legal aun cuando (en particular cuando) enfatizamos su parte negativa. Fracasa por la siguiente razón paradójica: nuestros jueces prestan mayor atención a las llamadas fuentes convencionales del derecho como estatutos y precedentes de lo que les permite el convencionalismo. Un juez cohibido y convencionalista estricto perdería interés en la legislación y el precedente justo cuando se aclarara que la extensión explícita de estas supuestas convenciones se había terminado. Entonces, reco-

nocería que no había ninguna ley y no se preocuparía por una coherencia con el pasado; procedería a hacer una nueva ley preguntando qué ley haría la actual legislatura, qué desea el pueblo o qué sería lo mejor para la comunidad en el futuro.

Si los jueces en el caso Elmer hubieran sido convencionalistas estrictos, habrían decidido el caso en dos etapas. En primer lugar, habrían revisado la práctica judicial para ver si casi todos los demás jueces estaban de acuerdo en que las palabras de un estatuto deben tener su significado "literal", aun cuando ésta no fuera la intención de los legisladores, o de lo contrario, que no se debe atribuir el significado literal a las palabras bajo estas circunstancias. Los jueces de ese caso habrían dado una rápida respuesta negativa porque era obvio que otros jueces no estaban de acuerdo sobre ello. Ni Earl ni Gray pudieron haber pensado que su opinión era parte de la extensión explícita de la convención de legislación porque cada uno sabía que muchos abogados pensaban que el otro tenía razón. De modo que habrían pasado de inmediato a la segunda etapa legislativa: habrían tratado de descubrir qué decisión era la más sensata, justa o democrática o era la que mejor servía a la comunidad. No se habrían importunado con el tipo de argumentos que utilizaron, escudriñando el estatuto, obsesionados con la pregunta de si una decisión era más coherente con su texto o espíritu, o la correcta relación entre el estatuto y el resto del derecho.

Estos últimos argumentos, que figuran en distintas formas en la pregunta de cómo debe interpretarse el estatuto, sólo tienen sentido sobre la base de que la ley que los jueces tienen la obligación de hacer cumplir depende de la "correcta" interpretación aun cuando sea discutible lo que ésta es; ésta es exactamente la suposición que niega el convencionalismo. El caso de Elmer tampoco es inusual al proporcionar este tipo de contraejemplo. En el caso del *snail darter*, los magistrados discutieron acerca de la correcta interpretación del Acta de Protección del Medio Ambiente. Disentían sobre si estaban obligados por la teoría de legislación correcta a hacer cumplir la interpretación más literal o sensata del estatuto en ausencia de una evidencia confiable sobre la real intención del Congreso. Los jueces que decidieron el caso McLoughlin se preocupaban por la descripción más exacta de los principios subyacentes en los casos de precedente citados, a pesar de que sabían que nada que perteneciera a la extensión explícita de una convención establecía qué eran estos principios o qué peso había que darles. En el caso Brown la Corte Suprema discutió qué esquema de justicia suponía la estructura de la Constitución, qué lugar ocupaba la cláusula de igual protección en dicho esquema y qué impacto tenía en realidad dicha cláusula sobre la autoridad legal del Estado de Kansas para legislar un sistema escolar, a pesar de que cada magistrado sabía que nada de esto estaba establecido por convención.

No me refiero a que un convencionalista cohibido ignoraría estatutos y precedentes cuando fuera polémica la fuerza que debe atribuirseles. No los trataría como fuentes de derecho, pero su responsabilidad general cuando cree que se ha acabado la ley es hacer la mejor ley que pueda para el futuro, y podría llegar a preocuparse por la doctrina legal del pasado por razones especiales que tienen que ver con dicha cuestión. Si cree que debe hacer una nueva ley en forma democrática, dentro del espíritu de la actual legislatura o el actual clima de opinión popular, puede recurrir a decisiones del pasado como evidencia de aquello

que la legislatura o el público puede pensar o querer. Pero entonces, estaría tratando el pasado como evidencia de actitudes y convicciones presentes, y no como importantes de por sí y perdería interés en el pasado a medida que pasara el tiempo y tuviera por lo tanto menor valor indicativo.

Es muy probable que halle una mejor evidencia de las actitudes del presente en su propia experiencia política o en la presión popular que en estatutos bastantes recientes sancionados por una legislatura donde la mayoría de sus miembros ya han muerto. Su interés indicativo tampoco requeriría que examinara la doctrina anterior, tratando de situarla dentro del derecho como un todo, en la forma obsesiva que hacen los jueces. Si es una pregunta bien equilibrada, si la ley de testamentos es más compatible con principios tradicionales de derecho, si se interpreta que prohíbe que los asesinos hereden, lidiar entonces con dicha pregunta no es una manera muy sensata de decidir qué es lo que la mayoría aprobaría ahora. Si se trata de un análisis legal delicado sobre qué requeriría la mejor interpretación de los precedentes citados en el caso McLoughlin, cualquier respuesta proporciona una evidencia muy débil sobre cuál es la decisión que sería más popular o beneficiosa en el futuro.

Sin embargo, ahora puede decirse que un convencionalista cohibido meditaría sobre la doctrina anterior tal como lo hacen los jueces en la actualidad, no en busca de una evidencia de opinión popular sino porque cualquier legislador debe cuidar que la nueva ley sea compatible con la antigua. De esta forma, la búsqueda de coherencia puede explicar la razón por la cual los jueces se preocupan tanto por el pasado y por los estatutos y precedentes que están cerca de la nueva ley que crean para los casos difíciles. Esta sugerencia tiene un sentido, pero no podemos verlo a menos que hagamos una cuidadosa distinción entre los dos tipos de coherencia que debe buscar un legislador: coherencia de estrategia y coherencia de principio. Cualquier legislador debe preocuparse por la coherencia de estrategia. Tiene que cuidar que las nuevas reglas que establece se ajusten lo suficiente a las reglas establecidas por otras personas o que pueden ser establecidas en el futuro de forma tal que todo el conjunto de reglas funcione unido y mejore la situación en lugar de tirar hacia la dirección contraria y la empeore.

Un juez convencionalista que ejerza discreción en la creación de una nueva ley debe prestar particular atención a este peligro porque su poder para cambiar la ley ya existente es bastante limitado. Supongan que antes de revisar el expediente considera que lo mejor es fallar a favor del demandado en el caso McLoughlin porque sería más económico para la comunidad entera si las presuntas víctimas se aseguran contra daños emocionales que si los conductores se aseguran contra el hecho de causarlos. Pero cuando descubre, al revisar los precedentes, que las madres ya poseen un derecho legal a la compensación por daños emocionales sufridos al ver el accidente en forma directa, y por lo tanto los conductores deben asegurarse contra el hecho de causar daños emocionales en dichas circunstancias, la cuestión de los costos del seguro se torna más compleja. Ahora debe averiguar si, dado que los conductores deben asegurarse de todas formas, sería más o menos costoso forzar a las víctimas potenciales a asegurarse contra daños emocionales en las circunstancias muy especiales del caso de la señora McLoughlin, y podría llegar a la decisión de que dividir el riesgo de esta forma sería demasiado ineficiente como para compensar las ganan-

cias de la asignación de esta parte del riesgo a las víctimas. En este simple ejemplo, tenemos un paradigma de juicio legislativo dominado por una coherencia estratégica.

Sin embargo, la coherencia estratégica no requeriría que un juez investigara el pasado para descubrir la “mejor” interpretación de un estatuto o de la Constitución cuando ésta sea discutible o la “correcta” descripción de una decisión judicial anterior cuando los abogados discrepen sobre su interpretación. Esto se debe a que un estatuto o una decisión anterior plantea problemas de coherencia estratégica sólo cuando ha asignado derechos legales que un juez que forma un nuevo precepto por alguna razón no puede cambiar, derechos que no funcionarían bien con los nuevos que quiere crear. El juez convencionalista que imaginamos, que se preocupa si el hecho de fallar en contra de la señora McLoughlin sería eficiente en virtud de los precedentes de que las madres pueden cobrar compensación por daños emocionales sufridos en la escena del accidente, no tiene necesidad de buscar otro principio subyacente “fijo” en estos precedentes o defender una opinión polémica sobre el contenido de estos principios. Su interés en los precedentes se agota, por lo menos para este propósito, una vez que se convence de que según su concepción del derecho éstos establecen que sólo las madres presentes en la escena del accidente tienen derecho a cobrar compensación, y esto queda claro de forma inmediata sin ningún tipo de reflexión acerca de los principios subyacentes de naturaleza discutible.

La coherencia en principio es una cuestión diferente. Requiere que varias normas que gobiernan el uso estatal de la coerción contra sus ciudadanos sea coherente en el sentido de que expresen una visión simple y comprensiva de la justicia. Un juez cuyo objetivo sea la coherencia en principio se preocuparía, al igual que los jueces de nuestros ejemplos, acerca de los principios que deben entenderse como que justifican estatutos y precedentes anteriores. Si se viera tentado a fallar en contra de la señora McLoughlin, se preguntaría si podría hacerse una distinción basada en principios entre su caso y el caso de las madres que recibieron compensación por daños emocionales causados en la escena del accidente. Si quisiera fallar en contra de Elmer, se preocuparía por saber si su decisión es compatible con la posición que ocupan los estatutos dentro de nuestro esquema general de jurisprudencia, tal como él la entiende.

Sin embargo, el convencionalismo difiere del derecho como integridad precisamente porque el primero rechaza en principio la coherencia como fuente de derechos legales. El segundo la acepta: el derecho como integridad supone que las personas poseen derechos legales (derechos que provienen de decisiones anteriores de instituciones políticas y por lo tanto permiten la coerción) que van más allá de la extensión explícita de las prácticas políticas concebidas como convenciones. El derecho como integridad supone que las personas tienen derecho a una extensión coherente y basada en principios de las decisiones políticas del pasado incluso cuando los jueces disientan en gran medida sobre lo que ello significa. El convencionalismo niega lo siguiente: un juez convencionalista no tiene razón alguna para aceptar la coherencia de principio como una virtud judicial o para analizar estatutos ambiguos o precedentes inexactos para lograrlo.

Por supuesto que si el convencionalismo fuese sólo la teoría semántica de que la frase “derechos legales” no debería utilizarse para describir los derechos

que poseen las personas en virtud de la coherencia de principio, un juez convencionalista podría tener un vivo interés en esa forma de coherencia bajo una descripción diferente. Podría decir que cuando se termina la convención explícita, las personas tienen el derecho moral a aquello que el derecho como integridad reclama como sus derechos legales. Luego, decidiría pleitos difíciles tal como lo hacen sus hermanos con la misma mentalidad de integridad. Sin embargo, estamos estudiando interpretaciones substantivas de la práctica legal y no teorías semánticas y nuestro actual interés en el convencionalismo se basa en su reclamo negativo de que la convención agota el poder normativo intrínseco de las decisiones anteriores. El convencionalismo es una teoría sobre los derechos legales de las personas en el sentido que identificamos como crucial para la jurisprudencia y no una propuesta sobre cómo debería usarse "legal". Cualquiera que piense que la coherencia de principio, y no sólo de estrategia, debe hallarse en el centro de la adjudicación, ha rechazado el convencionalismo, se haya dado o no cuenta de ello.

Convención y consenso

De modo que la característica de nuestra propia práctica legal que parecía hacer del convencionalismo una buena interpretación de la práctica legal (la profunda y constante preocupación que jueces y abogados demuestran acerca de la "correcta" interpretación de los estatutos y precedentes de casos difíciles) es en realidad un inconveniente para dicha concepción. Proporciona un argumento casi fatal contra el convencionalismo aun como una interpretación decente de nuestra práctica. Sin embargo, ofreceré otro tipo de argumento en contra del convencionalismo, porque exponer cada uno de los defectos de dicha concepción ayuda a señalar el camino hacia otra mejor. El argumento concluido estudia el razonamiento legal en una muestra representativa, los detalles de la controversia caso por caso. Aún no he objetado la suposición con que comienza el convencionalismo: que sea cual fuere el consenso alcanzado por los abogados sobre legislación y precedente es visto como una cuestión de convención. ¿No es así? Esa pregunta nos pide que cambiemos nuestra perspectiva y no consideremos nuestra práctica legal tomando una muestra representativa sino dentro de un periodo de tiempo.

Supongan que casi todos los abogados y jueces de Inglaterra aceptan que si un estatuto es correctamente aprobado por el Parlamento con consentimiento real y no cabe ninguna duda sobre lo que quiere decir el lenguaje del mismo, entonces la ley es lo que el estatuto afirma que es. Todos ellos piensan que esto se "sobrentiende" y lo cuentan como uno de sus paradigmas del argumento legal. Sin embargo, este supuesto consenso tiene dos explicaciones posibles. Tal vez, abogados y jueces aceptan dicha proposición como verdadera por convención, lo que significa verdadera sólo porque todos los demás la aceptan, del mismo modo que todos los jugadores de ajedrez aceptan que el rey puede moverse sólo un casillero por vez. O tal vez, abogados y jueces aceptan la proposición como obviamente verdadera aunque no verdadera por convención: quizás el consenso es un consenso de convicción independiente, de la misma forma que todos aceptamos que está mal torturar a bebés o condenar a personas inocentes. La diferencia es la siguiente. Si los abogados consideran que una proposición en

particular sobre legislación es verdadera por convención, no pensarán que necesitan cualquier razón sustantiva para aceptarla. De modo que cualquier ataque sustantivo contra la proposición estará fuera de lugar dentro del contexto de adjudicación, al igual que un ataque contra la sagacidad de las reglas de ajedrez está fuera de lugar dentro del juego. Pero si el consenso es de convicción, la discrepancia, por sorprendente que pueda parecer, no estará fuera de lugar porque todos reconocerán que un ataque contra el caso sustantivo para la proposición es un ataque contra la proposición misma. El consenso durará mientras la mayoría de los abogados acepte las convicciones que lo apoyan.

¿Qué explicación proporciona la mejor descripción de la manera en que abogados y jueces tratan proposiciones sobre legislación que se “sobreentenden”? Es poco probable hallar evidencia en uno u otro sentido sólo con interpretar las opiniones judiciales al azar, pues es poco probable que los jueces expliquen por qué creen aquello que todos creen. Debemos estudiar la norma de las decisiones judiciales a través del tiempo. Si comparamos estilos de interpretación legislativa o doctrinas de precedentes en períodos separados por cincuenta años o más, encontraremos un cambio considerable y a veces dramático. Las actitudes judiciales tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos han sufrido un gran cambio durante los dos últimos siglos sobre la cuestión común al caso Elmer y el caso del *snail darter*. En qué grado y de qué forma la intención legislativa es relevante en la interpretación de estatutos. (5) ¿Cómo podemos explicar un cambio tan radical en la teoría dominante de la legislación?

Los hechos son bastante evidentes. La práctica ha cambiado en respuesta a los argumentos hechos dentro del contexto de la adjudicación, como argumentos sobre qué deberían hacer los jueces en ciertos casos en particular y no en convenciones especiales miniconstitucionales. Los argumentos de mayor éxito fueron extraídos de movimientos más generales de la cultura política y social y por lo tanto forman parte de la historia tanto legal como intelectual. Sin embargo, tenían una vida legal bien definida. Aparecieron en las aulas de las escuelas de derecho y en artículos de revistas de derecho, luego, como argumentos de abogados en casos especiales; más tarde, como argumentos judiciales en opiniones contrarias que explicaban por qué la opinión mayoritaria, que reflejaba la ortodoxia de la época, era insatisfactoria; después, como opiniones de la mayoría en un número creciente de casos y por último como proposiciones que no se mencionaban porque se sobreentendían. Todos estos argumentos supusieron, a través de sus largas carreras, que las prácticas establecidas que desafiaban eran creencias ortodoxas de convicción común y no reglas básicas de convención. Dichos argumentos habrían carecido de poder, e incluso parecido tontos, si todos hubieran pensado que las prácticas que desafiaban no necesitaban otro apoyo más que la convención o que estas prácticas constituían un juego del derecho de la misma manera que las reglas de ajedrez constituyen dicho juego.

Por supuesto que las reglas de los juegos cambian con el tiempo. Pero cuando estas reglas fueron aceptadas como una cuestión de convención se hizo evidente una distinción entre los argumentos sobre y los argumentos dentro de las reglas. Si se reuniera un congreso mundial de ajedrez para reconsiderar las reglas para futuros torneos, en dicho congreso aparecerían argumentos que estarían fuera de lugar dentro de un juego de ajedrez. Y viceversa. Tal vez, el ajedrez sería más excitante e interesante si se cambiaran las reglas y se permitiera

que el rey moviera dos casilleros en cada jugada. Sin embargo, nadie que lo pensara trataría esta sugerencia como un argumento de que el rey puede ahora, tal como lo establecen las reglas, mover dos casilleros por vez. Por otra parte, a menudo los abogados piden cambios hasta en la práctica establecida en medio del juego. Los cambios importantes en la doctrina de precedente también fueron hechos en medio del juego: se convenció a los jueces, o éstos se convencieron a sí mismos de que no estaban obligados a actuar según las decisiones que sus predecesores habían establecido como obligatorias. O, lo que es la misma cosa, los jueces cambiaron de opinión acerca de cuáles son los aspectos o características de las decisiones anteriores que estaban obligados a seguir. Una vez más, estos cambios, a pesar de ser dramáticos con el tiempo, eran cambios dentro de la práctica judicial, en respuesta a las cambiantes suposiciones sobre el sentido del precedente y, en forma más general, de la decisión judicial. No fueron el resultado de acuerdos especiales para tener un nuevo conjunto de convenciones.

Este argumento no prueba que no hay nada establecido entre los abogados ingleses y norteamericanos como una cuestión de convención genuina. Quizá, ningún argumento político podría persuadir a los abogados norteamericanos de rechazar la propuesta de que el Congreso debe ser elegido de la forma que prescribe la Constitución, enmendada de tanto en tanto según sus propias disposiciones. Tal vez, todos los jueces aceptan la autoridad de la Constitución más como una cuestión de convención que como el resultado de una sólida teoría política. Sin embargo, podemos extraer dos conclusiones de nuestra discusión. La primera, que nada necesita estar establecido como una cuestión de convención para que un sistema legal pueda no sólo existir sino también florecer. La actitud interpretativa necesita paradigmas que funcionen con efectividad, pero éstos no tienen que ser cuestiones de convención. Bastará que el grado de acuerdo con respecto a la convicción sea lo suficientemente alto en un momento dado como para permitir que el debate sobre prácticas fundamentales como la legislación y el precedente proceda en la forma que describí en el Capítulo 2, debatiendo paradigmas uno por uno, tal como la reconstrucción del barco de Neurath en el mar, una plancha por vez. La segunda, se debaten de esta forma y de a una por vez tantas características de nuestras propias prácticas constitucionales que es poco probable afirmar que el convencionalismo sea una buena interpretación del proceso por el cual nuestra cultura legal cambia y se desarrolla a través del tiempo. El convencionalismo fracasa aquí al igual que fracasa en la muestra representativa, al explicar la forma en que se debaten y deciden casos en particular difíciles, como los citados en nuestros ejemplos. Nuestros jueces tratan las técnicas que utilizan para interpretar estatutos y medir precedentes (aun aquellos que nadie ha desafiado) no sólo como herramientas recibidas por las tradiciones de su antiguo arte sino como principios que suponen pueden justificar en una profunda teoría política, y cuando lo poen en duda, sea cual fuere la razón, formulan teorías que les parecen mejores.

¿El convencionalismo justifica nuestra práctica?

Una concepción del derecho es una interpretación general, abstracta de la práctica legal en su totalidad. Ofrece mostrar la práctica desde su mejor perspectiva, desarrollar algún argumento acerca de la razón por la que el derecho, basado en dicha concepción, proporciona una justificación adecuada para la coerción. Hasta ahora nos hemos preocupado por una dimensión sobre la que debe probarse cualquier interpretación general de ese tipo. Debe ajustarse a nuestra práctica y hemos descubierto importantes razones para creer que el convencionalismo no lo hace. ¿Y qué pasa con la otra dimensión? Si, contrario a mi argumento, el convencionalismo se ajusta a nuestras prácticas legales, ¿proporcionaría una justificación sensata o incluso decente de las mismas? A comienzos de este capítulo, describí un argumento que lo haría. Este argumento apelaba a lo que denominé el ideal de las expectativas protegidas, esa fuerza colectiva debería ser usada sólo según las normas elegidas e interpretada a través de procedimientos que toda la comunidad sabe que serán utilizados para ese propósito; procedimientos tan reconocidos que son cuestiones de convenciones sociales o profesionales. Ahora debemos preguntar si ese ideal es acertado y hasta qué grado apoya en realidad el convencionalismo.

Imparcialidad y sorpresa

Debemos aclarar una posible fuente de confusión. Podría pensarse que el ideal de la expectativa protegida es un ideal democrático, porque propone que sólo se use la coerción cuando está autorizada por procedimientos que el pueblo ha aceptado. (6) Sin embargo, esta apelación a la democracia confunde dos preguntas: ¿El pueblo debería tener la última palabra, a través de instituciones democráticamente elegidas, sobre cómo los jueces deciden los casos? ¿Qué teoría debería elegir o aprobar el pueblo sobre cómo los jueces deberían decidir sus casos? Tanto en los Estados Unidos como en Inglaterra, así como también en cualquier país democrático, el pueblo posee el poder residual de alterar cualquier práctica judicial. Pueden elegir legisladores que tienen el poder de imponer su voluntad a los jueces de una manera o de otra. (7) Ahora pedimos respuestas a la segunda pregunta. ¿Podemos hallar alguna razón de por qué estos legisladores elegirían un sistema convencionalista de adjudicación?

Alguien podría decir: "El sistema convencionalista es el mejor porque la imparcialidad requiere que se avise al pueblo cuándo pueden interrumpir sus planes por la intervención del poder estatal, privándolo de libertad, propiedad o de oportunidad. Una intervención de ese tipo sólo se justifica cuando se han anunciado de antemano las ocasiones de intervención de forma tal que cualquiera que esté escuchando comprenderá lo que se diga. De modo que se deben establecer y respetar estrictamente las convenciones sobre la manera en que se deben impartir las instrucciones y fijar su contenido, para que no sea tema de discusión saber qué son estas instrucciones. Por supuesto, no importa cuán explícitos sean estos procedimientos convencionales o lo escrupulosamente que sean utilizados, surgirán casos, tales como los citados en nuestros ejemplos, donde las instrucciones parezcan confusas o incompletas. En dichos casos, los

jueces causarán algo de sorpresa con la decisión que tomen, sea cual fuere, de modo que la idea de derecho, que aconseja en contra de la sorpresa, ya no es pertinente. Luego, el juez debe hacer lo mejor posible por toda la comunidad, con franqueza y honestidad, sin pretender “descubrir” una ley debajo de la superficie de los estatutos o precedentes que sólo él puede ver. Esa pretensión esconde el hecho de que en este caso no se ha cumplido el objetivo de la ley sino todo lo contrario. Si pretendemos que hay una ley cuando no está claro qué es la ley, perderemos la visión de la íntima relación que existe entre la ley y el aviso oportuno. Sólo un sistema comprometido con el convencionalismo, que no admite ninguna ley fuera de la convención, puede proporcionarnos la protección que necesitamos.”

Este argumento supone que reducir la sorpresa es un objetivo valioso e importante de la moralidad política. ¿Es eso verdad? La sorpresa ocurre cuando se frustran las predicciones del pueblo, sin embargo esto no suele ser injusto, aun cuando las predicciones frustradas son razonables, es decir, apoyadas por el equilibrio antecedente de las probabilidades. La sorpresa es injusta en una circunstancia especial: cuando aquellos que deliberadamente alentaron una predicción, la frustran. Si se practicara de esa forma el convencionalismo dentro de una jurisdicción en particular y fuera anunciado y confirmado por instituciones públicas, que el pueblo puede confiar en ese tipo de adjudicación, sería injusto que de repente un juez lo abandonara. Pero ése no es nuestro caso, tal como lo ha demostrado, el argumento desarrollado hasta el momento. Estamos estudiando argumentos que tratan de justificar el convencionalismo, sobre una base política, argumentos que serían válidos, por ejemplo, para personas que deciden establecer o no el convencionalismo en una pizarra limpia. La sugerencia de que el convencionalismo reduce la sorpresa no debe suponer entonces que la sorpresa es injusta sino que es indeseable por otra razón: que es ineficiente, por ejemplo, o que impone riesgos innecesarios, que asusta a las personas o que no es de interés general.

Sin embargo, no puede justificarse el convencionalismo sobre la única base de que la sorpresa es ineficiente o indeseable, porque el convencionalismo no protege contra la sorpresa tan bien como lo haría una teoría de adjudicación más simple y directa. Ya hemos señalado el sentido en que el convencionalismo es bilateral: insiste en que si en un caso no se puede hallar ninguna decisión en la extensión explícita de una convención legal, el juez está obligado a crear una nueva ley de la mejor manera posible. Ninguna convención decide si la señora McLoughlin tiene derecho a una compensación por sus daños emocionales o si el señor O'Brian tiene derecho a no pagarlo. De modo que nadie posee el derecho de tomar una decisión a favor de uno u otro, y el juez debe decidir el caso según la regla que considere mejor para el futuro, teniendo todo en cuenta. Pero si falla a favor de la señora McLoughlin, ha intervenido en la vida del señor O'Brian a pesar de que éste no había sido prevenido de que esto sucedería.

El argumento político del convencionalismo que expuse hace un momento supone que este tipo de situación es inevitable y que ninguna teoría de adjudicación puede evitarlo. Defiende el convencionalismo afirmando que protege a las personas de la sorpresa lo mejor posible. Sin embargo, si tuviéramos sólo ese objetivo en mente, elegiríamos una teoría de adjudicación diferente, que podríamos denominar “convencionalismo unilateral” o sólo “unilateralismo”. En po-

cas palabras, el unilateralismo establece que debe ganar el demandante si él o ella tiene el derecho de ganar establecido en la extensión explícita de una convención legal, de lo contrario debe ganar el demandado. (8) Insiste en que se observe el *statu quo* en la Corte a menos que una disposición dentro de la extensión explícita de una convención legal requiera lo contrario. De modo que el unilateralismo sostiene que el señor O'Brian no debe pagar daños y perjuicios por el daño emocional que le causó a la señora McLoughlin, pese a que el juez piense que una disposición contraria sería lo más conveniente para el futuro. (9)

En un departamento de derecho penal, la práctica anglo-norteamericana está muy cerca del unilateralismo. (10) Creemos que no se debería hallar a nadie culpable de un crimen a menos que el estatuto o cualquier otra parte de la legislación establezca que el crimen es tan obvio que tendría que haber sabido que su acto era criminal o lo habría sabido si hubiese intentado descubrir si lo era. En los Estados Unidos este principio posee el grado de un principio constitucional, y la Corte Suprema ha derribado en varias ocasiones convicciones criminales porque el supuesto crimen estaba definido en forma muy vaga como para hacer la notificación necesaria. (11) Pero nuestra práctica legal no es unilateralista de esta forma sobre los vastos alcances del derecho privado que hemos discutido en este libro; muy a menudo, los jueces fallan a favor del demandante, tal como lo hicieron en el caso McLoughlin, cuando según el convencionalismo, el demandante no posee ningún derecho legal para ganar.

Nuestra práctica sería muy diferente si fuera por lo general unilateralista. Se empezarían muchos menos juicios porque el demandante entablaría juicio sólo si tuviera derecho a ganar, en cuyo caso el supuesto demandado no se defendería y se limitaría a pagar. Las personas podrían seguir entablando juicios cuando los hechos estuvieran en discusión, porque cada parte podría esperar poder convencer al juez o jurado de que su visión de los hechos es correcta desde el punto de vista histórico. (12) Pero no se comenzaría ningún caso con la esperanza de convencer al juez de "extender" una disposición indiscutible de una manera polémica y (lo que es aun más importante) nadie ajustaría nunca su conducta en anticipación a que una Corte extienda la disposición si por alguna razón sus asuntos llegaran ante ella. Es por eso que el unilateralismo no es una interpretación idónea de nuestra conducta y práctica legales.

El convencionalismo estricto parece más apto que el unilateralismo precisamente porque es bilateral. No estipula que el demandado tiene derecho a ganar un juicio cada vez que y sólo porque el demandante no lo gane. Sin embargo, el hecho en sí requiere que un convencionalista halle una justificación política un tanto más compleja que aquella que acabo de describir. Debe sostener no sólo que la sorpresa es ineficiente e indeseable sino que en ciertas circunstancias se debe aceptar la sorpresa debido a un principio o política más importante. Debe demostrar que la estructura bilateral del convencionalismo distingue, en efecto, circunstancias diferentes: aquellas donde se debe eliminar la sorpresa y aquellas donde, por estas diferentes razones, debe ser tolerada.

Convención y coordinación

Algunos filósofos del derecho ofrecen un argumento que intenta exactamente eso. Tratan de explicar por qué la sorpresa es por lo general indeseable y también cuándo se la debe aceptar a pesar de todo. Presentaré el siguiente ar-

gumento en lo que creo es su forma más persuasiva. (13) "El objetivo del convencionalismo no es sólo proteger a los litigantes contra la sorpresa sino un objetivo mucho más complejo que incluye el hecho de lograr beneficios sociales tanto de la actividad comercial como privada. Las personas necesitan reglas para poder vivir y trabajar juntas y con eficiencia, y necesitan estar protegidas cuando se apoyan en dichas reglas. Sin embargo, alentar y retribuir la confianza no posee siempre una importancia decisiva; a veces es mejor dejar un asunto sin reglamentar por convención para permitir el juego de juicios independientes por parte de ambos jueces y del público anticipadamente a lo que harían los jueces. Este equilibrio entre la confianza y la flexibilidad es posible gracias a la estructura bilateral del convencionalismo. La convención establece ciertos procedimientos de modo que cuando se adoptan reglas claras, según estos procedimientos, la gente puede confiar en la intervención del Estado en su representación; también puede confiar en la no intervención del Estado a instancias de otros ciudadanos salvo en la forma que estipulan estas reglas y pueden planear y coordinar sus asuntos de acuerdo con ello. Pero cuando estos procedimientos han dejado vacíos, la gente sabe que no tiene derecho a apoyarse en nada, salvo en que, si sus actividades provocan un pleito, los jueces decidirán su suerte construyendo aquello que, según la opinión de los mismos jueces, es la mejor regla para el futuro."

Esta descripción de las virtudes del convencionalismo está de acuerdo con la diferencia que describí anteriormente entre el acuerdo por convención y el acuerdo por convicción, y también con las explicaciones filosóficas recientes acerca de qué es una convención. (14) Una convención existe cuando las personas siguen ciertas reglas o máximas por razones que esencialmente incluyen en sus expectativas de que otros seguirán las mismas reglas o máximas, y seguirán reglas por esa razón cuando crean que tener una regla establecida es más importante que tener cualquier regla en particular. La convención de que cuando se interrumpe una llamada telefónica, la persona que realizó la llamada volverá a llamar y la otra aguardará, sigue con exactitud ese modelo. Del mismo modo que lo hacen las convenciones que conforman el código de tránsito. Nuestra razón para conducir por la derecha en Norteamérica y por la izquierda en Inglaterra es nuestra expectativa de que otros harán lo mismo, junto con nuestra creencia de que es más importante que exista una regla en común en lugar de que sea una en lugar de la otra. En el caso de las reglas de tránsito no tenemos razón alguna para pensar que una regla es mejor que la otra. Pero aunque tuviéramos una razón (aunque pensáramos que es más natural que los diestros, que conforman la mayoría, conduzcan sobre la derecha) nuestras razones para querer que todos conduzcan del mismo lado seguirían siendo mucho más fuertes.

En la situación contraria, cuando no hay convención sino sólo un acuerdo de convicción, todos siguen la misma regla pero porque creen que es la mejor. Todos consideramos un error infligir dolor sin causa alguna, pero nuestra razón para obedecer este principio no es que otros lo hacen. Podría darse que si los demás no siguieran la regla que consideramos mejor, tendríamos una razón para no seguirla tampoco nosotros. Tal vez, si nadie más considerara que matar o robar es malo, sería imprudente que actuáramos basándonos en nuestros actuales escrúpulos. Pero en ese caso tendríamos una razón contraria o de contrape-

so que estaría en conflicto con nuestra razón positiva principal para no matar o robar. En estas circunstancias, cuando la mayoría de la gente comparte las mismas creencias sobre el asesinato que nosotros, ese hecho no es nuestra razón principal para actuar tal como pensamos que deberíamos hacerlo.

Nuestro nuevo argumento para las virtudes políticas del convencionalismo utiliza estas distinciones para demostrar por qué la línea que traza esta teoría entre los casos decididos por ley y los casos que necesitan una legislación judicial logra el equilibrio exacto entre predicción y flexibilidad. "A menudo, ese acuerdo en las reglas del derecho privado es más importante que aquello que estas reglas son, al menos dentro de un límite amplio. Es preferible contar con procedimientos convencionales como la legislación y el precedente para que la gente pueda confiar en cualquier decisión a la que se llegue a través de estos procedimientos. Sería importante, por ejemplo, que se estableciera, y en forma concluyente, si y cuándo los conductores descuidados son responsables del daño emocional que pueden causar a otras personas que no sean las víctimas inmediatas. Los aseguradores pueden fijar primas con inteligencia, y la gente puede tomar decisiones inteligentes sobre el tipo y el monto del seguro que deben comprar y sobre qué riesgos deben correr. Esto no significa que para la asistencia social no existe diferencia acerca de cuáles son las reglas sobre las que se decide. Las reglas de responsabilidad no son como las reglas de tránsito. Sería más o menos eficiente o más o menos justo asignar la responsabilidad a una parte o a la otra, y ésta es la razón por la cual es importante que la legislatura o las cortes, sea cual fuere la primera en establecer la regla, tomen la decisión sustantiva correcta. Pero una vez que se ha establecido de esta forma un conjunto de reglas, podríamos pensar que es más importante que el público considere estas reglas como establecidas, para que la gente pueda planificar de acuerdo con ello, que el hecho de que sean las mejores reglas que se pudieron hallar; esto nos da una razón de por qué las cortes no deben tocar la regla aun si piensan que se hizo una elección incorrecta en la primera instancia."

Ahora imaginen que un unilateralista objeta que dado que la coordinación es tan importante en este campo, debería permitirse que la convención ocupara todo el campo en la forma que recomienda. Deberíamos considerar establecido el hecho de que los conductores son responsables por ese tipo de lesión tal como se ha estipulado en forma explícita en estatutos claros, de modo que los conductores y las potenciales víctimas puedan asegurarse y planificar sus asuntos de acuerdo con ello. El convencionalista posee ahora una defensa convincente de su bilateralismo en contra de esta objeción. "Dado que es importante (y quizá mucho) la regla que se elija, es mejor que utilicemos la convención sólo para proteger decisiones tomadas por una institución política responsable sobre los méritos y no incluir decisiones en contumacia, es decir, decisiones que en realidad nadie ha tomado. Si se ha tomado una decisión acerca de la responsabilidad por daños emocionales en uno u otro sentido y no caben dudas acerca del significado de dicha decisión, todos deben tener derecho a que se haga cumplir dicha decisión hasta que se la desapruebe también públicamente. Sin embargo, si no se ha tomado ninguna decisión en uno u otro sentido, la Corte puede entonces decidir en base a los méritos de la causa, tomando la mejor decisión para el futuro, a pesar de tomar en cuenta una coherencia estratégica."

Convencionalismo y pragmatismo

La defensa del convencionalismo que hemos presentado posee dos partes: la primera, que una adjudicación inteligente consiste en encontrar el equilibrio exacto entre predicción y flexibilidad y, la segunda, que ese equilibrio exacto esté apoyado por jueces que siempre respeten las decisiones explícitas anteriores tomadas por instituciones políticas y no que hagan cumplir decisiones por contumacia en la forma que lo hace el unilateralismo. La segunda parte parece más vulnerable que la primera. ¿Por qué esa política más bien rígida asegura el equilibrio exacto y no una política más sofisticada que podría ser sensible a los distintos méritos de predicción y flexibilidad, caso por caso? La segunda concepción general del derecho que presenté en el último capítulo, el pragmatismo legal, sostiene que la gente nunca tiene derecho a nada que no sea la decisión judicial, es decir, tomando todo en cuenta, la mejor decisión para toda la comunidad, sin respetar ninguna decisión política anterior. No tienen derecho a que se use el poder colectivo del Estado a favor o en contra de ellos en virtud de lo que una legislatura u otra Corte ha decidido en el pasado. Pronto veremos que el pragmatismo es menos radical de lo que esta descripción lo hace parecer, pues reconoce razones de estrategia de por qué se deben hacer cumplir los estatutos según su significado evidente y por qué deben respetarse decisiones judiciales del pasado en casos actuales. De lo contrario, el gobierno perdería su poder para controlar el comportamiento del pueblo y esto, obviamente, dañaría la comunidad. Sin embargo, éstas no son más que razones de estrategia, y un pragmático cree que los jueces siempre tendrían que estar preparados para rechazar dichas razones cuando crean que cambiar las reglas establecidas en el pasado es por el interés general, a pesar de causar un pequeño daño a la autoridad de las instituciones políticas.

Una sociedad francamente comprometida con el pragmatismo legal sería diferente de una tímida sociedad convencionalista. Supongan que la señora McLoughlin estuvo en la escena del accidente; según el convencionalismo, ella tendría el derecho legal a cobrar recompensa en virtud de decisiones anteriores. Un juez pragmático podría decidir, en dicho caso, hacer caso omiso de estas decisiones del pasado. Debe ser sensible a consideraciones estratégicas, lo que incluye su preocupación por las virtudes de coordinación. De modo que, aun si pensamos, desde el punto de vista económico, que la mejor decisión sería negar cualquier tipo de recompensa por daños emocionales, se preguntaría si el papel que desempeña la ley al alentar la confianza y la coordinación sufriría algún daño si ignorara los precedentes y, si así fuera, si esta pérdida se compensaría con la ganancia que prevé gracias al cambio. Pero podría llegar a la conclusión de que el daño causado al papel que desempeña el derecho es pequeño y la ganancia económica, grande, y decidir no otorgar ninguna recompensa. La diferencia práctica entre las dos teorías de adjudicación es la siguiente: en un régimen convencionalista los jueces no se considerarían con la libertad de cambiar reglas adoptadas según las convenciones legales en vigencia sólo porque una regla diferente sería más justa o eficiente. En un régimen pragmático no se reconocería ninguna convención de ese tipo, y a pesar de que los jueces normalmente harían cumplir las decisiones tomadas por otras instituciones políticas en el pasado, reconocerían que no es un deber hacerlo. En una sociedad con-

vencionalista, una persona que planea sus asuntos podría basarse en decisiones del pasado sancionadas por convención. Pero en una sociedad pragmática tendría que predecir si los jueces considerarán su caso como uno donde las virtudes de la predicción son menos importantes que la sustancia de la ley, y si, si consideraran más importante la sustancia, pensarán en una decisión para esa persona, mejor o peor para la comunidad. El pragmatismo torna más difícil predecir qué harán las cortes en los casos que, desde el punto de vista del convencionalismo, son fáciles. Sin embargo, el pragmatismo tiene también las ventajas correspondientes. Otorga libertad a los jueces para cambiar las reglas cuando crean que el cambio sería más importante que cualquier mal que dicho cambio pudiera causar. También alienta a la comunidad a anticipar dichos cambios y así logra una buena parte del beneficio del cambio sin el gasto del pleito, o el costo, incierto y extraño proceso de legislación.

¿Cuál de estos dos regímenes diferentes (el convencionalismo o el pragmatismo) parece poder lograr el mejor equilibrio entre predicción y flexibilidad y por ende, la estructura más eficiente para coordinar las acciones de los ciudadanos a largo plazo? No tenemos razón alguna para pensar que uno u otro sería mejor para todas las comunidades en todo momento. Mucho dependerá de los detalles del desarrollo económico, de las pautas de comercio, tecnología, ideología, tipos y niveles de conflicto social, etcétera. Por supuesto que estas características de una sociedad sufrirán la influencia de su estilo dominante de adjudicación. Sin embargo, esto hace que sea menos razonable suponer que cualquier argumento *a priori* podría demostrar que una estrategia será siempre la correcta. En este hecho, poseemos un argumento de que si tuviéramos que elegir una de las dos estrategias para un futuro indefinido sería mejor elegir el pragmatismo, porque se adapta con mayor facilidad. Si la estructura social y económica de nuestra comunidad se desarrolla en forma tal que en retrospectiva parece que una estrategia convencionalista habría sido más adecuada, el pragmatismo ya habrá llevado la norma de adjudicación muy cerca del convencionalismo. Pues tanto los jueces como las personas comunes y corrientes habrán visto que el campo que debería dominar la predicción es muy amplio, y los ciudadanos harán sus planes suponiendo que los jueces adoptarán esa perspectiva y por lo tanto, no revocarán la práctica legal establecida con tanta frecuencia. Sin embargo, lo opuesto no es verdadero. El sistema convencionalista carece de la capacidad necesaria para alcanzar algo como la flexibilidad del pragmatismo, porque cualquier mitigación provocaría inevitablemente el fracaso de cualquier expectativa alentada por el público.

Con ello, no quiero decir que apruebo el pragmatismo. Sus méritos y defectos son el tema del siguiente capítulo. Mi único objetivo es proporcionar la siguiente respuesta al argumento de la coordinación como un argumento a favor del convencionalismo. Si nos vemos tentados a elegir el convencionalismo sobre la base de que proporciona una estrategia aceptable para alcanzar el equilibrio más eficiente entre seguridad y flexibilidad, deberíamos elegir el pragmatismo, que parece una estrategia mucho mejor. En resumen: en la primera parte de este capítulo, afirmé que el convencionalismo no se adapta bien a nuestras prácticas legales. Pregunté si dicha concepción justificaría estas prácticas, al

pintar un cuadro atractivo del sentido del derecho, si se adapta bien. Hemos visto que no es así, que no tenemos razón alguna de forzarlo a que se adapte. El fracaso del convencionalismo como una interpretación de nuestro derecho es completo: fracasa en ambas dimensiones de la interpretación.

5. Pragmatismo y personificación

Una concepción escéptica

Muchos lectores deben haberse sorprendido y por lo tanto, a algunos debe haberles encantado mi primera descripción del pragmatismo legal en el Capítulo 3. Ahora, debo reemplazarla por una descripción más compleja, aunque espero más impresionante, destinada a mostrar la diferencia principal entre pragmatismo y derecho como integridad. El pragmático adopta una actitud escéptica con respecto a la suposición que consideramos personificada en el concepto del derecho: niega que las decisiones políticas del pasado proporcionen cualquier justificación ya sea para usar o retener el poder coercitivo del Estado. Halla la justificación necesaria para la coerción en la justicia, la eficiencia o cualquier otra virtud contemporánea de la decisión coercitiva misma, como cuando la toman los jueces, y agrega que la coherencia con cualquier decisión legislativa o judicial del pasado no contribuye en principio a la justicia o la virtud de cualquier decisión actual. Cree que si los jueces se guían por este consejo, a menos que cometan grandes errores, la coerción que dirigen hará que el futuro de la comunidad sea más brillante, liberado de la mano muerta del pasado y del fetiche de la coherencia, por su propio bien.

Por supuesto que los jueces disientirán sobre qué regla, establecida en qué circunstancias, sería la más conveniente para el futuro sin tener en cuenta el pasado. En algunos casos disientirán porque discrepan acerca de las posibles consecuencias de una regla en particular, y en otros, porque tienen distintas opiniones de lo que es una buena comunidad. Algunos pensarán que una buena comunidad nunca establece reglas coercitivas a menos que sea para hacer cumplir deberes morales, y por lo tanto que se obligue al señor O'Brian a compensar a la señora McLoughlin si, y sólo si, tiene el deber moral de hacerlo. Otros pensarán que el valor de una comunidad no depende de otra cosa que no sea su prosperidad, de modo que se debería forzar al señor O'Brian a la compensación si la práctica de la compensación requerida en estas circunstancias aumenta el bienestar de la comunidad en su totalidad. El pragmatismo como concepción del derecho no estipula cuáles de todas estas distintas visiones de una buena comunidad son seguras y atractivas. Alienta a los jueces para que decidan y actúen según sus propios puntos de vista. Supone que esta práctica servirá mejor a la comunidad (la acercará más a lo que es una sociedad justa y feliz) que cualquier otro programa alternativo que requiere coherencia con decisiones tomadas por otros jueces u otras legislaturas.

Según nuestra descripción abstracta, "conceptual" de la práctica legal, una persona posee el derecho legal a ganar un juicio, si es que dicho derecho proviene de decisiones políticas anteriores. El convencionalismo ofrece una teoría positiva, no escéptica sobre cuáles son los derechos legales que posee el pueblo: sus derechos legales son aquellos derechos que las convenciones extraen de decisiones políticas del pasado. El derecho como integridad es también una teoría no escéptica de derechos legales: sostiene que el pueblo posee como derechos legales los derechos avalados por los principios que proporcionan la mejor justificación de toda la práctica legal. Por el contrario, el pragmatismo niega que las personas posean derechos legales: sostiene que nunca tienen derecho a lo que de otra forma sería peor para la comunidad sólo porque lo dijo una legislatura o un grupo de jueces decidió que otras personas lo serían.

Los derechos y deberes legales son una parte familiar de nuestra escena legal; por lo tanto, podría sorprenderles que alguien propusiera el pragmatismo como una interpretación aceptable de nuestra actual práctica. Sin embargo, los pragmáticos pueden explicar por qué el lenguaje de los deberes y derechos figura en el discurso legal. Sostienen, sobre una base pragmática, que a veces los jueces deben actuar *como si* las personas tuvieran derechos legales, porque al actuar de ese modo sirven mejor a la sociedad a largo plazo. El argumento para esta estrategia de "*como si*" es bastante claro: la civilización es imposible a menos que todos acepten que las decisiones de una persona o grupo bien definido establecen normas públicas que si es necesario serán puestas en vigor a través del poder de la policía. Sólo la legislación puede determinar tasas impositivas, mercados estructurales, códigos y sistemas de tránsito fijos, estipular tasas de interés aceptables o decidir qué manzanas de estilo georgiano deben ser protegidas de la modernización. Si se viera a los jueces elegir la legislación, haciendo cumplir sólo aquellos estatutos que aprueban, esto haría fracasar el objetivo pragmático porque no mejoraría las cosas sino que las empeoraría. De modo que después de todo, el pragmatismo debe ser una interpretación aceptable de nuestra práctica legal, si resulta que nuestros jueces declaran que las personas tienen derechos legales sólo, o principalmente, cuando un juez pragmático cohibido pretende que sí los tienen. El pragmatismo podría ser mucho menos radical en la práctica de lo que parece ser en teoría.

Los abogados académicos que mencioné en el Capítulo 1, que se hacían llamar "realistas", lo hicieron parecer muy radical. Algunos de ellos se complacieron en hacer declaraciones provocativas con respecto a su posición: el derecho no existe, dijeron, o la ley es sólo la predicción de lo que harán las cortes o lo que el juez tomó como desayuno. A veces transforman estos reclamos dramáticos en teorías semánticas: algunos de ellos dijeron que las propuestas de derecho son sinónimo de las predicciones sobre qué harán los jueces o son sólo expresiones de emoción y no propuestas. El realismo está ahora fuera de moda, en parte como consecuencia de esos tontos reclamos semánticos. Es obvio que las propuestas de derecho no son predicciones disfrazadas ni expresiones de deseo. Como consecuencia de ello, los profesores de derecho enseñan a sus alumnos que el realismo legal fue una exageración innecesaria de los hechos sobre la práctica legal mejor descritos en una forma menos acalorada. Sin embargo, el pragmatismo es una concepción interpretativa del derecho y no una teoría semántica. Ahora trataré de demostrar que es una concepción del dere-

cho más poderosa y persuasiva que el convencionalismo y un desafío más fuerte del derecho como integridad.

¿El pragmatismo es conveniente?

Derechos de tipo "como si"

Deberíamos comenzar nuestra prueba del pragmatismo con la pregunta formulada hace un momento. ¿Los jueces y abogados reconocen los derechos legales principalmente en circunstancias que podrían explicarse sobre una base pragmática? Debemos preguntarnos qué estrategia adoptaría un sofisticado juez pragmático y tímido al pretender que las personas poseen derechos legales. Trataría de hallar el equilibrio exacto entre la predicción necesaria para proteger las valiosas instituciones legislativas y el precedente y la flexibilidad necesaria para sí mismo y otros jueces para mejorar el derecho a través de lo que hacen en la Corte. Cualquier estrategia general para lograr esto sería tentativa; un juez pragmático estaría dispuesto a revisar su práctica agrandando o contrayendo el alcance de lo que él considera derechos legales cuando la experiencia mejorara los complicados cálculos sobre de qué estrategia dependerá.

Sin lugar a dudas, por las razones señaladas, incluiría en su lista de derechos legales del tipo "como si" los derechos que una legislación clara aparenta crear. Pero no necesariamente decidiría honrar todos los derechos que proveen todos los estatutos. Podría excluir estatutos antiguos como aquellos que prohíben la anticoncepción, por muy claros y precisos que sean, si sólo son vestigios de políticas abandonadas mucho tiempo atrás, si no representan una decisión política contemporánea y por lo tanto no desempeñan ningún rol útil en la coordinación del comportamiento social actual. (1) En general, reconocería como derechos de tipo "como si" aquellos derechos declarados por otros jueces en decisiones anteriores, pero tampoco incluiría todas estas decisiones. Pensará que los jueces deberían retener el poder de invalidar decisiones judiciales anteriores si fueran desatinadas, aun cuando fueran lo bastante claras como para guiar a los litigantes. De modo que una firme estrategia de tipo "como si" produciría una doctrina atenuada de respeto por los estatutos y precedentes.

Sin embargo, un pragmático sofisticado se vería tentado de todos modos, por razones que consideraría bastante respetables, a disfrazar estas atenuaciones. Podría pensar que es más conveniente a veces pretender que hace cumplir un estatuto anticuado y obsoleto o un precedente tonto y malicioso cuando en realidad lo que hace es ignorarlo. En ese caso, podría ofrecer su decisión como una sorprendente "interpretación" del estatuto o precedente cuando en verdad no es nada de eso. Un pragmático minucioso consideraría la cuestión de disfrazar, y hasta qué punto, su actual decisión de esta forma como otra cuestión estratégica. ¿La comunidad está tan ansiosa de que sus jueces no se comporten como pragmáticos que esta "mentira noble" les ayudará a servir a sus intereses mejor a largo plazo? ¿O bien otras personas descubrirán su mentira y estarán menos dispuestas a aceptar y a dejarse guiar por sus reglas que si se hubiera mostrado más abierto desde el principio? ¿O será una sociedad peor si ha sido

engañada, sólo por esa razón, porque a las personas no les gusta que se les mienta, incluso si nunca descubren dicha mentira? Esta no debe ser una decisión todo-o-nada: un pragmático debería hacer su concepción tan abiertamente pragmática como se atreva, disfrazando sólo aquellos elementos (su doctrina de obsolescencia, tal vez) que la comunidad no está preparada a aceptar.

Estudio de incidencias: presunto establecimiento de reglas

Un pragmático cohibido podría decidir casos en formas, e incluso palabras, que nos resultan familiares. Tendrá otras razones, aparte de cualquier estrategia de mentira noble, de obedecer ciertas prácticas familiares que a primera vista podría sentirse tentado a descartar. Un pragmático imaginativo podría sentirse tentado, por ejemplo, a divorciar la pregunta de qué regla debería establecer para el futuro de la pregunta de qué forma debería decidir el caso ante él. Supongan que observa que es posible que Elmer utilice su herencia en formas que beneficien a la comunidad más que cualquier uso que pudieran darle Goneril y Regan. La invertirá mientras está en la cárcel y la utilizará de manera beneficiosa cuando sea puesto en libertad; mientras que ellas la invertirían en valiosos lujos. Por qué no asestar un golpe progresivo: impedir que potenciales asesinos hereden declarando que en el futuro, los asesinos no podrán heredar y al mismo tiempo, mejorar la prosperidad social permitiendo que Elmer gane. Esta sutil estrategia dependería de que otros jueces sigan la nueva regla cuando aparecieran asesinos reclamando sus herencias, en lugar de decidir por ellos mismos si el asesino utilizará el dinero en forma más útil que los herederos universales. Sin embargo, nuestro juez podría garantizarlo dejando en claro que su intención es que la nueva regla se aplique a todos los futuros casos, y que la excepción de Elmer fue posible sólo por el hecho de que ningún juez había establecido esta regla antes de que Elmer cometiera el crimen.

Sin embargo, si un juez pragmático piensa bien la cuestión, terminará por rechazar esta técnica de hacer reglas "sólo presuntas", salvo en circunstancias muy especiales. Porque se dará cuenta de que si esta técnica se hiciera popular, las personas que podrían beneficiarse gracias a reglas nuevas y progresivas perderían el incentivo de llevar a la Corte nuevos casos donde estas reglas podrían ser anunciadas para el futuro. Las personas litigan dichos casos (que son a la vez arriesgados y costosos) sólo porque creen que si logran persuadir a algún juez de que una nueva regla sería de interés público, la nueva regla sería aplicada en forma retroactiva a su favor. Si se les niega esa posibilidad, no litigarán y la comunidad perderá los beneficios que proporcionarían las nuevas reglas.

Si, por otra parte, un juez pragmático aplica en forma casi invariable sus nuevas reglas retroactivamente y alienta a otros jueces a hacer lo mismo, esto logrará un gran beneficio para la comunidad. Notamos este beneficio al descubrir por qué el convencionalismo resulta peor que el pragmatismo para combinar la conducta social. Si la gente sabe que se aplicará una nueva regla en forma retroactiva se comportará de acuerdo con cualquier regla que imagine será considerada de interés general en las cortes y ésta será gran parte de la ventaja que proveerán dichas reglas sin tener la necesidad de sancionarlas o adjudicarlas. Imaginen que nunca se decidió si la personas que aceptan un cheque que creen fraguado pueden cobrarlo, a pesar de ello. La legislatura no ha tenido nunca la

oportunidad de pronunciarse con respecto a este asunto y la cuestión no se ha presentado nunca ante una Corte. Pero es obvio para cualquiera que trabaje con cheques y reflexione sobre el asunto que es por el bien del público negar su cobro en dichas circunstancias. Si una persona a la que le ofrecen un cheque obviamente fraguado cree que si la cuestión llega a juicio la Corte establecerá una disposición que niegue el cobro de dichos cheques en el futuro y aplicará dicha disposición en su contra, no aceptará el cheque en la primera instancia y la sociedad gozará del beneficio de una mejor regla sin pagar los gastos de un litigio o incurrir en las desventajas de una mala práctica comercial antes de que el caso se litigue.

El viejo obstáculo

De pronto parece que el pragmatismo, lejos de adaptarse a nuestras prácticas legales peor de lo que hace el convencionalismo, se ajusta mejor a ellas. Probamos el convencionalismo contra dos perspectivas de nuestra práctica: en una muestra representativa, como una descripción de lo que ciertos jueces en particular hacen sobre casos particulares, y a través del tiempo, como una historia sobre la forma en que se desarrolla y cambia la cultura legal. El convencionalismo falló desde esta última perspectiva. Su cuadro del derecho como una cuestión de convenciones (un juego con espacios en blanco entre las reglas) proporciona una descripción distorsionada de cómo se llegó a cuestionar y cambiar prácticas establecidas. El pragmatismo relata una historia más prometedora. Señala que las estrategias para perseguir el interés general que parecen obvias en una generación serán cuestionadas en otra, y serán cambiadas en forma natural, desde dentro del proceso judicial y no fuera de él. El convencionalismo también falló desde la primera perspectiva. No podía explicar la característica más prominente de la adjudicación en casos difíciles como los de nuestros ejemplos: la constante e implacable preocupación que muestran los jueces para explicar la "verdadera" fuerza de un estatuto o decisión precedente cuando dicha fuerza es problemática. ¿La estrategia del *como si* del pragmatismo proporciona una mejor explicación? ¿O también fracasa ante este obstáculo?

Un juez pragmático no tiene una razón directa para preocuparse, tal como lo hicieron los jueces en el caso Elmer, sobre las intenciones de los legisladores que adoptaron por primera vez la ley de testamentos de Nueva York. Piensa que la única razón valedera para hacer cumplir estatutos de cuya sabiduría duda, es proteger la capacidad de la legislatura para coordinar la conducta social. Por lo tanto considera inútil tratar de hacer cumplir instrucciones estatutarias que son tan confusas que cualquier confianza en ellas sería especulativa, tan vagas que no pueden ayudar a la coordinación en ningún sentido. Considera que no tiene un sentido especial tratar de descubrir las intenciones de los legisladores muertos desde hace tiempo, intenciones que de cualquier manera deben de ser oscuras, polémicas e inaccesibles para el público en general. Sostiene que es mucho mejor insistir en que cuando un estatuto es confuso no puede ser la fuente de ningún derecho legal del tipo *como si*, que la regla correcta es aquella que será mejor para el futuro. De modo que un juez pragmático se comportará como Earl en el caso Elmer sólo si tiene una razón indirecta, del tipo mentira noble para pretender que las intenciones legislativas son relevantes. Es poco probable que

halle una razón de ese tipo. Apenas daña la capacidad de la legislatura actual de hacer su voluntad si los jueces rehúsan especular sobre la manera de interpretar reglas confusas del pasado o cuáles habrían sido las intenciones de personas muy distintas de los legisladores actuales si hubiesen pensado sobre un problema que en realidad ignoraban.

Un juez pragmático hallará lugar en su teoría sobre derechos legales del tipo *como si* para una doctrina de precedente. Las personas pueden planear sus asuntos con más confianza si pueden guiarse mejor acerca de cuándo y cómo el Estado intervendrá y por lo tanto, la comunidad estará mucho mejor si puede estudiar con sensatez decisiones judiciales del pasado para predecir otras futuras. Sin embargo, esta justificación para respetar el precedente no es válida cuando el alcance de una decisión anterior es incierto y polémico. De modo que un pragmático no tiene una razón directa para pretender descubrir el "verdadero" fundamento de esa decisión al tratar de leer la mente de los jueces que la tomaron o mediante cualquier otro proceso de adivinación. Tampoco se siente inclinado a decidir otros casos "por analogía" con casos anteriores, por lo menos, cuando existe desacuerdo sobre si este último caso es igual o no a otro anterior. Imaginen que un juez pragmático decide el caso de la señora McLoughlin. Deja de lado la pregunta sobre si existe una diferencia importante de principio entre el caso de una madre que sufre daños emocionales al ver a su hijo atropellado por un automóvil y una madre que sufre el mismo tipo de lesión al ver a su hijo ensangrentado en un hospital. Insiste en que se deben separar los dos casos. En el primer caso, existe un precedente directo y sabe que una estrategia acertada le exigiría que siguiera ese precedente. En el segundo, no existe ningún precedente directo, de modo que se siente libre para decidir si existe o no una diferencia de principio entre los dos casos. Conectar los dos casos no estimula la planificación, dado que de todos modos la conexión es polémica y la separación de los mismos mejora la flexibilidad. Una vez más, una defensa del pragmatismo podría ser el hecho que se adapta a aquello que los jueces hacen y dicen en los casos difíciles sólo si suponemos que un pragmático tendría buenas razones para construir y deferir a la mejor descripción del principio subyacente en los casos anteriores en estas situaciones. Esta suposición es muy poco probable. El público no se sentirá horrorizado si se le informa que los precedentes serán confinados a sus hechos. El poder general de los precedentes para guiar el comportamiento no se verá en peligro si los jueces rechazan seguirlos cuando el consejo que dan es confuso.

De modo que se puede rescatar el pragmatismo como una buena explicación para nuestro cuadro de la muestra representativa de la adjudicación sólo por medio de una maquinaria rígida que parece muy inapropiada. Sólo se lo puede rescatar si no tomamos las opiniones judiciales en su significado literal; debemos considerar que todos los jueces que se preocupan por estatutos y precedentes problemáticos practican una forma inmotivada de decepción. Se debe considerar que inventan nuevas reglas para el futuro según sus propias convicciones acerca de lo que es mejor para la sociedad, libres de cualquier derecho supuesto que surja de la coherencia, pero que por razones desconocidas las presentan bajo el uniforme falso de reglas extraídas del pasado. El pragmatismo requiere epiciclos para sobrevivir como una interpretación idónea de nuestra propia práctica, y sólo se pueden tolerar estos epiciclos si el pragmatismo es tan po-

deroso en la segunda dimensión de la interpretación legal, tan atractivo como una justificación política para la coerción estatal, que merece un apoyo heroico de por vida. ¿No es así?

Ley sin derechos

El pragmatismo es una concepción escéptica del derecho porque rechaza los derechos legales genuinos y no estratégicos. No rechaza la moralidad ni los derechos políticos o morales. Sostiene que los jueces deberían seguir cualquier método para decidir los casos que produzca lo que ellos creen es lo mejor para la comunidad para el futuro, a pesar de que algunos abogados pragmáticos pensarían que esto se refiere a una comunidad más rica, feliz o poderosa y otros elegirían una comunidad con menos incidentes o menos injusticias, con una mejor tradición cultural y lo que se denomina una calidad de vida más alta. El pragmatismo no descarta cualquier teoría sobre qué hace que una comunidad sea mejor. Sin embargo, no toma los derechos legales en serio. Rechaza lo que otras concepciones del derecho aceptan: que las personas pueden tener derechos legales bien definidos sobre lo que de otra forma sería el mejor futuro propiamente dicho. Según el pragmatismo, lo que denominamos derechos legales no son más que los sirvientes del mejor futuro: son instrumentos que construimos para ese propósito y no poseen fuerza o fundamentos independientes.

Sin embargo, es posible pasar por alto este punto importante sobre el pragmatismo, y deberíamos tener cuidado de no caer en la trampa. Aquellos abogados que consideran que deberíamos adoptar una actitud pragmática con respecto a los derechos legales declaran a veces que la comunidad ha decidido que así sea, al menos en forma tácita. De hecho, la comunidad ha decidido delegar a los jueces el poder de decidir los juicios en la forma que consideren que sirve mejor a los intereses de toda la comunidad e inventan teorías de derechos legales del tipo *como si*, incluyendo teorías de legislación y precedente, con ese propósito en mente. Este es un atrevido intento de unir el pragmatismo con el convencionalismo. Consideran el pragmatismo como el contenido de una vasta y exagerada convención de que los jueces deberían decidir sus casos de manera pragmática. Dado que el convencionalismo no es una concepción del derecho más poderosa que el pragmatismo, es difícil que este casamiento mejore la situación para este último. Pero de cualquier forma, esa unión es simulada.

No es verdad que los norteamericanos o los ingleses, por ejemplo, han acordado en forma tácita delegar el poder legislativo a los jueces de esta manera. El pragmático podría decir: los jueces toman sus decisiones sobre una base pragmática todo el tiempo y la gente no se rebela ni pide una impugnación. Ello da por sentado dos cosas. La primera, supone que el pragmatismo proporciona la mejor explicación de cómo los jueces deberían en realidad decidir sus casos. Ya hemos visto que no proporciona explicación alguna acerca de la característica más prominente de la práctica judicial (la actitud que adoptan los jueces con respecto a los estatutos y los precedentes en los casos difíciles) salvo en la rara hipótesis de que el objetivo de esta práctica sea engañar al público y que por lo

tanto éste no le haya dado su consentimiento. Segundo, supone que la comunidad cree y acepta la explicación pragmática sobre la manera en que los jueces deciden sus casos y esa suposición parece ser incorrecta. Es probable que no exista una convención que diga que los jueces pueden adaptar sus puntos de vista sobre los derechos legales por razones puramente estratégicas. Por el contrario, tal como lo señalamos al comienzo de este libro, la mayoría de las personas piensa que los jueces que actúan de esta manera son usurpadores.

De modo que si queremos apoyar el pragmatismo sobre la segunda dimensión política, debemos aceptar y luego promover su característica principal: su escepticismo acerca de los derechos legales. El pragmático piensa que los jueces siempre deberían hacer lo mejor posible para el futuro sin necesidad de respetar o asegurar una coherencia de principio con aquello que otros funcionarios han hecho o harán. Esta idea explica la excitante retórica del movimiento "realista" que mencioné anteriormente: por qué dijeron que la ley no existe, que la ley es sólo cuestión de predecir aquello que harán los jueces. Estas supuestas proposiciones extremas se comprenden mucho mejor como declaraciones provocativas de una posición política que como reclamos semánticos. Y no lo digo en ningún tono triunfante. El hecho de que un verdadero pragmático rechace la idea de los derechos legales no es un argumento decisivo contra esa concepción. Pues no es evidente que la idea de los derechos legales sea atractiva. Ni incluso cuerda.

Por el contrario, es bastante fácil hacer que esa idea parezca tonta. El pragmático le prestará la atención necesaria al pasado que requiera una buena estrategia. Acepta los derechos legales del tipo *como si* en ese espíritu y, por razones de estrategia, tomará casi las mismas decisiones que tomaría un convencionalista cuando los estatutos son claros y los precedentes precisos y decisivos. Rechazará lo que un convencionalista acepta como ley sólo en circunstancias especiales, cuando un estatuto es viejo y anticuado, por ejemplo, o cuando una línea de precedentes es considerada injusta o ineficiente y es difícil ver el valor que se pierde. Rechaza, es verdad, la idea misma de la coherencia de principio como importante por sí misma. Niega que la decisión en el caso McLoughlin gire en torno al tema de si puede hallarse cualquier distinción en principio entre el caso de daño emocional sufrido en la escena de un accidente y el mismo tipo de lesión sufrida después. ¿Pero por qué debería hacerlo? Sabe que las madres que sufren ese tipo de lesión en la escena del accidente continuarán recibiendo compensación a menos y hasta que la legislatura decida lo contrario. Pero si cree que es una cuestión para lamentarse, si cree que las decisiones que establecieron ese "derecho" fueron injustas, ineficientes o ambas cosas a la vez, no ve razón alguna para extender el principio subyacente en estas decisiones más de lo que ya lo han hecho otros jueces.

Acepta que si falla en contra de la señora McLoughlin, el derecho por daños emocionales será entonces incoherente en principio. Sin embargo, no lo considera una desventaja; niega que sea una cuestión de injusticia en sí. Si piensa que la compensación por un daño emocional es injusta, habrá hecho el futuro menos injusto en la única forma valedera para él: menos personas sufrirán la injusticia de pagar compensación por este tipo de lesión, lo que es mejor que más personas sufriendo dicha injusticia. Por supuesto que piensa que sería aun mejor desde el punto de vista de la justicia si nadie tuviera que pagar compensa-

ción por daños emocionales. Sin embargo, puede no tener el poder de anular los precedentes; de todas formas, razones de estrategia luchan contra esto. De modo que hace lo mejor que puede para limitar el daño ocasionado en el pasado, en eficiencia o justicia, al fallar en contra de la señora McLoughlin; si lo objetamos, parece que hemos sucumbido al fetichismo de la elegancia doctrinal, a la esclavitud, y a la coherencia, por su propio bien. (2)

No resulta una buena objeción a su argumento el hecho de que diferentes jueces pragmáticos tomarán diferentes decisiones sobre cómo limitar de la mejor manera posible el daño causado en el pasado en los casos difíciles. Por supuesto que lo harán, pero en los casos difíciles los jueces deben hacer juicios polémicos de moralidad política sea cual fuere la concepción del derecho que sostienen. Una parte o la otra casi siempre estará en posición de quejarse de que el juez ha cometido un error, que el "derecho" le pertenecía a él y no a su oponente. El pragmatismo reclama arriesgar un error por lo menos sobre la cuestión correcta. Si las divisiones judiciales y los juicios polémicos son inevitables, el pragmático pregunta por qué la controversia no debería ser acerca de aquello que realmente importa, sobre qué decisión producirá la práctica menos ineficiente o las menores ocasiones de injusticia en el futuro. ¿Cómo ese objetivo puede ser injusto? ¿Cómo la coherencia de principio puede ser importante, en particular cuando es incierto y polémico saber qué coherencia requiere en realidad? Estas son preguntas que debemos responder si deseamos sostener los derechos legales contra el desafío pragmático; no son preguntas fáciles y tampoco se trata de un desafío débil. Si no podemos sostener la importancia de la coherencia de principio contra el cargo de fetichismo, debemos reconsiderar el desprecio popular por el pragmatismo como interpretación de nuestra práctica legal. Porque entonces, se cuestionaría la racionalidad de nuestra práctica y una interpretación pragmática, con todos sus epiciclos podría ser nuestro único escudo contra una terrible acusación.

Los reclamos de la integridad

Los grandes clásicos de filosofía política son utópicos. Estudian la justicia social desde el punto de vista de personas que no están comprometidas de antemano con ningún gobierno o constitución, que son libres de crear el Estado ideal a partir de principios básicos. Imaginan a un pueblo viviendo en un estado "natural" prepolítico, escribiendo contratos sociales en pizarras en blanco. Pero las personas comunes y corrientes actúan tanto dentro de una estructura política como sobre ella. Para nosotros la política es más evolucionista que axiomática; al trabajar por un estado justo, reconocemos que ya pertenecemos a uno diferente.

La política común comparte con una teoría política utópica ciertos ideales políticos, los ideales de una estructura política justa, una justa distribución de recursos y oportunidades y un proceso equitativo para hacer cumplir las reglas y reglamentaciones que los establecen. Para ser breve, denominaré a todo esto las virtudes de equidad, justicia y debido proceso. (Estos nombres son arbitra-

rios; a menudo, en filosofía política se utilizan otros nombres y a veces, una de las virtudes que distinguí es considerada como un caso de otra. Al debido proceso se lo suele denominar como un tipo de equidad justa o un tipo de justicia, por ejemplo. Incluyo el debido proceso como una virtud aparte porque no creo que se adapte a ninguna de las otras tal como las describo, pero mis argumentos en éste y los siguientes capítulos le prestarán mucha más atención a la equidad y la justicia e ignoraré casi por completo el debido proceso.) (3) Equidad en política significa hallar los procedimientos políticos (métodos para elegir funcionarios y hacer que sus decisiones sean responsables para el electorado) que distribuyen el poder político de la forma adecuada. Esto se entiende, al menos en los Estados Unidos y en Inglaterra, como procedimientos y prácticas que atribuyen a todos los ciudadanos más o menos la misma influencia en las decisiones que los gobiernan. Por otra parte, la justicia se preocupa por las decisiones que las instituciones políticas permanentes, hayan o no sido elegidas justamente, deben tomar. Si aceptamos la justicia como una virtud política queremos que nuestros legisladores y otros funcionarios distribuyan recursos materiales y protejan las libertades civiles como para asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral. El debido proceso se refiere a los procedimientos correctos para juzgar si un ciudadano ha violado las leyes establecidas por procedimientos políticos; (4) si lo aceptamos como una virtud, queremos que las cortes e instituciones similares utilicen procedimientos de evidencia, descubrimiento y revisión que prometan el nivel adecuado de exactitud y traten a las personas acusadas de violación como se debe tratar a las personas en dicha posición.

Estas rápidas distinciones son el prólogo para un punto crucial. (5) La política ordinaria agrega a estos ideales familiares uno que no posee un lugar preciso en una teoría axiomática utópica. A veces, esto se describe con una frase bastante común: que los casos parecidos deben tratarse en forma parecida. Requiere que el gobierno tenga una sola voz, que actúe en base a principios y de una forma coherente con todos sus ciudadanos, que extienda a cada uno de ellos las normas sustantivas de justicia o equidad que utiliza con algunos. Si el gobierno se basa en principios de una democracia mayoritaria para justificar sus decisiones sobre quién puede votar, debe respetar los mismos principios al designar los distritos de votación. (6) Si apela al principio de que las personas tienen derecho a una compensación por parte de aquellas que las lastiman por descuido, como su razón de por qué los fabricantes son responsables por realizar automóviles defectuosos, debe darle todo el efecto a dicho principio al decidir si los contadores también son responsables por sus errores. (7) Si el gobierno declara que se necesita un veredicto unánime para una condena criminal porque cuando a una persona se la condena injustamente por un crimen sufre un daño moral especial, debe tomar en cuenta ese daño moral tan particular al considerar, por ejemplo, la admisibilidad de las confesiones bajo distintas circunstancias. (8)

Este requerimiento particular de la moralidad política no está bien descrito en la frase capciosa de que debemos tratar casos parecidos en forma parecida. (9) Yo le doy un título más grande: es la virtud de la integridad política. Elegí ese nombre para demostrar su relación con la idea paralela de moralidad personal. Queremos que nuestros vecinos se comporten, en su trato diario con nosotros, en la forma que consideramos correcta. Sin embargo, sabemos que la gen-

te disiente hasta cierto punto acerca de los principios correctos del comportamiento, de modo que distinguiamos ese requisito de otro diferente (y más débil) de que actúan en asuntos importantes con integridad, es decir, según convicciones que informan y dan forma a sus vidas, y no en forma caprichosa o extravagante. La importancia práctica de este último requisito entre las personas que saben disienten acerca de la justicia es evidente. La integridad se convierte en ideal político cuando requerimos lo mismo del Estado o comunidad considerada como agente moral, cuando insistimos en que el Estado actúe sobre una base de principios coherentes y únicos, aun cuando sus ciudadanos estén divididos sobre cuáles son en realidad los principios de justicia y equidad correctos. Tanto en el caso individual como político, suponemos que podemos reconocer que los actos de otras personas expresan una concepción de equidad, justicia o decencia aun cuando no aprobemos dicha concepción. Esta capacidad es una parte importante de nuestra capacidad más general de tratar a otros con respeto y es por lo tanto un requisito previo a la civilización.

Comencé esta discusión de política ordinaria y de las virtudes políticas, a la sombra del desafío pragmático a la idea de los derechos legales. Si aceptamos la integridad como una virtud política bien definida además de la justicia y la equidad, tenemos un argumento general, no-estratégico para reconocer ese tipo de derechos. La integridad de la concepción de equidad de una comunidad requiere que los principios políticos necesarios para justificar la supuesta autoridad de la legislatura sean efectivos al decidir el significado de un estatuto que haya sancionado. La integridad de la concepción de justicia de una comunidad requiere que los principios morales necesarios para justificar la sustancia de las decisiones de su legislatura sean reconocidos en el resto de la ley. La integridad de la concepción de debido proceso insiste en que los procedimientos utilizados en los juicios que logran el equilibrio adecuado entre exactitud y eficiencia al hacer cumplir una parte de la ley sean reconocidos en todos, tomando en cuenta las diferencias de tipo y grado de daño moral que impone un veredicto inadecuado. Estos distintos reclamos justifican un compromiso con la coherencia en principio valorada por sí misma. Sugieren lo que argumentaré a continuación: que la integridad es la vida del derecho tal como lo conocemos y no una superstición de elegancia.

Nos resultará útil dividir los reclamos de integridad en dos principios más prácticos. El primero es el principio de integridad en la legislación, que pide de aquellos que crean leyes por legislación que mantengan dicha ley coherente en principio. El segundo es el principio de integridad en la adjudicación: pide a aquellos responsables de decidir qué es la ley que la entiendan y la hagan cumplir como coherente en la adjudicación. El segundo principio explica cómo y por qué se le debe otorgar al pasado un poder propio, especial, en la Corte, contrariamente a lo que sostiene el pragmatismo. Explica por qué los jueces deben concebir el cuerpo de la ley que administran como una totalidad y no como un conjunto de decisiones discretas que pueden tomar o enmendar una por una, sin nada más que un interés estratégico en el resto.

La comunidad personificada

El principio adjudicativo de integridad nos proporciona nuestra tercera concepción del derecho. Estudiaremos el derecho como integridad y lo recomendaré en los siguientes capítulos. Sin embargo, a muchos lectores les molestará un aspecto de la integridad política, que ya podríamos ir discutiendo. La integridad política supone una personificación particularmente profunda de la comunidad o Estado. Supone que la comunidad en su totalidad se verá comprometida con los principios de equidad, justicia o debido proceso en una forma análoga a la que ciertas personas pueden comprometerse con convicciones, ideales o proyectos y esto, a muchos les parecerá una mala metafísica.

En la conversación ordinaria personificamos grupos. Hablamos con tono indiferente de los intereses u objetivos de la clase trabajadora, por ejemplo. Pero estas expresiones no suelen ser otra cosa que convenientes formas de expresión, formas taquigráficas de hablar sobre los miembros representativos de una comunidad. Mi descripción de la integridad política toma mucho más en serio la personificación, como si una comunidad política fuese un tipo especial de entidad diferente de las personas verdaderas que son sus ciudadanos. O peor aun, atribuye acción moral y responsabilidad a esta entidad bien definida. Porque cuando digo que una comunidad es fiel a sus propios principios no me refiero a su moralidad popular o convencional, las creencias y convicciones de la mayoría de sus ciudadanos. Me refiero a que la comunidad posee sus propios principios que puede honrar o deshonorar, que puede actuar de buena o mala fe, con integridad o hipocresía, tal como pueden hacerlo las personas. ¿Me refiero en realidad a que puedo personificar a la comunidad de esta manera tan vívida? ¿Me refiero a que puedo atribuir al Estado o comunidad principios que no son simplemente aquellos de la mayoría de sus miembros?

Dos argumentos sobre responsabilidad grupal

Sí. Sin embargo, debo ser más claro en cuanto a qué tipo de personificación se trata. No pretendo resucitar ahora la teoría metafísica que en el Capítulo 2 dije que no necesitábamos. No supongo que el principio componente mental del universo es un tipo de mente inquieta, que todo lo abarca, que es más real que las personas de carne y hueso, ni que deberíamos tratar al Estado o comunidad como una persona real con un interés, punto de vista o incluso un bienestar propio, y tampoco que podemos hacer las mismas preguntas acerca de los principios del Estado (por ejemplo, si los aceptó libremente o fue engañado o no los comprende bien) que las que podemos hacer sobre los aspectos de la vida moral de una persona de verdad. Sólo quiero sancionar una forma de razonamiento compleja, que comprende dos etapas, sobre las responsabilidades de funcionarios y ciudadanos que encuentra una expresión natural en la personificación de la comunidad y no puede ser reproducida por una traducción reductora a reclamos sobre funcionarios y ciudadanos.

Supongan que un fabricante de automóviles produce autos defectuosos que causan accidentes terribles donde mueren cientos de personas. Dejen de lado la cuestión de derecho, es decir, si la corporación es culpable de un crimen o le-

galmente responsable y debe compensar a las víctimas o a sus familias. Y la cuestión de eficiencia, si el hecho de imponer esa responsabilidad reduciría los accidentes o contribuiría a un uso más eficiente de los recursos. Ahora nos interesa la cuestión de la responsabilidad moral. ¿Qué sentido tiene decir que la corporación es moralmente responsable y debe compensar a las víctimas con el tesoro de la corporación, con la consecuencia de que sus accionistas soporten la pérdida? Deberíamos proseguir de la siguiente forma. Aplicamos a los distintos funcionarios, empleados, accionistas y otros asociados con la corporación, nuestras normas corrientes de responsabilidad personal. Preguntamos a cada persona si hizo algo que no tendría que haber hecho de forma tal que podría ser culpable de las muertes que siguieron o si contribuyó a los accidentes de manera que, culpable o no, tendría que ser responsable de una parte del daño o pérdida

Podríamos hallar a alguien a quien culpar. Tal vez, algún empleado olvidó una inspección, tal vez un funcionario aprobó un proyecto que tendría que haber sabido que era erróneo. Quizás el director ejecutivo o algún miembro de la junta de directores tenía razones para dudar de los procedimientos vigentes para revisar los diseños y no logró mejorarlos. Pero también podría suceder que no halláramos a ningún culpable. Quizá ninguna persona actuó de un modo que podríamos juzgar incorrecto según nuestras normas personales de conducta. Entonces, sería poco probable que halláramos un argumento moral de no-pregunta-ruego de por qué un accionista pequeño debe pagar parte de la pérdida. Un accionista no forma parte de la cadena accidental que conduce al accidente; no agregó ningún capital a los recursos de la corporación al comprar sus acciones en la bolsa. Alguien podría decir: es un principio de moralidad personal que si alguien comparte las ganancias de la acción de otra persona debe también compartir la responsabilidad por los errores que esa otra persona cometa. Sin embargo, esta sugerencia da por sentado lo que queda por probar, porque aún no tenemos razón alguna para suponer que se ha cometido un error. Es decir, nuestro problema no es de responsabilidad indirecta, de hallar una razón de por qué un accionista debe compartir la responsabilidad directa de otra persona o grupo; se trata más bien de que no podemos hallar a nadie más que tenga esa responsabilidad directa y cuya responsabilidad debería compartir. (10)

Sin embargo, podríamos haber utilizado un método diferente de argumento. En ese método diferente, planteamos nuestra pregunta en primera instancia como una pregunta sobre la responsabilidad de la corporación. Suponemos que se debe tratar a la corporación como un agente moral y luego debemos proceder a aplicar facsímiles de nuestros principios sobre la falta individual y la responsabilidad con respecto a la misma. Podríamos sostener que cualquiera que haya tenido un control absoluto sobre la fabricación de un producto defectuoso tiene la responsabilidad de recompensar a aquellos que han sido heridos por el mismo. Ningún empleado individual o accionista ha ostentado dicho control, aunque la corporación sí. Luego preguntamos, como pregunta subsidiaria, de qué manera los distintos miembros y agentes de la corporación deberían compartir también esa falta o responsabilidad. Pero enfocamos esa pregunta independientemente utilizando un conjunto de principios diferentes, entre los cuales podríamos hallar el principio recién mencionado, de que cualquier miembro de la corporación que tiene derecho a compartir sus ganancias debe también com-

partir sus responsabilidades. Dicho principio justificaría pagar la compensación con los fondos de la corporación y por lo tanto, de la cuenta de los accionistas en lugar de deducirlo, por ejemplo, de los salarios de los empleados que jugaron un papel accidental en esta lamentable historia.

Si decidiéramos el caso a través del primero de estos dos métodos, que comienza con la evaluación moral de los antecedentes individuales uno por uno, de que cada accionista es responsable de una parte de la pérdida, luego podríamos redactar nuestra conclusión en el lenguaje de la personificación. Podríamos decir que la corporación es responsable, en una forma de sintetizar de un modo conveniente las responsabilidades que atribuimos a cada uno de los accionistas. Sin embargo, esta personificación sería inútil; no jugó ningún papel en nuestro argumento y sólo decoró nuestras conclusiones. Si, por otra parte, llegáramos a la misma conclusión a través del otro método, que comienza por considerar la responsabilidad de la institución en su conjunto, entonces la personificación no habría sido inútil sino todo lo contrario. Nuestras conclusiones acerca del grupo estarían entonces por encima de cualquier conclusión acerca de individuos, en todo sentido; nos habríamos basado en principios de responsabilidad cuyo sentido proviene de una práctica o manera de pensar para la cual la personificación resulta indispensable.

De hecho, a través del segundo método (pero no del primero) podríamos llegar a una decisión sobre las responsabilidades del grupo o institución aunque sigamos en duda (o no estemos de acuerdo entre nosotros mismos) sobre las consecuentes responsabilidades de los individuos importantes. La personificación no sólo proporciona un paso necesario en el camino hacia los juicios sobre personas en particular, sino un escenario que podemos ocupar para considerar estos juicios. Nada de esto significa que en el segundo método, cuando comenzamos con el grupo, estamos interesados en la responsabilidad grupal por sí misma. No tendría sentido desarrollar o aplicar principios de responsabilidad grupal si no supusiéramos que éstos están relacionados con los juicios sobre cómo deben actuar las personas de carne y hueso. Sin embargo, podemos separar estas dos cuestiones, reservando la que se refiere a la responsabilidad individual para después de que hayamos decidido qué grupo ha cumplido con las normas apropiadas para la misma. La personificación es profunda: consiste en considerar seriamente a la corporación como agente moral. Pero sigue siendo una personificación, no un descubrimiento, porque reconocemos que la comunidad no posee una existencia metafísica independiente, que en sí es algo creado por las prácticas de pensamiento y del lenguaje donde figura.

La personificación en juego

La idea de integridad política personifica a la comunidad en la segunda forma, como una personificación practicable, porque supone que la comunidad puede adoptar, expresar y ser fiel o infiel a principios propios, diferentes de aquellos de cualquiera de sus funcionarios o ciudadanos como individuos. Por supuesto que debemos decir qué quiere decir al describir la forma en que una

comunidad adopta o traiciona un principio, y esto formará parte de la construcción de nuestra concepción del derecho como integridad. Deberíamos aprovechar esta oportunidad para señalar la forma en que la personificación profunda figura en formas de pensamiento comunes que son bastante independientes del derecho. Consideren el fenómeno de la responsabilidad electoral comunal. En el punto culminante del escándalo *Watergate* aparecieron calcomanías que decían: "No me culpen a mí; yo voté contra Nixon" y la diferencia es importante. La gente pedía la exoneración de un error cometido por un grupo al cual pertenecía (la nación), no en forma individual e inocente sino como miembros de una comunidad diferente y más inmediata que había actuado correctamente, un Estado que no había votado por un presidente deshonesto.

Existen ejemplos más importantes de responsabilidad grupal. Los alemanes que en la época en que los nazis gobernaban su país aún no habían nacido, sienten vergüenza y un sentido de obligación hacia los judíos; los norteamericanos blancos que nada heredaron de los que poseían esclavos sienten una responsabilidad indeterminada con los negros que jamás llevaron cadenas. A algunos de nosotros nos sorprende este fenómeno porque parece incompatible con otra idea que apreciamos, y es que las personas no deben ser acusadas por actos sobre los que no tuvieron ningún control, ni consideradas responsables por ganancias injustas cuando ellas mismas no han ganado nada. Es así como los filósofos han tenido que luchar para reconciliar estas ideas conflictivas, por ejemplo, hallando formas en las cuales todos los norteamericanos blancos han sacado provecho de la anterior discriminación contra los negros. Suponen que sólo puede asignarse la responsabilidad colectiva a través de algo parecido al primer método que señalamos en el ejemplo del accidente. De hecho, las convicciones que estos argumentos tratan de explicar son producto del segundo enfoque, de una profunda personificación de una comunidad política y social, y ésa es la razón por la cual no desafían la tesis kantiana de que nadie es culpable de algo que no ha hecho. Por supuesto que sería absurdo culpar a los alemanes contemporáneos por lo que hicieron los nazis; pero como este argumento se encuentra al final de una forma diferente e independiente de argumento, no es absurdo suponer que los alemanes contemporáneos tienen una responsabilidad especial porque los nazis también eran alemanes.

Estos son ejemplos de responsabilidad colectiva por errores del pasado. Encontramos otros tipos de ejemplos más importantes de personificación practicable en la lógica de los derechos políticos individuales contra el Estado. Discutimos acerca de si todos tienen derecho a que el Estado los proteja de los ataques de otros ciudadanos, que les proporcione un nivel decente de cobertura médica o que les garantice su seguridad contra el ataque de potencias extranjeras. Estamos o no de acuerdo antes de que nos formemos una opinión concreta sobre cuáles son las instituciones y los funcionarios que deben actuar y qué deben hacer como consecuencia de cualquier derecho que declaramos que posee el pueblo. Cuando afirmamos que los individuos tienen derecho a ser protegidos contra el asalto, no nos referimos a que esta protección se debe adquirir por medio de un esquema en particular que ya tenemos en mente. Podemos debatir el alcance del deber de la comunidad y dejar para consideración aparte la cuestión de qué tipo de deberes oficiales exoneraría mejor la responsabilidad comunal. (11)

Mi siguiente y último ejemplo gira en torno de nuestras más abstractas y ampliamente compartidas convicciones sobre justicia y equidad política. Creemos que los funcionarios políticos tienen responsabilidades que no podríamos defender si tuviéramos que construirlas directamente a partir de los requisitos ordinarios de moralidad personal e individual que la mayoría de nosotros acepta para nosotros mismos y otros en la vida no-política. Creemos que poseen una responsabilidad especial y compleja de imparcialidad entre los miembros de la comunidad y de parcialidad hacia ellos al tratar con extranjeros. Eso es bastante diferente de la responsabilidad que cada uno de nosotros acepta como individuo. Cada uno de nosotros sostiene un punto de vista personal, ambiciones y vínculos que estamos en libertad de perseguir, libres de los reclamos de otros por igual atención, preocupación y recurso. Insistimos en un campo de soberanía moral y personal dentro del cual, cada uno de nosotros puede preferir los intereses de la familia y amigos y dedicarse a proyectos que son egoístas por grandes que éstos sean. Cualquier concepción de justicia en el comportamiento personal, cualquier teoría sobre la manera en que una persona justa se comporta con otras, limitará el campo de soberanía personal, pero ninguna concepción aceptable para la mayoría de nosotros la eliminará por completo.

A los funcionarios que actúan en su capacidad oficial no les permitimos tocar este campo. Decimos que deben tratar a todos los miembros de su comunidad como iguales, y la latitud normal individual de auto-preferencia en su caso se denomina corrupción. No podemos establecer esta responsabilidad especial de los funcionarios con la sola aplicación de nuestras convicciones comunes sobre responsabilidad individual con las circunstancias de su caso. Algunos funcionarios ostentan un gran poder. Pero también, muchos individuos particulares, y no creemos que la esfera de libertad personal de un ciudadano se achique a medida que aumenta su poder e influencia. (Thomas Nagel nos recuerda, en su artículo sobre la responsabilidad de los funcionarios políticos, que hasta los gigantes poseen vidas personales.) (12) Aplicamos las normas más estrictas de imparcialidad aun a funcionarios cuyo poder es relativamente escaso y sustancialmente menor que el de muchos ciudadanos particulares; no creemos que el deber de preocupación equitativa de un funcionario disminuya a medida que disminuye su poder.

Alguien podría decir que un funcionario posee una responsabilidad de imparcialidad especial porque ha aceptado su función sujeto a dicho entendimiento, de modo que estas responsabilidades provienen, después de todo, de la moralidad común, de la moralidad de mantener promesas. Sin embargo, esto cambia el orden de argumento que la mayoría de nosotros aprobaría: compartimos el hecho de entender que nuestros funcionarios deben tratar a todos los miembros de la comunidad que gobiernan como iguales porque creemos que deberían comportarse de ese modo y no de otro. Por lo tanto, no podemos explicar las responsabilidades de la función política si tratamos de construirlas directamente de los principios comunes de moralidad particular. Necesitamos una idea que allí no podemos encontrar: que la comunidad en su conjunto tiene obligaciones de imparcialidad hacia sus miembros y que los funcionarios actúan como agentes para la comunidad al absolver dicha responsabilidad. Aquí, al igual que en el caso de la corporación, es necesario tratar la responsabilidad grupal

como más importante, desde el punto de vista lógico, que las responsabilidades de cada uno de los funcionarios.

Estos distintos ejemplos de personificación practicable de una comunidad encajan como compañeros en un sistema general de pensamiento. Una vez que aceptamos que nuestros funcionarios actúan en el nombre de una comunidad de la cual son miembros, con una responsabilidad que por lo tanto compartimos, esto refuerza y sostiene el carácter de culpa colectiva, nuestro sentido de que debemos sentir vergüenza y afrenta cuando actúan con injusticia. Los principios prácticos de integridad que cité (integridad en la legislación y en la adjudicación) ocupan su lugar en este sistema de ideas. El principio adjudicativo es de nuestro especial interés porque proporciona una concepción del derecho antagonista del pragmatismo. Si puede sostenerse ese principio, se debe rechazar el pragmatismo.

6. Integridad

Programa

Tenemos dos principios de integridad política: un principio legislativo, que pide que los legisladores traten de que todo el conjunto de leyes sea coherente desde el punto de vista moral, y un principio adjudicativo, que instruye que se considere el derecho lo más coherentemente posible desde esa perspectiva. Nuestra mayor preocupación es el principio adjudicativo, aunque no todavía. En este capítulo afirmo que el principio legislativo forma una parte tan importante de nuestra práctica política, que ninguna interpretación competente puede ignorarla. Medimos dicha afirmación según las dos dimensiones que ahora nos resultan familiares. Preguntamos si la suposición de que la integridad es un claro ideal de la política se adapta a nuestra política y por último, si honra nuestra política. Si el principio legislativo de integridad es notable en estas dos dimensiones, el caso para el principio adjudicativo, y para la concepción del derecho que sostiene, habrá comenzado bien.

¿La integridad es adecuada?

Integridad y compromiso

En un Estado utópico, no se necesitaría la integridad como una virtud política concreta. La coherencia estaría garantizada porque los funcionarios harían siempre lo que fuera justo. Sin embargo, en la política común, debemos tratar la integridad como un ideal independiente si es que la aceptamos, porque puede entrar en conflicto con estos otros ideales. Puede requerir que apoyemos una legislación que consideramos sería inapropiada en una sociedad justa y que reconozcamos derechos que no creemos que la gente tendría en ella. Vimos un ejemplo de este conflicto en el último capítulo. Un juez que decida el caso McLoughlin puede creer injusto que se requiera una compensación por un daño emocional. Pero si acepta la integridad y sabe que a algunas víctimas que sufren daños morales se les ha otorgado el derecho de compensación, tendrá una razón para fallar a favor de la señora McLoughlin a pesar de todo.

Los conflictos entre ideales son comunes en la política. Aun si rechazamos la integridad y basamos nuestra actividad política sólo en la equidad, la justicia y

el debido proceso, encontraremos que las dos primeras virtudes tiran a veces en direcciones opuestas. Algunos filósofos niegan la posibilidad de un conflicto fundamental entre equidad y justicia porque creen que una de estas virtudes deriva de la otra. Algunos sostienen que la justicia no tiene otro significado aparte de la equidad, que en la política, al igual que en la ruleta, suceda lo que suceda a través de procedimientos legítimos, es justo. Ese es el extremo de la idea denominada justicia como equidad. (1) Otros afirman que la única prueba de equidad en la política es la prueba de resultado, es decir, que ningún procedimiento es justo a menos que produzca decisiones políticas que cumplan con una prueba independiente de justicia. Este es el extremo opuesto, de equidad como justicia. (2) La mayoría de los filósofos políticos (y creo que la mayoría de las personas) piensa que la equidad y la justicia son en cierto grado independientes una de otra, de modo que a veces las instituciones imparciales producen reglas injustas e instituciones no-imparciales, decisiones justas.

Si esto es así, entonces a veces, en la política corriente, debemos elegir entre las dos virtudes para decidir qué programas políticos apoyar. Podríamos pensar que el gobierno por mayoría es la decisión más justa en política, pero sabemos que a veces la mayoría tomará decisiones injustas acerca de los derechos de los individuos. (3) ¿Debemos alterar el gobierno por mayoría otorgándole una fuerza especial a un grupo económico más allá de lo que justificarian sus números, porque tememos que el gobierno por mayoría le asigne menos de lo que le corresponde? (4) ¿Debemos aceptar restricciones constitucionales sobre el poder democrático para impedir que la mayoría limite la libertad de expresión u otras libertades importantes? (5) Estas difíciles preguntas surgen porque la equidad y la justicia están a veces en conflicto. Si creemos que la integridad es un tercer ideal independiente, por lo menos cuando la gente no está de acuerdo sobre los primeros dos, podemos pensar que a veces es necesario sacrificar la equidad o la justicia por la integridad.

Compromisos internos

Trataré de demostrar que nuestras prácticas políticas aceptan la integridad como una clara virtud, y comenzaré por algo que creo los sorprenderá. He aquí las suposiciones sobre las que me baso. Todos creemos en la equidad política: aceptamos que cada persona o grupo dentro de la comunidad tenga un control equitativo sobre las decisiones que toma el Parlamento, el Congreso o cualquier otra legislatura. Sabemos que personas diferentes tienen opiniones diferentes acerca de las cuestiones morales que todos consideran de suma importancia. Parecería que de nuestras convicciones acerca de la equidad surge que la legislación sobre estas cuestiones morales no debería ser sólo una cuestión de hacer cumplir la voluntad de una mayoría numérica, como si su opinión fuera unánime, sino de trueques y compromisos, de modo que cada cuerpo de opinión esté representado, en un grado que esté de acuerdo con sus números, en el resultado final. Podríamos lograr este compromiso en una forma salomónica. ¿Los habitantes de Dakota del Norte disienten acerca de si la justicia exige compensación por defectos en productos que sus fabricantes no podían haber evitado? ¿Entonces por qué su legislatura no debería imponer esta "estricta" responsabilidad a los fabricantes de automóviles y no a los fabricantes de lavadoras?

¿Los habitantes de Alabama disienten acerca de la moralidad de la discriminación racial? ¿Por qué su legislatura no debería prohibir la discriminación racial en los autobuses pero permitir la en los restaurantes? ¿Los ingleses están divididos acerca de la moralidad del aborto? ¿Por qué el Parlamento no debería considerar criminal el aborto para las mujeres embarazadas que nacieron en años pares y sí las que nacieron en años impares? Este ejemplo salomónico trata el orden público de la comunidad como un tipo de utilidad que debe ser administrada con justicia distributiva, como si fuera una torta que debe ser repartida con equidad, asignando a cada grupo la porción adecuada.

Creo que la mayoría de nosotros se desalentaría ante leyes "diversificadas" que tratan casos de accidentes similares, ocasiones de discriminación racial o abortos en forma diferente sobre fundamentos arbitrarios. (6) Por supuesto que aceptamos las distinciones arbitrarias sobre algunas cuestiones: por ejemplo, la demarcación de límites. Aceptamos que se prohíban ciertos negocios o fábricas en algunas zonas y no en otras y que se prohíba el estacionamiento en ambos lados de una misma calle. Sin embargo, rechazamos una división de opiniones entre las partes cuando están en juego cuestiones de principio. Seguimos un modelo diferente: que cada punto de vista tenga voz en el proceso de deliberación, pero que la decisión colectiva debe apuntar a establecer un principio coherente cuya influencia se extienda a los límites naturales de su autoridad. (7) Si debe haber un compromiso porque la gente está dividida con respecto a la justicia, entonces el compromiso debe ser externo y no interno; debe ser un compromiso acerca de qué esquema de justicia hay que adoptar en lugar de un esquema de justicia comprometido.

Pero allí está la sorpresa. ¿Por qué darle la espalda a las soluciones diversificadas tal como lo hacemos? ¿Por qué no utilizarlas como una estrategia general para la legislación cada vez que la comunidad esté dividida acerca de una cuestión de principio? ¿Por qué esta estrategia no es equitativa y razonable y refleja una madurez política así como un sentido más fino del arte político que otras comunidades han logrado alcanzar? ¿Cuál es el defecto especial que encontramos en las soluciones diversificadas? No puede ser una falla de equidad (en nuestro sentido de una distribución equitativa del poder político) porque este tipo de leyes son, por hipótesis, más equitativas que cualquiera de las dos alternativas. Permitir que cada uno de los dos grupos elija una parte de la ley del aborto, en proporción a sus números, es más equitativo, en nuestro sentido, que el esquema el-ganador-lleva-todo que prefiere nuestro instinto, que le niega a muchos poder influir sobre una cuestión que consideran en extremo importante.

¿Podemos defender estos instintos sobre una base de justicia? La justicia es una cuestión de resultados: una decisión política causa una injusticia, por equitativos que sean los procedimientos que la produjeron, cuando niega un recurso, la libertad u oportunidad que las mejores teorías de justicia otorgan a la gente. ¿Podemos oponernos a la estrategia diversificada sobre la base de que produciría más instancias de injusticia que las que impediría? Debemos ser cuidadosos en no confundir aquí dos cuestiones. Por supuesto que cualquier solución de este tipo para una cuestión importante producirá más instancias de injusticia que una de las alternativas y menos que la otra. La comunidad puede estar de acuerdo sobre esa propuesta mientras que no lo está acerca de qué alter-

nativa sería más o menos justa. Una persona que cree que el aborto es asesinato pensará que la ley de abortos diversificada produce más injusticias que una prohibición directa, y menos que un permiso directo; una persona que cree que las mujeres tienen derecho al aborto invierte estos juicios. De modo que ambas tienen una razón de justicia para preferir otro tipo de solución que no sea la diversificada. Nuestra pregunta es si tenemos una razón de justicia colectiva para disentir, anticipadamente a estos desacuerdos en particular, sobre la estrategia diversificada para resolverlos. Tenemos una razón de equidad, tal como acabamos de señalar, para esa estrategia diversificada, y si no tenemos una razón de justicia en su contra, nuestra actual práctica necesita una justificación que aún no hemos asegurado.

Buscamos una razón de justicia que todos compartamos para rechazar la estrategia diversificada anticipadamente, aun si en ocasiones prefiriéramos una solución diversificada a la que será impuesta si se rechaza la estrategia. ¿Diremos sólo que la solución diversificada es injusta por definición porque trata a personas diferentes en forma diferente sin ninguna razón, y la justicia exige que todos los casos sean tratados por igual? Esta sugerencia parece estar en lo cierto porque si las soluciones diversificadas tienen un defecto, éste debe estar en su característica distintiva, y es que tratan a las personas en forma diferente cuando ningún principio puede justificar la distinción. Pero no podemos explicar por qué esto es siempre objetable, mientras permanezcamos en el plano de justicia tal como lo he definido. En la política corriente, la estrategia diversificada impedirá instancias de injusticia que de otra forma ocurrirían, y no podemos decir que la justicia exige que no se elimine cualquier injusticia a menos que las eliminemos todas.

Supongan que podemos rescatar sólo algunos prisioneros de la tiranía; la justicia difícilmente exige que no se rescate a ninguno aun cuando sólo la suerte, y no un principio, decidirá a quién salvamos y a quién dejamos en la tortura. Rechazar una solución diversificada parece perverso de la misma manera, cuando la alternativa será el triunfo general del principio al que nos oponemos. El compromiso interno habría rescatado a algunos, elegidos en forma arbitraria, de una injusticia que otros tendrán que sufrir, pero la alternativa habría sido no rescatar a ninguno. Alguien podría afirmar: a pesar de que las soluciones diversificadas pueden parecer deseables por esa razón, es mejor que rechacemos su uso de antemano porque tenemos razones para pensar que a la larga se creará una injusticia más discreta que aquella que se evitaría a través de estas soluciones. Pero ésa sería una predicción posible sólo para los miembros de una mayoría de opinión constante y cohibida y si dicha mayoría existiera, también existiría una minoría cohibida que tendría la opinión opuesta. De modo que no tenemos esperanza de hallar una razón en común para rechazar las soluciones diversificadas.

Pero quizás estemos buscando en la dirección equivocada. Tal vez nuestra razón en común no es una predicción acerca del número de injusticias que produciría o impediría la estrategia diversificada, sino nuestra convicción de que nadie tendría que comprometerse activamente con lo que cree ser una injusticia. Podríamos afirmar: no se podría sancionar ningún estatuto diversificado a menos que una mayoría de legisladores votara a favor de las disposiciones que considera injustas. Sin embargo, esta objeción da por sentado lo que queda por

probar. Si cada miembro de la legislatura que vota a favor de un compromiso diversificado no lo hace porque no posea principios sino porque quiere dar el mayor efecto posible a los principios que considera correctos, ¿entonces, cómo es posible que alguien se haya comportado en forma irresponsable? Aun si llegáramos a aceptar que ningún legislador debería votar a favor del compromiso, esto no explicaría la razón por la que debemos rechazar el compromiso como un resultado. Podemos fácilmente imaginar una estructura legislativa que produjera estatutos de compromiso en forma mecánica, como una función de las diferentes opiniones acerca de la estricta responsabilidad, discriminación racial o aborto entre los distintos legisladores, sin que a un legislador se le pida o exija que vote a favor del compromiso como si fuera un paquete. Debe entenderse de antemano que la proporción de mujeres a las que se les permitiría el aborto sería fijada por la relación de votos a favor de todos los abortos con respecto al total de votos. Si aún lo objetamos, entonces nuestra objeción no puede basarse en el principio de que ningún individuo debe votar en contra de su conciencia.

De modo que no tenemos ninguna razón de justicia para rechazar la estrategia diversificada de antemano, pero sí tenemos razones de equidad para sancionarla. Sin embargo, nuestro instinto la condena. De hecho, muchos de nosotros, en distintos grados y en diferentes situaciones, rechazaríamos la solución diversificada no sólo en general y de antemano sino también en ciertos casos en particular, si existiera como posibilidad. Preferiríamos cualquiera de las otras soluciones alternativas en lugar del compromiso diversificado. Aun si creyera que la responsabilidad forzosa en caso de accidentes fuera errónea en principio, preferiría que tanto los fabricantes de lavadoras como los de automóviles se rigieran por esa norma a que sólo uno de ellos lo hiciera. No situaría la solución diversificada entre las otras dos sino en un tercer lugar, más abajo que las dos anteriores, al igual que lo haría mucha gente. En algunos casos, podría explicarse este instinto como un reflejo de la ineficiencia de una solución diversificada en particular. Pero muchas de las que podemos imaginar, como la solución para el aborto, no son ineficientes y en todo caso, nuestro instinto nos sugiere que estos compromisos son erróneos y no sólo imprácticos.

No todos condenarían cada una de las soluciones diversificadas. Por ejemplo, las personas que creen que el aborto es siempre un crimen, pueden pensar que el estatuto del aborto diversificado es mejor que una ley totalmente permisiva. Creen que unos pocos crímenes es algo mejor que muchos, sin importar lo incoherente que sea el compromiso que produce una menor cantidad. Si sitúan la solución diversificada en último lugar en otras circunstancias, por ejemplo en el caso de la responsabilidad forzosa para los fabricantes, creen sin embargo que el compromiso interno es erróneo, aunque por razones que sucumben cuando la cuestión sustantiva es muy grave. De modo que comparten el instinto que debo explicar. Este instinto puede estar presente en otras condiciones. Supongan que piensan que el aborto es un crimen y que el hecho de que el embarazo sea el resultado de una violación no hace diferencia alguna. ¿No creen que un estatuto que prohíbe el aborto salvo en el caso de violación es mucho mejor que un estatuto que prohíbe el aborto excepto para las mujeres que nacen dentro de una década en especial en cada siglo (por lo menos, si no tuvieran ninguna razón para pensar que cualquiera de los dos permitirá más abortos)? Al primero de estos estatutos lo ven como una solución que da efecto a dos principios

de justicia reconocibles, ordenados de una manera especial, a pesar de que rechazan a uno de estos principios. (8) No pueden tratar el segundo de esa manera; para algunas personas, sólo afirma un principio que le niega a otras. De modo que, para muchos de nosotros, en algunos casos en particular, nuestras preferencias plantean el mismo enigma que nuestro rechazo más comprensivo de la solución diversificada como una estrategia general para resolver diferencias sobre principios. No podemos explicar nuestra hostilidad con respecto al compromiso interno apelando a principios de equidad o de justicia, tal como hemos definido esas virtudes.

Los astrónomos postularon a Neptuno antes de descubrirlo. Sabían que únicamente otro planeta, cuya órbita se hallara fuera de las ya reconocidas, podía explicar el comportamiento de los planetas más cercanos. Nuestro instinto acerca del compromiso interno sugiere otro ideal político, junto a la justicia y la equidad. La integridad es nuestro Neptuno. La explicación más natural de por qué nos oponemos a los estatutos diversificados apela a dicho ideal: sostenemos que un Estado que adopta estos compromisos internos actúa sin principios, a pesar de que ningún funcionario que haya votado a favor o que haga cumplir el compromiso haya hecho algo que, al juzgar sus acciones individuales según las normas corrientes de moralidad personal, no debería haber hecho. El Estado carece de integridad porque debe sancionar principios que justifiquen parte de lo que ha hecho, que debe rechazar para justificar el resto. Esa explicación distingue la integridad de la perversa coherencia de alguien que se niega a rescatar a algunos prisioneros porque no puede salvarlos a todos. Si hubiese salvado a algunos, elegidos al azar, no habría violado ningún principio que necesite para justificar otros actos. Sin embargo, un Estado actúa de esa manera cuando acepta una salomónica solución diversificada; es una incoherencia de principio entre los actos del Estado personificado que la integridad condena.

La integridad y la Constitución

Los estatutos diversificados son las violaciones más dramáticas del ideal de integridad, y no son desconocidos en nuestra historia política. La Constitución de los Estados Unidos contenía en su nacimiento ejemplos particularmente repugnantes: el problema de la esclavitud se vio comprometido al contar con tres quintos de los esclavos del Estado al determinar la representación estatal en el Congreso y al prohibir al Congreso que limite el poder original del Estado para importar esclavos, pero sólo antes de 1808. (9) La integridad es burlada no sólo en compromisos específicos de ese tipo sino cada vez que una comunidad aprueba y hace cumplir distintas leyes cada una de las cuales es coherente en sí misma, pero que no pueden ser defendidas en conjunto como la expresión de una serie coherente de diferentes principios de justicia, de equidad o de debido proceso. Sabemos que nuestra propia estructura legal viola constantemente la integridad de esta forma menos dramática. No podemos colocar todas las disposiciones estatutarias y de derecho consuetudinario que nuestros jueces hacen cumplir bajo un esquema coherente de principio. (Discuto algunas consecuencias de este hecho en el Capítulo 11.) Pero sin embargo aceptamos la integridad como un ideal político. Parte de nuestra moralidad política colectiva es que dichos compromisos son equivocados y que la comunidad en su totalidad, y no fun-

cionarios individuales, debe actuar por principios.

En los Estados Unidos, este ideal es hasta cierto punto una cuestión de derecho constitucional, pues ahora se considera que la cláusula de la protección equitativa de la decimocuarta enmienda proscribía compromisos internos sobre importantes cuestiones de principio. La Corte Suprema se basa en el lenguaje de la protección equitativa para derribar la legislación estatal que reconoce derechos fundamentales para algunos y no para otros. La Constitución exige que los Estados extiendan a todos sus ciudadanos ciertos derechos (el derecho a la libertad de expresión, por ejemplo), pero los deja en libertad para que reconozcan otros derechos no-constitucionales, si así lo desean. Si un Estado acepta uno de estos derechos no-constitucionales para una clase de ciudadanos, debe hacerlo para todos. (10) La polémica disposición sobre el aborto de la Corte Suprema de 1973, por ejemplo, permite que los Estados prohíban el aborto en el último trimestre de embarazo. (11) Pero la Corte no permitiría que un Estado prohibiera un aborto en el último trimestre de embarazo sólo para las mujeres que nacieron en años pares.

Esta relación entre la integridad y la retórica de la protección equitativa es bastante reveladora. Insistimos en la integridad porque creemos que los compromisos internos negarían lo que suele denominarse "igualdad ante la ley" y a veces "igualdad formal". Está de moda decir que este tipo de igualdad no es importante porque ofrece poca protección contra la tiranía. Sin embargo, esta denigración supone que la igualdad formal es sólo una cuestión de hacer cumplir las reglas, sean cuales fueren, que han sido establecidas en la legislación, en el espíritu del convencionalismo. Los casos de protección equitativa demuestran la importancia que adquiere la igualdad formal cuando se comprende que requiere integridad así como también una coherencia lógica, cuando exige fidelidad no sólo a las reglas sino también a las teorías de equidad y justicia que estas reglas presuponen por medio de la justificación.

Podemos hallar otra lección acerca de las dimensiones de la integridad en el sistema constitucional de los Estados Unidos, una lección cuya importancia demostraré al final de este capítulo. La integridad se adapta dentro de las comunidades políticas y no entre ellas, de modo que cualquier opinión que tengamos sobre el alcance del requisito de coherencia hace suposiciones sobre el tamaño y el carácter de estas comunidades. La Constitución norteamericana provee un sistema federal; reconoce a los Estados como comunidades políticas bien definidas y les asigna la soberanía sobre varias cuestiones de principio. De modo que no hay violación alguna de la integridad política en el hecho de que las leyes por agravio difieran de las de otros, aun sobre cuestiones de principio. Cada soberano habla con una sola voz, a pesar de no estar en armonía con otros soberanos. Pero en un sistema federal, la integridad tiene exigencias sobre las decisiones de alto orden, tomadas a nivel constitucional, sobre la división de poder entre el nivel nacional y los niveles locales. Algunos eruditos y políticos que se opusieron a la decisión sobre el aborto que tomó la Corte Suprema en 1973 sostienen ahora que debería entenderse que la Constitución deja las decisiones sobre el aborto a distintos Estados, de modo que algunos podrían permitir el aborto a solicitud, otros prohibirlo en toda circunstancia y otros adoptar regímenes intermedios. (12) Esta sugerencia no es una solución diversificada: cada Estado retendría el deber constitucional de que su propia ley sobre el aborto fuera co-

herente en principio y la sugerencia reconoce soberanos independientes en lugar de hablar en representación de todos. Sin embargo, queda una cuestión de integridad: si dejar la cuestión del aborto a los Estados individuales para que decidan en forma diferente si lo desean es coherente en principio con el resto del esquema constitucional norteamericano, lo que hace que otros derechos importantes sean nacionales en alcance y ejecución.

¿La integridad es atractiva?

No ofreceré ningún argumento más en favor de mi afirmación de que nuestra vida política reconoce la integridad como una virtud política. El caso tiene ahora la fuerza suficiente como para que el interés pase a la otra dimensión de la interpretación. ¿Hacemos bien en interpretar nuestra política de esa forma? ¿Nuestra cultura política resulta más atractiva si acepta esa virtud? En el Capítulo 5 describí un obvio desafío a la integridad. Un pragmático, ansioso de rechazar la integridad atacaría la profunda personificación que utilizamos para definir el ideal. Afirmamos que el Estado se equivoca al aceptar un compromiso interno porque "eso" compromete luego "sus" principios. El pragmático insistirá en que el Estado no es una entidad que pueda tener principios que comprometer. Ni el Estado ni su gobierno es una persona; son grupos de personas y si ninguna de estas personas separadas ha actuado de manera inconsistente con sus propios principios, ¿qué sentido tiene decir que el Estado que representan lo ha hecho?

El pragmático que hace este tipo de argumento trata de construir una responsabilidad política a partir de principios ordinarios, no-políticos, de moralidad. Procede al modo de nuestro primer argumento, en el Capítulo 5, sobre la responsabilidad de los accionistas por automóviles defectuosos, aplicando principios corrientes sobre la responsabilidad de una persona por los daños causados a otra. Pregunta qué podría hacer cada legislador, en la posición que ocupe, para reducir el total de incidentes de injusticia y falta de equidad según su propia opinión sobre aquello que la justicia y la equidad requieren. Si seguimos al pragmático en este argumento (si comenzamos con la responsabilidad individual de los funcionarios) llegaremos a su conclusión porque nos faltará una explicación adecuada de por qué un voto a favor de la solución diversificada es equivoco y una explicación de por qué un funcionario en particular debe considerar el compromiso como un resultado peor del que considera más uniformemente injusto. Si, por otra parte, insistimos en considerar los estatutos comprometidos internamente como actos de un agente moral bien definido, podremos entonces condenarlos como carentes de principios, y tendremos una razón para argumentar que ningún funcionario debería contribuir a actos carentes de principios de su Estado. Por lo tanto, para defender el principio legislativo de integridad debemos defender el estilo general de argumentos que la comunidad toma como un agente moral.

Debemos extraer nuestro argumento de la virtud política y no, mientras sea considerado diferente, de la metafísica. No debemos decir que la integridad es

una virtud especial de la política porque el Estado o comunidad sea una entidad bien definida, sino que la comunidad debe verse como un agente moral concreto porque deben protegerse las prácticas sociales e intelectuales que tratan a la comunidad de esta forma. Ahora nos enfrentamos a una dificultad bastante obvia y profunda. En la vida política, nos hemos acostumbrado a discutir sobre las instituciones políticas y sociales de una manera en especial: atacándolas o defendiéndolas sobre la base de la justicia o la equidad. Pero no podemos esperar defender la integridad de esta manera porque sabemos que a veces la integridad entrará en conflicto con aquello que la equidad y la justicia recomiendan. Debemos extender la tolerancia del argumento político si queremos afirmar la integridad política como un ideal bien definido. ¿Pero cómo? He aquí una sugerencia, aunque no la única posibilidad. La retórica revolucionaria francesa reconocía un ideal político que aún no hemos considerado. Deberíamos buscar nuestra defensa de la integridad alrededor de la fraternidad o (13), para usar su nombre más moderno, comunidad.

Demostraré que una sociedad política que acepta la integridad como una virtud política se convierte en una comunidad especial, especial en el sentido de que promueve su autoridad moral para asumir y desplegar un monopolio de fuerza coercitiva. Este no es el único argumento para la integridad o la única consecuencia del hecho de reconocerla que podrían valorar los ciudadanos. La integridad provee, por ejemplo, protección contra la parcialidad, el engaño o cualquier otra forma de corrupción oficial. En un sistema que permite que los fabricantes de automóviles y de lavadoras estén gobernados por principios diferentes y contradictorios de responsabilidad, hay más lugar para el favoritismo o el carácter vengativo. La integridad también contribuye a la eficiencia del derecho tal como lo señalamos anteriormente. Si el pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores sino también por cualquier otra norma proveniente de los principios que estas decisiones suponen, entonces el conjunto de normas reconocidas puede expandirse y contraerse en forma orgánica, a medida que las personas se tornan más sofisticadas para sentir y explorar aquello que estos principios requieren en nuevas circunstancias, sin la necesidad de una legislación detallada o de adjudicación en cada punto de posible conflicto. Este proceso es menos efectivo cuando existen desacuerdos (y esto es inevitable que suceda) sobre qué principios asumen de hecho las reglas explícitas y las otras normas de la comunidad. Sin embargo, una comunidad que acepta la integridad posee un vehículo para un cambio orgánico, aun si no es del todo efectivo, que de otra forma no tendría.

Estas consecuencias de la integridad son prácticas. Las demás son morales y expresivas. En nuestra discusión inicial acerca de la integridad en el último capítulo señalamos que muchas de nuestras actitudes políticas, reunidas en nuestro instinto de responsabilidad grupal, suponen que en cierto sentido somos los autores de las decisiones políticas que toman nuestros gobernantes, o por lo menos, que tenemos razones para pensar así. Kant y Rousseau basaron sus concepciones de libertad en este ideal de autolegislación. (14) Sin embargo, este ideal necesita integridad pues un ciudadano no puede considerarse el autor de un conjunto de leyes que son incoherentes en principio, y tampoco puede considerar dicho conjunto como avalado por cualquier voluntad al estilo Rousseau. El ideal de autonomía posee un aspecto especial que la integridad promueve en

forma directa y el hecho de señalarlo nos llevará a nuestro debate más importante sobre legitimidad y obligación política. La integridad extiende y profundiza el rol que pueden desempeñar ciudadanos individuales en el desarrollo de las normas públicas de su comunidad porque exige que traten las relaciones entre ellos como gobernadas, de manera característica y no espasmódica, por estas normas. Si el público entendiera la legislación formal como sólo una cuestión de soluciones negociadas a problemas discretos, sin ningún compromiso subyacente con cualquier otra concepción pública más fundamental, haría una distinción bien marcada entre dos tipos de encuentro entre conciudadanos: los que caen dentro y los que caen fuera de la esfera de una decisión política del pasado. La integridad, por el contrario, insiste en que cada ciudadano debe aceptar exigencias y puede tener exigencias con otros, compartiendo y extendiendo así la dimensión moral de cualquier decisión política explícita. La integridad fusiona, por lo tanto, la vida política y moral de los ciudadanos: le pide al buen ciudadano, al decidir cómo debe tratar a su vecino cuando sus intereses entran en conflicto, que interprete el esquema común de justicia con el cual ambos están comprometidos en virtud de su ciudadanía. (15)

La integridad infunde en las ocasiones políticas y privadas el espíritu de la otra para beneficio de ambas. Esta continuidad posee un valor tanto práctico como expresivo porque facilita el estilo orgánico de cambio que mencioné hace un momento como una ventaja práctica. Pero su valor expresivo no se agota, tal como podría hacerlo su valor práctico, cuando los ciudadanos disienten sobre cuál es el esquema de justicia que de hecho está plantado en las decisiones políticas explícitas de la comunidad. El valor expresivo queda confirmado cuando la gente intenta de buena fe tratar al prójimo de una manera apropiada por el hecho de ser miembros de una misma comunidad gobernada por la integridad política y ver que el otro intenta hacer lo mismo, aun cuando disienten acerca de qué requiere la integridad en circunstancias especiales. La obligación política no es entonces cuestión de obedecer las decisiones políticas de la comunidad una por una, tal como los filósofos políticos suelen representarla. Se convierte en una idea más protestante: fidelidad a un esquema de principio que cada ciudadano tiene la responsabilidad de identificar, finalmente por sí mismo, como el esquema de su comunidad.

El enigma de la legitimidad

Ahora nos ocuparemos de la relación directa entre la integridad y la autoridad moral del derecho y esto nos lleva nuevamente al argumento principal del libro. Dije que el concepto de derecho (el escenario donde el argumento entre concepciones es más útil) relaciona el derecho con la justificación de coerción oficial. Una concepción de derecho debe explicar de qué manera aquello que considera ser derecho proporciona una justificación general para el ejercicio del poder coercitivo del Estado, una justificación válida salvo en casos especiales cuando algún argumento rival sea particularmente poderoso. El centro organizador de cada concepción es la explicación que ofrece a esta fuerza justifica-

dora. Por lo tanto, cada concepción hace frente al mismo problema inicial. ¿De qué manera se puede justificar la coerción en la política ordinaria? ¿Qué es lo que puede otorgarle a una persona el tipo de poder autorizado sobre otra que la política supone que los gobernantes poseen sobre los gobernados? ¿Por qué el hecho de que una mayoría elija un régimen en particular, por ejemplo, le otorga a dicho régimen un poder legítimo sobre aquellos que votaron en contra del mismo?

Este es el clásico problema de la legitimidad del poder coercitivo. Y viene acompañado de otro problema clásico: el de la obligación política. ¿Los ciudadanos tienen una genuina obligación moral sólo en virtud del derecho? ¿El hecho de que una legislatura haya promulgado algún requisito les da a los ciudadanos una razón tanto moral como práctica para obedecer? ¿Esa razón moral es válida para aquellos ciudadanos que desaprueban la legislación o la consideran errónea en principio? Si los ciudadanos no poseen ese tipo de obligación moral entonces la garantía de coerción del Estado se ve seriamente (tal vez fatalmente) debilitada. Estas dos cuestiones (el hecho de si el Estado es legítimo desde el punto de vista moral, en el sentido de que está justificado para usar la fuerza en contra de sus ciudadanos y si las decisiones del Estado imponen genuinas obligaciones sobre ellos) no son iguales. Ningún Estado debe hacer cumplir todas las obligaciones de sus ciudadanos. Pero a pesar de que la obligación no es razón suficiente para la coerción, está cerca de ser una razón necesaria. Un Estado puede tener buenos fundamentos en algunas circunstancias especiales para coercer a aquellos que no tienen obligación de obedecer. Sin embargo, no podría justificarse ninguna política general para mantener la ley con manos de acero si la ley no fuera, por lo general, una fuente de genuinas obligaciones.

Un Estado es legítimo si su estructura y prácticas constitucionales son tales que los ciudadanos tienen la obligación de obedecer las decisiones políticas que implican la imposición de deberes sobre ellos. Un argumento de legitimidad sólo necesita proporcionar razones para esa situación general. No necesita demostrar que un gobierno, legítimo en ese sentido, tiene por lo tanto la autoridad moral de hacer lo que desee a sus ciudadanos, o que ellos están obligados a obedecer cualquier decisión que se tome. Demostraré que un Estado que acepta la integridad como ideal político tiene un mejor caso de legitimidad que uno que no lo acepta. Si esto es así, nos proporciona una fuerte razón del tipo que hemos estado buscando, una razón de por qué haríamos bien en considerar nuestras prácticas políticas basadas en esa virtud. Proporciona, en particular, un fuerte argumento para una concepción del derecho que considera fundamental la integridad, porque cualquier concepción debe explicar por qué la ley es la legítima autoridad para la coerción. Nuestros reclamos por la integridad están ligados a nuestro principal proyecto que es el de encontrar una concepción del derecho que resulte atractiva.

Consentimiento tácito

Los filósofos tienen varios tipos de argumentos sobre la legitimidad de las democracias modernas. Uno de ellos utiliza la idea de contrato social, pero no debemos confundirla con argumentos que usan dicha idea para establecer el carácter o contenido de la justicia. John Rawls, por ejemplo, propone un contrato

social imaginario como un medio para seleccionar la mejor concepción de justicia en el campo de una teoría política utópica. Sostiene que bajo condiciones especiales de incertidumbre cualquiera elegiría ciertos principios de justicia que sean de su interés y afirma que éstos son por lo tanto los principios correctos para nosotros. (16) Sea lo que fuere que pensamos de su sugerencia, no tiene relación directa con nuestro actual problema de legitimidad en el campo de la política ordinaria, donde los principios de justicia de Rawls están muy lejos del dominio. Por supuesto que sería muy distinto si cada ciudadano estuviera de acuerdo con un pacto histórico de aceptar y obedecer las decisiones políticas que se tomen. Entonces, el hecho del acuerdo histórico proporcionaría por lo menos un buen caso *prima facie* para la coerción aun en la política ordinaria. De modo que algunos filósofos políticos se sintieron tentados de decir que en realidad hemos aceptado un contrato social de ese tipo en forma tácita con el solo hecho de no emigrar cuando alcanzamos la edad de consentimiento. Pero nadie puede afirmar eso durante mucho tiempo con una cara seria. El consentimiento no puede ser obligatorio para la gente, en el sentido que exige este argumento, a menos que sea dado con mayor libertad y con una elección alternativa más genuina que el sólo hecho de negarse a construir una vida bajo una bandera extranjera. Y aun si el consentimiento fuese genuino, el argumento fracasaría como argumento de legitimidad porque una persona deja a un soberano sólo para tener a otro y no tiene la posibilidad de no tener a ninguno.

El deber de ser justo

Rawls sostiene que la gente en la posición original reconocería como un deber natural apoyar a las instituciones que cumplan con las pruebas de justicia abstracta y que extiendan este deber al apoyo de instituciones no tan justas, por lo menos cuando las decisiones tomadas por instituciones mayoritarias y justas presenten injusticias esporádicas. (17) Incluso aquellos que rechazan el método general de Rawls podrían aceptar el deber de apoyar instituciones justas o no tan justas. Sin embargo, dicho deber no provee una buena explicación de legitimidad, porque no une lo suficiente la obligación política a la comunidad en particular a la cual pertenecen aquellas personas que tienen la obligación; no demuestra por qué los ingleses tienen el deber especial de apoyar las instituciones de Inglaterra. Podemos formular un argumento práctico y contingente sobre ese deber especial. Los ingleses tienen una mayor oportunidad de ayudar a las instituciones inglesas que las personas de otras naciones cuyas instituciones también son consideradas principalmente justas. Pero este argumento práctico no logra captar la intimidad del deber especial. No logra demostrar de qué manera la legitimidad fluye de la ciudadanía y la define. Esta objeción se aleja de la justicia, que conceptualmente es universalista y apunta hacia la integridad, que ya es más personal en sus diferentes exigencias sobre las distintas comunidades, como el origen de la legitimidad.

Juego limpio

La defensa más popular de la legitimidad es el argumento del juego limpio: (18) si una persona ha recibido beneficios bajo una organización política esta-

blecida, tiene entonces la obligación de soportar las cargas de dicha organización, incluyendo la de aceptar sus decisiones políticas, haya o no solicitado esos beneficios o haya consentido o no de una manera más activa a estas cargas. Este razonamiento evita la fantasía del argumento del consentimiento, la universalidad y otros defectos del argumento del deber natural de justicia y por lo tanto podría parecer un rival más fuerte para mi sugerencia de que la legitimidad se fundamenta mejor en la integridad. Sin embargo, es vulnerable a dos contraargumentos que se han señalado a menudo. El primero, el argumento del juego limpio supone que las personas pueden contraer obligaciones por el solo hecho de recibir lo que no buscaban y rechazarían si tuvieran la oportunidad de hacerlo. Esto no parece razonable. Supongan que un filósofo difunde una valiosa y sorprendente conferencia a través de un altoparlante instalado en una camioneta. ¿Todos aquellos que lo oyen (incluso las personas a quienes les gusta y aprovechan lo que dice) le deben un arancel por la conferencia? (19)

Segundo, el argumento del juego limpio es ambiguo en un aspecto crucial. ¿En qué sentido supone que las personas se benefician de una organización política? La respuesta más natural es la siguiente: una persona obtiene beneficios de una organización política si su situación en general (su bienestar, tal como lo denominan los economistas) es superior bajo dicha organización de lo que sería en otras circunstancias. Pero entonces, todo gira en torno de la referencia que se utilice, o qué significa "en otras circunstancias", y cuando tratamos de identificar esa referencia nos encontramos en un callejón sin salida. El principio es obviamente demasiado fuerte (no justifica nada) si necesita demostrar que cada ciudadano está mejor bajo el sistema político establecido de lo que estaría bajo cualquier otro sistema que podría haberse desarrollado en su lugar. Sin embargo, es imposible demostrar esto en cada uno de los ciudadanos que el principio intenta abarcar. Y también es obviamente demasiado débil (si sólo necesita demostrar que cada ciudadano está mejor bajo la organización establecida de lo que estaría sin ninguna organización política o social, es decir, en un estado natural característico del hobbesianismo).

Podemos apartarnos de esta segunda objeción si rechazamos la interpretación "natural" que describí acerca de la idea crucial del beneficio. Imaginen que comprendemos el argumento de un modo distinto: ello no supone que el bienestar de cada ciudadano, juzgado de una manera política neutral, ha mejorado gracias a una organización social o política sino que cada ciudadano ha recibido los beneficios de dicha organización. Es decir, que en realidad ha recibido lo que le corresponde según las normas de justicia y equidad sobre las que se basa. El principio del juego limpio, visto de esa manera, establece por lo menos una condición necesaria para la legitimidad. Si una comunidad no aspira a tratar a todos los individuos por igual, incluso según sus propias normas, entonces el reclamo de su obligación política se ve comprometido de una manera fatal. Sin embargo, no queda claro en qué forma el hecho negativo de que la sociedad no haya discriminado a nadie de esta manera, según sus propias normas, pueda dar una razón positiva de por qué debe aceptar sus leyes como obligaciones. De hecho, la primera objeción que describí se torna más poderosa si damos esta respuesta a la segunda. Ahora, debemos entender que el argumento del juego limpio no sostiene que una persona contrae una obligación cuando su bienestar mejora sin que ésta fuera su intención, sino que contrae una obligación al ser

tratada de una manera que ni siquiera podría llegar a mejorar su bienestar más allá del nivel apropiado. El hecho de que un individuo haya sido tratado con justicia por su comunidad de acuerdo con sus propias normas no le garantiza ninguna otra ventaja material.

Las obligaciones de la comunidad

Circunstancias y condiciones

¿Es verdad que nadie resulta afectado desde el punto de vista moral si se le da aquello que no pide o elige tener? Estamos de acuerdo con ello si consideramos sólo casos de beneficios recibidos por parte de personas extrañas como el caso de los filósofos que hablan a través de altoparlantes ambulantes. Sin embargo, nuestras convicciones son bastante diferentes si tenemos en mente las obligaciones que a menudo se denominan obligaciones de rol, pero que denominaré en forma genérica: obligaciones asociativas o comunales. Me refiero a las responsabilidades especiales que la práctica social le atribuye al hecho de ser miembro de un grupo social o biológico, como las responsabilidades de familia, amigos o vecinos. La mayoría de las personas piensa que tiene obligaciones asociativas por el solo hecho de pertenecer a grupos definidos por la práctica social, que no necesariamente es una cuestión de elección o consentimiento, pero que puede perder estas obligaciones si otros miembros del grupo no les extienden los beneficios que corresponden al hecho de pertenecer al grupo. Estas suposiciones comunes sobre las responsabilidades asociativas sugieren que se debe contar entre ellas la obligación política, en cuyo caso, las dos objeciones hechas al argumento del juego limpio ya no serían pertinentes. Sin embargo, los filósofos han ignorado esta posibilidad y creo que lo han hecho por dos razones. La primera, se piensa que las obligaciones comunales dependen de lazos emocionales que presuponen que cada miembro del grupo tiene una relación personal con todos los demás, lo que por supuesto no puede ser cierto en las grandes comunidades políticas. Segunda, la idea de responsabilidades comunales especiales válidas en una gran comunidad anónima huele a nacionalismo o incluso racismo, dos cosas que han causado gran sufrimiento e injusticias.

Deberíamos por lo tanto reflexionar sobre el carácter de las obligaciones asociativas familiares para ver de qué manera son aplicables estas objeciones aparentes. Las obligaciones asociativas son complejas y menos estudiadas por los filósofos que los tipos de obligaciones personales que contraemos a través de promesas discretas y otros tipos de actos deliberados. Pero son una parte importante del panorama moral: para la mayoría de las personas, las responsabilidades con su familia, amantes, amigos y colegas de trabajo son las obligaciones más importantes y las más lógicas de todas. La historia de la práctica social define a los grupos comunales a los cuales pertenecemos y las obligaciones que les corresponden. Define qué es una familia, un vecindario o un colega profesional y qué es lo que un miembro de estos grupos o poseedor de estos títulos les debe a los demás. Pero la práctica social no define grupos y obligaciones por mandato del ritual, ni a través de la extensión explícita de las convenciones sino

en una forma más compleja introducida por la actitud interpretativa. Los conceptos que utilizamos para describir a estos grupos y para apoyar o rechazar estas obligaciones son conceptos interpretativos; las personas pueden discutir con sensatez acerca de qué es en realidad la amistad y sobre qué le deben los niños a sus padres cuando llegan a la adultez. Los datos no elaborados de cómo se tratan típicamente los amigos entre sí no son más concluyentes acerca de un argumento sobre las obligaciones de la amistad que los datos no elaborados para los argumentos sobre cortesía en la comunidad imaginaria o los argumentos sobre derecho para nosotros.

Imaginemos que tratamos de componer, no sólo la interpretación de una sola práctica asociativa, como la familia, la amistad o el vecindario, sino una interpretación más abstracta de una práctica aun más generalizada de obligación asociativa. No puedo llevar este proyecto muy adelante o desarrollar un estudio profundo y detallado de dicha práctica abstracta. Pero hasta un estudio breve demuestra que no podemos explicar la práctica general si aceptamos el principio que ha atraído a varios filósofos de que nadie puede tener obligaciones especiales con ciertas personas en particular salvo en el caso en que elija aceptarlas. La relación que reconocemos entre obligación comunal y elección es mucho más compleja y más una cuestión de grado que varía de una forma a otra de asociación comunal. Aun las asociaciones que consideramos principalmente consensuales, como la amistad, no están formadas por un acto de compromiso contractual deliberado, tal como uno puede asociarse a un club, sino que se desarrolla a través de una serie de elecciones y sucesos que jamás se consideran como portadores de un compromiso de ese tipo.

Tenemos amigos a quienes debemos obligaciones en virtud de una historia compartida, pero sería perverso describir esto como una historia de obligaciones *supuestas*. Por el contrario, es una historia de sucesos y actos que *atraen* obligaciones y casi nunca nos damos cuenta de que entramos en una condición especial a medida que se desarrolla la historia. Las personas se tornan tímidas acerca de las obligaciones de la amistad en casos normales sólo cuando una situación les exige que cumplan con estas obligaciones o cuando se han cansado o les molesta la amistad y entonces es demasiado tarde para rechazarlos sin estar traicionándolos. Otras formas de asociación que arrastran responsabilidades especiales (en el caso de colegas académicos, por ejemplo) son aun menos una cuestión de libre elección: alguien puede convertirse en mi colega a pesar de haber votado en contra de su nombramiento. Y las obligaciones que algunos miembros de la familia se deben entre sí, que son consideradas unas de las más fuertes obligaciones fraternales de todas, tienen el menor grado de elección de todas. (20)

Por lo tanto, debemos explicar las obligaciones asociativas, si es que las aceptamos, en la forma que sugerí hace un momento, al describir cómo piensa la mayoría de las personas sobre ellas. Tenemos el deber de honrar nuestras responsabilidades bajo prácticas sociales que definen grupos y que atribuyen responsabilidades especiales al hecho de ser uno de los miembros, pero este deber natural sólo es válido cuando se dan o se sostienen otras condiciones. Entre estas otras condiciones se destaca la reciprocidad. Tengo responsabilidades especiales con mi hermano en virtud de nuestra hermandad, pero éstas son sensibles al grado en que él acepte estas responsabilidades hacia mí; mis res-

ponsabilidades con aquellos que sostienen que somos amigos, amantes, vecinos, colegas o conciudadanos dependen también de la reciprocidad. Pero aquí debemos prestar atención a una cosa: si los conceptos asociativos son interpretativos (si puede ser una pregunta abierta entre amigos qué es lo que la amistad requiere) entonces la reciprocidad que exigimos no puede ser una cuestión de que cada uno haga por el otro lo que este último cree que la amistad requiere en forma concreta. Entonces, la amistad sólo sería posible entre personas que compartieran una concepción detallada de la amistad y que automáticamente se tornaría más contractual y deliberada de lo que es, más una cuestión de que las personas verificaran de antemano si sus concepciones son compatibles como para ser amigos. (21)

La reciprocidad que exigimos para las obligaciones asociativas debe ser más abstracta, más una cuestión de aceptar un tipo de responsabilidad que necesita las ideas de integridad y de interpretación del otro para ser explicada. Los amigos tienen la responsabilidad de tratarse el uno al otro como amigos, y eso significa, dicho de manera subjetiva, que cada uno debe actuar a partir de una concepción de amistad que está dispuesto a reconocer como vulnerable a una prueba interpretativa y como abierta a la objeción de que esto no es una descripción verosímil de lo que la amistad significa en nuestra cultura. Los amigos, la familia o los vecinos no necesitan acordar en detalle acerca de las responsabilidades atribuidas a estas formas de organización. Las obligaciones asociativas pueden sostenerse entre personas que comparten un sentido general y difuso de los derechos especiales y responsabilidades de y hacia los miembros, un sentido de qué tipo y grado de sacrificio se puede esperar que haga por el otro. Se podría pensar que la amistad, bien entendida, requiere que se rompan promesas hechas a otros para ayudar a un amigo que lo necesite; y no me negaré a hacer esto por un amigo sólo porque no comparta esta convicción y por lo tanto, no lo haría por mí. Pero sólo lo consideraré un amigo y sentiré esta obligación si creo que más o menos siente el mismo interés por mí que yo siento por él y que hará otro tipo de sacrificios importantes por mí.

Sin embargo, los miembros de un grupo deben sustentar ciertas actitudes acerca de las responsabilidades que uno tiene con el otro si estas responsabilidades serán consideradas como genuinas obligaciones fraternales. En primer lugar, deben considerar las obligaciones del grupo como *especiales*, como distintas del grupo en lugar de considerarlas deberes generales que los miembros también deben a personas fuera del mismo. Segundo, tienen que aceptar que estas responsabilidades son *personales*: que van directamente de un miembro a otro y no a todo el grupo en sentido colectivo. Mi hermano o colega puede pensar que tiene responsabilidades con respecto a la reputación de la familia o la universidad donde mejor se desempeña al concentrarse en su propia carrera y negarme la ayuda que necesito o la compañía que deseo. Puede estar en lo cierto acerca del mejor uso de su tiempo desde el punto de vista del bien general de estas comunidades en particular. Pero su conducta no forma la base necesaria para que yo continúe reconociendo obligaciones fraternales hacia él.

Tercero, los miembros deben considerar que estas responsabilidades provienen de una responsabilidad más general que es la preocupación que cada uno tiene por el bienestar de otros miembros del grupo; deben tratar las obligaciones que surgen sólo bajo circunstancias especiales, como la obligación de

ayudar a un amigo que tiene un problema financiero, como proveniente de una responsabilidad más general activa en la asociación de distintos modos. Una sociedad comercial o empresa en común, concebida como una asociación fraternal, es, en esa forma, diferente de una larga relación contractual. La primera posee vida propia: cada socio no sólo se preocupa de mantener acuerdos explícitos sino de enfocar cada cuestión que surja en su vida comercial en común de una manera que refleje especial preocupación por su socio como socio. Distintas formas de asociación presuponen distintos tipos de preocupación general que se supone cada miembro debe tener por los demás. El grado de preocupación es diferente (no necesito actuar con mi socio como si pensara que su bienestar es tan importante como el de mi hijo) y también su alcance: mi preocupación por mi "hermano" sindicalista es general en cuanto a la vida productiva y económica que compartimos pero no se extiende a su éxito en la vida social, como mi preocupación sobre mi hermano biológico. (Por supuesto que mi colega sindicalista también puede ser mi amigo, en cuyo caso mis responsabilidades con respecto a él serán más complejas.) Pero dentro de la forma o modo de vida constituido por una práctica comunal, la preocupación debe ser general y proporcionar por lo tanto la base para otras responsabilidades distintas.

Cuarto, los miembros deben suponer que las prácticas grupales no sólo demuestran interés sino un *igual* interés por todos sus miembros. En ese sentido, las asociaciones fraternales son igualitarias desde el punto de vista conceptual. Pueden ser estructuradas e incluso jerárquicas, del mismo modo que una familia, pero esa estructura y esa jerarquía debe reflejar la suposición del grupo de que sus roles y reglas son equitativos en el interés de todos y no que la vida de uno es más importante que la de cualquier otro. Los ejércitos pueden ser organizaciones fraternales si se cumple dicha condición. Pero los sistemas de castas que consideran a algunos miembros menos valiosos que otros no son fraternales y no generan responsabilidades comunales.

Debemos ser cuidadosos al distinguir entonces entre una "mera" comunidad, una comunidad que cumple con las condiciones genéticas, geográficas o históricas identificadas por la práctica social como capaces de constituir una comunidad fraternal, y una comunidad "verdadera", una mera comunidad cuyas prácticas de responsabilidad grupal cumplen con las cuatro condiciones que acabamos de identificar. Las responsabilidades que una verdadera comunidad despliega son especiales e individualizadas y muestran un agudo interés mutuo que encaja en una concepción razonable de igual interés. Estas no son condiciones psicológicas. A pesar de que un grupo raramente las cumplirá o las sostendrá a menos que sus miembros se sientan unidos por un lazo emocional, las condiciones en sí no lo exigen. El interés que requieren es una propiedad interpretativa de las prácticas grupales de hacer valer y reconocer responsabilidades (éstas deben ser prácticas que la gente que tiene el grado de interés adecuado adoptaría) y no una propiedad psicológica de un número fijo de los verdaderos miembros. De modo que, contrariamente a la suposición que parecía estar en contra de asimilar las obligaciones políticas con las asociativas, las comunidades asociativas pueden ser más numerosas y más anónimas de lo que podrían serlo si una condición necesaria fuera el hecho de que cada miembro ame a todos los demás, o incluso que los conozca o sepa quiénes son.

Tampoco hay algo en las cuatro condiciones que contradiga nuestra premi-

sa inicial de que las obligaciones de fraternidad no necesitan ser totalmente voluntarias. Si se cumplen las condiciones, las personas que pertenecen a la mera comunidad tienen las obligaciones de una verdadera comunidad, las quieran o no, a pesar de que obviamente no se cumplirán las condiciones a menos que la mayoría de los miembros reconozca y honre estas obligaciones. Por lo tanto, es esencial insistir en que la verdadera comunidad debe ser también una mera comunidad. No se puede hacer a las personas miembros "honorarios" involuntarios de una comunidad a la que ni siquiera pertenecen sólo porque otros miembros están dispuestos a tratarlos como tales. No me convertiría en ciudadano de las islas Fiji si por alguna razón los habitantes de las islas Fiji decidieran tratarme como tal. Tampoco soy amigo de un extraño que se sienta junto a mí en un avión sólo porque él decida ser mi amigo.

Conflictos con la justicia

Debe hacerse una importante salvedad con respecto al argumento que hemos discutido. Aun las comunidades genuinas que cumplen con varias de las condiciones descritas pueden ser injustas o promover la injusticia y producir de ese modo el conflicto que ya hemos señalado de distintas maneras, entre la integridad y la justicia de una institución. Las verdaderas obligaciones comunales pueden ser injustas en dos formas. La primera, pueden ser injustas para los miembros del grupo: la concepción de interés equitativo que reflejan, a pesar de ser sincera, puede ser defectuosa. En una comunidad, por ejemplo, puede ser una firme tradición de organización familiar que el interés equitativo por las hijas y los hijos exige que los padres ejerciten un tipo de dominio especial sobre unos y otros. (22) Segunda, pueden ser injustas para las personas que no pertenecen al grupo. La práctica social puede definir un grupo racial o religioso como asociativo, y ese grupo puede exigir que sus miembros discriminen a las personas ajenas al grupo en forma general, social o laboral. Si las consecuencias para aquellos ajenos al grupo son graves, como lo serán si el grupo discriminador es grande o poderoso dentro de una comunidad más grande, esto será injusto. (23) En muchos casos, exigir ese tipo de discriminación no sólo entrará en conflicto con los deberes de la justicia abstracta que los miembros del grupo deben a todos los demás sino también con las obligaciones asociativas que tienen por pertenecer a comunidades asociativas más grandes o diferentes. Si aquellos que no pertenecen a mi raza o religión son mis vecinos, colegas o (y ahora me anticipo al siguiente argumento) conciudadanos, surge la cuestión de saber si no tengo responsabilidades para con ellos, provenientes de esas asociaciones, que ignoro al ceder ante las responsabilidades que reclama mi grupo social o religioso.

Al discutir estos diferentes conflictos, no debemos olvidar que las responsabilidades asociativas están sujetas a la interpretación y que la justicia desempeñará su rol interpretativo habitual al decidir cuáles son las responsabilidades asociativas para cualquier persona. Si los meros hechos de la práctica social son indecisos, mi opinión de que es injusto que los padres ejerzan un dominio absoluto sobre sus hijos influirá en mis convicciones sobre si la institución de la familia tiene en realidad esa característica, de la misma manera que la opinión de un ciudadano acerca de la justicia de las influencias del rango social influirá en sus ideas sobre la cortesía, en la comunidad imaginaria del Capítulo 2. Aun si el

ejercicio del dominio está establecido y es indiscutible, la actitud interpretativa puede aislarlo como un error porque está condenado por los principios necesarios para justificar el resto de la institución. Sin embargo, no existe garantía de que la actitud interpretativa siempre justificará dejar de lado alguna característica al parecer injusta de una institución asociativa. Puede ser que tengamos que aceptar que ese dominio injusto yace en el corazón de las prácticas de familia de una cultura, o que esa discriminación injustificable se encuentra en el corazón de sus prácticas de cohesión racial o religiosa. Entonces, nos daremos cuenta de otra posibilidad que ya hemos señalado antes en otros contextos. La mejor interpretación puede ser profundamente escéptica: ninguna descripción competente de la institución puede dejar de mostrarla como totalmente injusta y por lo tanto, debería ser abandonada. Alguien que llega a esa conclusión negará que la práctica pueda imponer obligaciones genuinas. Pensará que las obligaciones que aparenta imponer quedan canceladas por los principios morales adecuados.

De modo que nuestra descripción de la obligación asociativa posee ahora una estructura bastante compleja. Combina cuestiones de práctica social y cuestiones de interpretación crítica de la siguiente forma. La cuestión de la obligación comunal sólo surge en grupos definidos por la práctica como portadores de dichas obligaciones: las comunidades asociativas deben ser primero meras comunidades. Pero no todo grupo establecido por la práctica social es asociativo: una mera comunidad debe cumplir con las cuatro condiciones de una verdadera comunidad antes de que las responsabilidades que declara se tornen genuinas. En esta etapa se necesita una interpretación, porque la cuestión de si la práctica cumple con las condiciones de una comunidad genuina depende de cómo se comprenda dicha práctica, y ésa es una cuestión interpretativa. Dado que la interpretación es en parte una cuestión de justicia, esta etapa puede demostrar que las responsabilidades aparentemente injustas en realidad no son parte de la práctica, porque las condenan otros principios necesarios para justificar otras responsabilidades que impone la práctica. Pero no podemos basarnos en esto: la mejor interpretación disponible puede demostrar que sus aspectos injustos son compatibles con el resto de su estructura. Entonces, a pesar de que las obligaciones que impone son genuinas *prima facie*, surge la cuestión de si la injusticia es tan severa y profunda que estas cuestiones quedan canceladas. Esa es una posibilidad, y las prácticas de unidad y discriminación racial parecen ejemplos apropiados. Pero a veces, la injusticia no será tan grande; entonces se plantean dilemas porque las obligaciones injustas que crea la práctica no se borran por completo.

Puedo ilustrar esta compleja estructura expandiendo un ejemplo ya utilizado. ¿Una hija tiene la obligación de condescender con los deseos de su padre en culturas donde los padres tienen el poder de elegir los cónyuges para sus hijas pero no para sus hijos? En primer lugar, debemos preguntar si se cumplen las cuatro condiciones que transforman la mera institución de la familia, en la forma que esto ha tomado allí, en una verdadera comunidad, y que origina un conjunto de preguntas interpretativas donde figurarán nuestras convicciones acerca de la justicia. ¿La cultura acepta realmente que las mujeres sean tan importantes como los hombres? ¿Considera que ese poder parental especial sobre las hijas es en realidad en provecho de las hijas? De lo contrario, si el tratamiento

discriminatorio de las hijas se basa en una suposición más general de que son menos valiosas que los hombres, la asociación no es genuina y de ello no surge ninguna responsabilidad asociativa de ningún carácter. Por otra parte, si la cultura acepta la igualdad de sexos, la discriminación contra las hijas puede ser tan incoherente con respecto al resto de la institución de familia que puede ser considerada un error dentro de ella y por lo tanto, no un verdadero requisito aun si se acepta la institución. Entonces, el conflicto desaparece por dicha razón.

Pero supongan que la cultura acepta la igualdad de sexos, pero piensa de buena fe que un interés equitativo requiere una protección paternalista para las mujeres en todos los aspectos de la vida familiar, y que el control paternal con respecto al casamiento de las hijas es coherente con el resto de la institución de familia. Si dicha institución es por el contrario injusta (si fuerza a los miembros de la familia a cometer crímenes en provecho de la familia, por ejemplo), pensamos que no puede ser justificada de ninguna manera si recomienda su continuidad. Nuestra actitud es totalmente escéptica y otra vez negamos cualquier responsabilidad asociativa genuina y así, cualquier conflicto. Por otra parte, supongan que el paternalismo de la institución es el único aspecto que estamos dispuestos a considerar injusto. Ahora, el conflicto es genuino. Las otras responsabilidades de los miembros de la familia medran como responsabilidades verdaderas. Lo mismo sucede con la responsabilidad de una hija al ceder a la elección paterna para el casamiento, pero esto puede ser anulado por la atracción hacia la libertad o cualquier otro fundamento de derechos. La diferencia es importante: una hija que se casa en contra de la voluntad de su padre, en esta versión de la historia, tiene de qué lamentarse. Le debe por lo menos una explicación y tal vez una disculpa y de todas formas, debe luchar para seguir ocupando su puesto como miembro de la comunidad que, por otra parte, tiene el deber de honrar.

Le he prestado tanta atención a la estructura de la obligación asociativa, y al carácter y ocasiones de su conflicto con otras responsabilidades y derechos, porque mi objetivo es demostrar cómo la obligación política puede ser considerada asociativa, y esto sólo es posible si la estructura general de las obligaciones asociativas nos permite explicar las condiciones que sentimos deben cumplirse antes de que surja la obligación política, y las circunstancias que creemos deben anularla o mostrarla en conflicto con otros tipos de obligaciones. La disputa que acabamos de concluir hace eco de nuestra primera discusión, en el Capítulo 3, sobre los tipos de conflicto que ciudadanos y jueces pueden llegar a descubrir entre la ley de su comunidad y la justicia más abstracta. Allí utilizamos casi la misma estructura y muchas de las mismas distinciones para desentrañar las cuestiones legales y morales que la ley plantea en puntos difíciles. Ese eco apoya nuestra actual hipótesis de que la obligación política (incluyendo la obligación de obedecer la ley) es una forma de obligación asociativa. Nuestro estudio de conflicto dentro de la obligación asociativa es también importante al responder a una objeción a dicha hipótesis que señalé brevemente unos momentos antes. La objeción reclama que el hecho de tratar la obligación política como asociativa apoya los aspectos más negativos del nacionalismo, incluyendo su aprobación de la guerra por un interés nacional. Ahora podemos responder que la mejor interpretación de nuestras propias prácticas políticas desaprueba ese aspecto, que de todos modos ni siquiera es aprobado por la mera práctica. El sa-

ber cuándo y dónde se aprueba cualquier conflicto entre el nacionalismo militante y las normas de justicia debe resolverse en favor de estas últimas. Ninguno de estos reclamos amenaza los ideales más saludables de la comunidad nacional y las responsabilidades especiales que éstos apoyan, las que consideramos a continuación.

Fraternidad y comunidad política

Por fin podemos considerar nuestra hipótesis en forma directa: que la mejor defensa de la legitimidad política (el derecho de una comunidad política de tratar a sus miembros como si tuvieran obligaciones en virtud de decisiones colectivas de la comunidad) no se hallará en el duro terreno de los contratos, deberes de justicia u obligaciones de juego limpio que pueden ser válidas entre extraños, donde los filósofos han esperado encontrarlos, sino en el terreno más fértil de la fraternidad, la comunidad y sus obligaciones concomitantes. La asociación política, al igual que la familia, la amistad y otras formas de asociación más locales e íntimas está en sí revestida de obligación. No es una objeción a ese reclamo el hecho de que la mayoría de la gente no elige su comunidad política sino que nace dentro de ella o es llevada allí durante su niñez. Si acomodamos las comunidades fraternales familiares a lo largo de un espectro que va desde la plena elección a ser miembro de la misma hasta la elección nula, las comunidades políticas quedan situadas en el medio del mismo. Las obligaciones políticas son menos involuntarias que muchas obligaciones familiares, porque las comunidades políticas permiten que las personas emigren y a pesar de que el valor práctico de esta elección suele ser muy pequeño, la elección en sí es importante, tal como lo comprobamos al contemplar las tiranías que la niegan. De modo que las personas que son miembros de meras comunidades políticas tienen obligaciones políticas, siempre y cuando se cumplan las otras condiciones necesarias a las obligaciones de fraternidad, adecuadamente definidas para una comunidad política.

Por lo tanto, debemos preguntarnos qué descripción de estas condiciones es apropiada para una comunidad política, pero antes debemos hacer una pausa para considerar la siguiente queja sobre esta "solución" al problema de legitimidad. "No soluciona el problema sino que lo evade al negar que exista un problema." Esta queja tiene algo de justicia, pero no la suficiente como para que nos cause algún inconveniente aquí. Es cierto que el nuevo enfoque vuelve a establecer el problema de la legitimidad y así espera cambiar el carácter del argumento. Les pide a aquellos que desafían la posibilidad misma de la legitimidad política que amplíen su ataque y nieguen toda obligación asociativa o demuestren por qué la obligación política no puede ser asociativa. Pide a aquellos que defienden la legitimidad que pongan a prueba sus reclamos sobre un nuevo y más amplio campo de argumento. Invita a los filósofos políticos de cualquier disposición a que consideren lo que debe ser una mera comunidad política antes de que ésta reclame ser una verdadera comunidad donde florecen las obligaciones comunales.

No nos resulta difícil encontrar en la práctica política las condiciones de una mera comunidad. Las personas disienten acerca de los límites de las comunidades políticas, en particular en circunstancias coloniales o cuando las divisiones permanentes entre las naciones ignoran identidades históricas, étnicas o religiosas. Pero esto puede ser tratado como problemas de interpretación y, de cualquier manera, no surgen en los países que ahora estudiamos. La práctica define los límites de Gran Bretaña y de varios Estados de los Estados Unidos lo suficiente como para ser aceptables como meras comunidades políticas. (24) Esto ya lo hemos señalado: destacamos que nuestras convicciones políticas más difundidas suponen que los funcionarios de estas comunidades tengan responsabilidades dentro de y con sus comunidades. La obligación central es la de fidelidad a la ley, la obligación que para la filosofía política es tan problemática. De modo que nuestro principal interés yace en las cuatro condiciones que identificamos. ¿Qué forma deben tomar éstas en una comunidad política? ¿Cómo debe ser la política para que una mera sociedad política se convierta en un verdadero modo fraternal de asociación?

Tres modelos de comunidad

Somos capaces de imaginar una sociedad política como asociativa sólo porque nuestras actitudes políticas ordinarias parecen satisfacer la primera de nuestras cuatro condiciones. Pensamos que tenemos un interés especial así como también obligaciones con otros miembros de nuestra propia nación. Los norteamericanos dirigen sus apelaciones políticas, exigencias, visiones e ideales, en primera instancia, a otros norteamericanos; los ingleses a los ingleses y así sucesivamente. Consideramos la comunidad antes que la justicia y la equidad en el sentido en que las cuestiones de justicia y equidad son consideradas como cuestiones de qué sería lo correcto o lo justo dentro de un grupo político en particular. De ese modo, tratamos las comunidades políticas como verdaderas comunidades asociativas. ¿Qué otras suposiciones sobre las obligaciones y responsabilidades que surgen de la ciudadanía podrían justificar esa actitud al satisfacer sus otras condiciones? Esta no es una cuestión de sociología descriptiva, a pesar de que esa disciplina puede jugar algún papel al responderla. No estamos interesados en la cuestión empírica de qué actitudes, instituciones o tradiciones se necesitan para crear y proteger la estabilidad política, sino en la cuestión interpretativa acerca del carácter del interés y la responsabilidad mutua que deben expresar nuestras prácticas políticas para poder justificar la suposición de verdadera comunidad que parecemos tener.

Las prácticas políticas de una comunidad podrían tratar de expresar uno de los tres modelos generales de asociación política. Cada modelo describe las actitudes que los miembros de una comunidad política tomarían el uno con el otro si compartieran la visión de comunidad que expresa el modelo. El primero supone que los miembros de una comunidad consideran su asociación como un accidente *de facto* de historia y geografía, entre otras cosas, y por lo tanto, no como una verdadera comunidad asociativa. Las personas que piensan así acerca de su comunidad no necesariamente tratarán a otros sólo como medios para alcanzar sus objetivos personales. Esa es una posibilidad: imaginen a dos personas extrañas provenientes de naciones que se desprecian mutuamente en sus

aspectos morales y religiosos que luego de una batalla naval entre los dos países terminan en una isla desierta. Los extraños terminan juntos en principio por las circunstancias y nada más. Ambos pueden necesitarse y por esa razón no se matan. Pueden llegar a elaborar alguna división del trabajo y cada uno mantendrá el acuerdo mientras crea que le conviene hacerlo, pero no más allá de ese punto o por cualquier otra razón. Pero existen otras posibilidades para una asociación *de facto*. Las personas pueden considerar su comunidad política como meramente *de facto*, no porque sean egoístas sino porque están incentivadas por una pasión de justicia en el mundo entero y no hacen distinción entre su comunidad y las demás. Un funcionario político que tenga esa opinión pensará que puede ayudar a sus constituyentes porque posee medios especiales (los de su oficio) para ayudarlos que, lamentablemente, no están disponibles para ayudar a otros grupos. Pensará que sus responsabilidades con respecto a su comunidad no son especiales en ningún otro sentido y por lo tanto, no mayores en principio. De modo que cuando puede mejorar la justicia al subordinar los intereses de sus propios constituyentes, creará que es hacer lo correcto.

Al segundo modelo de comunidad lo denominó modelo de "reglamento". Supone que los miembros de una comunidad política aceptan un compromiso general de obedecer reglas establecidas de una cierta forma que es especial para esa comunidad. Imaginen personas egoístas pero honestas que compiten en un juego con reglas fijas o que son socias en un acuerdo comercial limitado y transitorio. Obedecen las reglas que han aceptado o negociado como una cuestión de obligación y no meramente de estrategia, pero suponen que el contenido de estas reglas agota su obligación. No saben que las reglas fueron negociadas a partir de un compromiso común de principios subyacentes que en sí son una fuente de obligación; por el contrario, piensan que estas reglas representan un compromiso entre intereses o puntos de vista antagonistas. Si las reglas son producto de una negociación especial, como en el caso del contrato, cada lado ha tratado de renunciar a lo menos posible a cambio de lo máximo posible, y por lo tanto sería injusto y no sólo erróneo que cualquiera de ellos reclamara que su acuerdo abarca todo lo que no está explícitamente acordado.

La concepción convencionalista del derecho que consideramos en el Capítulo 4 es una compañera natural de este modelo de comunidad de reglamento. El convencionalismo se adapta a aquellas personas que tratan de promover su propia concepción de justicia y equidad en la correcta relación a través de la negociación y el compromiso, sólo sujetas a la estipulación de que una vez que se ha alcanzado un compromiso en la forma apropiada, las reglas que forman su contenido serán respetadas hasta que sean cambiadas por un nuevo compromiso. Una filosofía convencionalista unida a un modelo de comunidad de reglamento aceptaría los compromisos internos de nuestros estatutos diversificados, como compromisos alcanzados a través de negociaciones que deben ser respetadas tanto como en cualquier otra negociación. Los primeros dos modelos de comunidad (comunidad como una cuestión de circunstancia y como una cuestión de reglas) concuerdan en rechazar la única base que podríamos tener para oponernos a los compromisos diversificados, que es la idea de integridad, de que la comunidad debe respetar los principios necesarios para justificar una parte de la ley también en otras partes.

El tercer modelo de comunidad es el modelo de principio. Concuerda con

el modelo de reglamento en que la comunidad política requiere una comprensión compartida, pero asume una visión más amplia y generosa de lo que es dicha comprensión. Insiste en que las personas son miembros de una genuina comunidad política sólo cuando aceptan que sus destinos están ligados de la siguiente manera: aceptan que los gobiernan principios comunes y no sólo reglas establecidas por un compromiso político. La política tiene un carácter diferente para esas personas. Es un campo de debate sobre cuáles son los principios que la comunidad debería adoptar como sistema, qué visión debería tener de la justicia, la equidad y el debido proceso y no la historia diferente, apropiada para otros modelos, donde cada persona trata de plantar la bandera de sus propias convicciones sobre el mayor terreno de poder o reglas posible. Los miembros de una sociedad de principio aceptan que sus derechos y deberes políticos no están agotados por decisiones que han tomado sus instituciones políticas, sino que en una forma más general, dependen del esquema de principios que esas decisiones presuponen y hacen cumplir. De manera que cada miembro acepta que los otros tengan derechos y que él tenga deberes que surgen de dicho esquema, a pesar de que éstos nunca hayan sido identificados o declarados formalmente. Tampoco supone que estos otros deberes y derechos dependen de su aprobación de dicho esquema; estas obligaciones surgen del hecho histórico de que su comunidad ha adoptado dicho esquema, que entonces es especial para ella, y no la suposición que habría elegido como su total elección. En resumen, cada uno acepta la integridad política como un claro ideal político y trata la aceptación general de dicho ideal, incluso entre personas que de otro modo estarían en desacuerdo sobre la moralidad política, como constitutivo de la comunidad política.

Ahora, nuestro escenario está preparado (o más bien arreglado) para la cuestión principal. Cada uno de estos tres modelos de comunidad describe una actitud general que los miembros de una comunidad política asumen con respecto al otro. ¿Las prácticas políticas que expresan una u otra de estas actitudes satisfacen las condiciones de la verdadera comunidad asociativa que identificamos? No necesitamos detenernos demasiado en el modelo de circunstancia *de facto*. Este viola hasta la primera de las condiciones: no agrega nada, por medio de una actitud de interés especial, a las circunstancias que definen una mera comunidad política. Admite la comunidad entre personas que no tienen otro interés las unas en las otras que no sea el de sus propios fines egoístas. Aun cuando esta forma de comunidad es válida entre personas desinteresadas que sólo actúa con el fin de asegurar la justicia y equidad en el mundo tal como entienden estas virtudes, no tienen un interés especial por la justicia y la equidad hacia los miembros de su propia comunidad. (De hecho, como su única preocupación es la justicia abstracta, que tiene un carácter universalista, no pueden tener base para un interés especial.)

El modelo de comunidad de reglamento podría parecer más prometedor. Sus miembros demuestran un interés especial los unos por los otros más allá del interés general de cada uno de que se haga justicia de acuerdo con sus preceptos, un interés especial en que cada persona reciba el total beneficio de cualquier decisión política que se haya tomado bajo los arreglos políticos permanentes. Ese interés posee el carácter individualizado necesario para satisfacer la segunda condición: surge en forma separada de cada persona directamente hacia

cualquier otra. Pero no puede satisfacer la tercera, pues el interés que demuestra es demasiado superficial como para contar como penetrante, y ni siquiera como un verdadero interés. Las personas en una comunidad de reglamento son libres de actuar en política casi con el mismo egoísmo que las personas de una comunidad de circunstancias. Cada uno puede utilizar la maquinaria política permanente para promover sus propios intereses e ideales. Es verdad que una vez que la maquinaria ha generado una decisión discreta en la forma de un precepto de ley o una decisión judicial, aceptarán una obligación especial para asegurar el cumplimiento de dicha decisión para todo aquel que resulte beneficiado por la misma. Pero ese compromiso es demasiado formal, está demasiado desconectado de las verdaderas circunstancias que promoverá, como para considerar que exprese mucho a título de un genuino interés y ésta es la razón por la que parece falso como expresión de fraternidad. Se afirma demasiado tarde en el proceso político; permite que alguien actúe en la etapa legislativa crucial sin ningún sentido de responsabilidad o interés por aquellos que pretende considerar como hermanos, una vez que ha asegurado todas las ventajas posibles a costa de ellos. Esta versión familiar del argumento del juego limpio (éstas son las reglas con las cuales se ha beneficiado y por lo tanto debe atenerse a ellas) es en particular apropiada para una comunidad de reglamento que, tal como lo señalé, considera la política como una especie de juego. Sin embargo, ésta es la versión del argumento más vulnerable a todas las objeciones que señalamos al comienzo.

El modelo de principio satisface todas nuestras condiciones, por lo menos tan bien como cualquier modelo dentro de una sociedad pluralista. Hace que las responsabilidades de la ciudadanía sean especiales: cada ciudadano respeta los principios de equidad e instinto de justicia en el acuerdo político vigente en su comunidad, que puede ser diferente de aquellos de otras comunidades, considere o no que estos principios son los mejores desde un punto de vista utópico. Hace que estas responsabilidades sean totalmente personales: exige que nadie quede fuera, que todos estamos juntos en la política para mejor o para peor, que nadie debe ser sacrificado, como los heridos dejados en el campo de batalla, en la cruzada por la justicia total. La preocupación que expresa no es trivial, como el interés de cocodrilo del modelo de reglamento, sino genuino y penetrante. Se afirma inmediatamente después de que comienza la política y se sostiene a través de la legislación a la adjudicación y el cumplimiento. Los actos políticos de cada uno expresan en cada ocasión (al discutir sobre qué reglas deben ser sancionadas y de qué manera), un compromiso profundo y constante que requiere sacrificio, no sólo por parte de los perdedores sino también de los poderosos que ganarían por el tipo de soluciones diversificadas y de convenios de ayuda mutua que prohíbe la integridad. Su razón fundamental tiende hacia la igualdad en la forma que lo exige la cuarta condición: su demanda de integridad supone que cada persona es tan valiosa como cualquier otra, que cada una debe ser tratada con igual interés según una concepción coherente de lo que eso significa. Una asociación de principio no es automáticamente una comunidad justa; su concepción de interés equitativo puede ser defectuosa o violar los derechos de sus ciudadanos o de ciudadanos de otras naciones en la forma que vimos podría hacerlo cualquier comunidad asociativa. Pero el modelo de principio satisface las condiciones de la verdadera comunidad mejor que cualquier otro modelo de

comunidad posible para personas que disienten acerca de qué justicia y equidad adoptar.

Aquí está entonces nuestro caso para la integridad, nuestra razón de luchar para ver, hasta donde podamos, sus principios legislativos y adjudicativos vividos en nuestra vida política. Una comunidad de principio acepta la integridad. Condena los estatutos diversificados y las violaciones menos dramáticas de ese ideal como si violaran el carácter asociativo de su profunda organización. Estatutos internamente comprometidos no pueden ser considerados como provenientes de cualquier esquema de principio coherente; por el contrario, sirven al objetivo incompatible de una comunidad de reglamento, que comprometerá a convicciones junto a las líneas de poder. Contradicen en lugar de confirmar el compromiso necesario para hacer de una sociedad política grande y diversificada una verdadera comunidad en lugar de una mera comunidad: la promesa de que se elegirá, cambiará, desarrollará e interpretará la ley siguiendo principios. Una comunidad de principio, fiel a esa promesa, puede reclamar la autoridad de una verdadera comunidad asociativa y por lo tanto puede reclamar legitimidad moral (que sus decisiones colectivas son cuestiones de obligación y no de mero poder) en nombre de la fraternidad. Estos reclamos pueden ser vencidos, pues aun las verdaderas obligaciones asociativas pueden entrar en conflicto con las demandas de justicia y a veces ceder ante ellas. Sin embargo, cualquier otra forma de comunidad, cuyos funcionarios hayan rechazado dicho compromiso, perdería desde el principio cualquier reclamo de legitimidad bajo un ideal fraternal.

Los modelos de comunidad utilizados en este argumento son ideales en varios sentidos. No podemos suponer que la mayoría de las personas en nuestras sociedades políticas acepta tímidamente las actitudes de cualquiera de ellos. Los construimos para que pudiéramos decidir qué actitudes deberíamos tratar de interpretar que expresan nuestras prácticas políticas, que es una cuestión diferente, y el ejercicio garantiza la siguiente conclusión. Si podemos entender nuestras prácticas como apropiadas con respecto al modelo de principio, podemos apoyar la legitimidad de nuestras instituciones, y las obligaciones políticas que suponen, como una cuestión de fraternidad y por lo tanto, deberíamos luchar para mejorar nuestras instituciones en ese sentido. Es necesario repetir que nada en este argumento sugiere que los ciudadanos de un Estado nacional, o incluso de una comunidad política más reducida, sientan o tengan que sentir una emoción el uno por el otro que puede ser denominada amor. Algunas teorías sobre la comunidad ideal descartan esa posibilidad: anhelan que cada ciudadano sienta por los demás emociones tan profundas como, y con la equivalente fusión de personalidades, las de los amantes, amigos íntimos o miembros de una devota familia. (26) Por supuesto que no podríamos interpretar que la práctica de una comunidad política exprese ese grado de interés mutuo, y tampoco resulta atractivo este ideal. El abandono general de la personalidad y la autonomía que contempla no les dejaría a las personas demasiado lugar como para que dirijan sus propias vidas en lugar de dejarse llevar; destruiría las mismas emociones que celebra. Nuestras vidas son ricas porque son complejas en los niveles y el carácter de las comunidades donde vivimos. Si no sintiéramos otra cosa que un intenso interés por los amantes, amigos o colegas, esto significaría la extinción de la universalidad del amor.

Resumen

Es tiempo de recoger las hebras de un largo argumento. Este capítulo sostiene que cualquier interpretación constructiva de éxito de nuestras prácticas políticas en su totalidad reconoce la integridad como un claro ideal político que a veces requiere compromisos con otros ideales. Dado que ésta es una afirmación interpretativa, debe medirse en dos dimensiones. La integridad como ideal político se adapta y explica rasgos de nuestra práctica y estructura constitucionales que de otra forma son enigmáticos. De modo que su categoría como parte de una buena interpretación de estas prácticas depende de si el hecho de interpretarlas de esta forma ayuda a mostrarlas bajo un mejor aspecto. Señalamos varias razones, tanto prácticas como expresivas, que una comunidad podría tener para aceptar la integridad como una virtud política. Enfatice una de éstas al construir y comparar tres modelos de comunidad. Declaré que una comunidad de principio, que considera la integridad como parte esencial de su política, proporciona una mejor defensa de la legitimidad política que los otros modelos. Asimila las obligaciones políticas a la clase general de obligaciones asociativas y las sostiene de esa manera. Esta defensa es posible en dicha comunidad porque un compromiso general con la integridad expresa el interés de cada uno por todo aquello que es lo suficientemente especial, personal, penetrante e igualitario como para cimentar las obligaciones políticas según las normas de obligaciones comunales que aceptamos en otras partes.

Ni este argumento ni los otros que señalamos con mayor brevedad proporcionan un argumento concluyente para la integridad sobre principios de moralidad política. Comencé aceptando que la integridad no tendría un rol definido en una comunidad que sus miembros consideraran perfectamente justa y equitativa. Defiendo una interpretación de nuestra propia cultura política y no una moralidad política abstracta e intemporal. Sólo sostengo que el caso de integridad es poderoso en la segunda dimensión política de interpretación y que refuerza sus fuertes reclamos en la primera dimensión de concordancia.

Desordenadas notas finales

En los siguientes capítulos estudiaremos un reclamo más centralizado: la integridad es la clave de la mejor interpretación constructiva de nuestras prácticas de derecho y en particular, de la forma en que los jueces deciden los casos legales difíciles. Discutiré que el derecho como integridad proporciona una mejor interpretación de la práctica legal que las otras dos concepciones que hemos estudiado. Sin embargo, primero debo agregar algunos puntos a nuestra descripción general de la integridad, puntos que no habría sido conveniente tratar en el argumento principal. Me temo que la mejor manera de hacerlo es recoger observaciones y agruparlas desordenadamente en una lista bajo dos títulos generales.

Legislación y adjudicación

No declaro, como parte de mi tesis interpretativa, que nuestras prácticas políticas ponen en vigor la integridad de una manera perfecta. Acepté el hecho de que sería imposible reunir todas las reglas y otras normas sancionadas por nuestras legislaturas y aún vigentes dentro de un solo esquema de principio coherente. Sin embargo, nuestro compromiso con la integridad significa que debemos informar de este hecho como un defecto y no como el resultado deseable de una justa división del poder político entre distintos cuerpos de opinión, y que debemos luchar para remediar cualquier incoherencia de principio a la que nos veamos obligados a enfrentar. Aun esta débil afirmación requiere una mayor calificación, o al menos una aclaración.

Distinguí dos ramas o formas de integridad al indicar dos principios: la integridad en la legislación y la integridad en la adjudicación. La primera restringe lo que nuestros legisladores y otras personas encargadas de hacer la ley pueden hacer correctamente al extender o cambiar nuestras normas públicas. La segunda requiere que nuestros jueces, en tanto esto sea posible, traten nuestro actual sistema de normas públicas como si respetara y expresara un grupo coherente de principios y, con ese fin, que interpreten estas normas para hallar normas implícitas entre y debajo de las explícitas. Para nosotros, la integridad es una virtud junto con la justicia, la equidad y el debido proceso, pero eso no significa que en cualquiera de las dos formas señaladas, la integridad es necesariamente, o siempre, soberana entre las demás virtudes. La legislatura debería guiarse por un principio de integridad legislativo y eso explica por qué no debe promulgar estatutos diversificados sólo por su interés en la equidad. Sin embargo, los estatutos diversificados son una violación flagrante y fácilmente evitable de la integridad; de ello no surge que la legislatura nunca deba, bajo ninguna circunstancia, hacer que la ley sea más coherente en principio de lo que ya es.

Imaginen que la legislatura se convence de que la ley sobre accidentes en vigor, que permite que las personas cobren compensación por productos defectuosos sólo cuando el fabricante es negligente, es injusta y, por lo tanto, propone promulgar un esquema de estricta responsabilidad por los automóviles defectuosos. La integridad requeriría que promulgara la responsabilidad estricta también para todos los demás productos. Pero preparar un estatuto general adecuado para todos los productos llevaría mucho tiempo legislativo que es necesario para otras cosas. Ahora bien, los fabricantes de algunos productos podrían formar una poderosa camarilla, imposibilitando desde el punto de vista político la aprobación de un estatuto general. En ese caso, se podría justificar que la legislatura, enfrentada a una dura elección, sólo sancionara el estatuto sobre la compensación por automóviles defectuosos, dejando los demás productos para otra ocasión u ocasiones. La integridad condena el resultado, pero la justicia lo recomienda por encima de que no se haga ningún cambio y, en el balance final, la mitad de la hogaza puede ser mejor que la hogaza entera. La legislatura abandonaría su compromiso general con la integridad, y así perdería el argumento de legitimidad que examinamos, si hiciera esa elección en cada caso o incluso en forma característica. Pero eso no significa que nunca debe elegir la justicia por encima de la integridad.

El principio adjudicativo de integridad no es absolutamente soberano sobre aquello que deben hacer los jueces al finalizar el día. Ese principio es decisivo

sobre lo que un juez reconoce como ley. Es soberano sobre los fundamentos del derecho porque no admite ningún otro aspecto que surja de las decisiones políticas del pasado. Pero en el Capítulo 3 vimos que cualquier teoría sobre los fundamentos del derecho proviene de cuestiones detalladas sobre la fuerza del derecho. Un juez que acepta la integridad pensará que la ley que ésta define establece los derechos genuinos que tienen los litigantes con respecto a una decisión ante él. En principio, tienen derecho a que sus actos y asuntos sean juzgados según la mejor interpretación de aquello que las normas legales de la comunidad requerían o permitían en el momento de sus actos, y la integridad exige que estas normas sean consideradas coherentes, como si el Estado tuviera una sola voz. Pero a pesar de que este requerimiento honra la virtud política del debido proceso, que sería violado por lo menos *prima facie*, si se juzgara a las personas con otras normas que no fueran las normas legales del momento, otros aspectos más poderosos de la moralidad política podrían pesar más que este requisito en particular y las circunstancias inusuales. Tal vez el derecho de los Estados Unidos, correctamente interpretado por consideración a la integridad, incluía el Acta del Esclavo Fugitivo sancionada por el Congreso antes de la Guerra Civil. (27) Si el propio sentido de justicia de un juez condenaba el acta como profundamente inmoral porque exigía que los ciudadanos ayudaran a enviar a los esclavos fugitivos de regreso con sus dueños, tendría que considerar si debe hacerla cumplir por el requerimiento de un dueño de esclavos o si debería mentir y decir que después de todo ésta no era la ley, si debería renunciar. Por lo tanto, el principio de integridad en la adjudicación no necesariamente tiene la última palabra sobre cómo debería utilizarse el poder coercitivo del Estado. Pero sí tiene la primera palabra y por lo general, no hay nada que agregar a lo que dice.

Integridad y coherencia

¿Integridad es sólo coherencia (al decidir casos parecidos) bajo un nombre más imponente? Eso depende de lo que queramos decir con coherencia o casos parecidos. Si una institución política sólo es coherente cuando repite sus propias decisiones anteriores con mayor fidelidad o de una manera más apropiada, entonces integridad no es coherencia; es algo más y algo menos a la vez. La integridad requiere que las normas públicas de la comunidad sean hechas y vistas, hasta donde sea posible, como que expresan un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta. Una institución que acepta dicho ideal se alejará, a veces, por esa razón, de la angosta línea de las decisiones anteriores en búsqueda de fidelidad a los principios concebidos como más importantes al esquema en su totalidad.

Los ejemplos más simples provienen de la adjudicación, y he elegido uno que ilustra sólo una victoria parcial para la integridad. Durante un tiempo, los jueces británicos declararon que a pesar de que los miembros de otras profesiones eran responsables de los daños causados por su irresponsabilidad, los abogados eran inmunes a dicha responsabilidad. La coherencia, bien entendida, habría requerido que se continuase con esa excepción, pero la integridad condena el tratamiento especial de los abogados a menos que pueda ser justificado en principio, cosa que parece poco probable. La Cámara de los Lores ha reduci-

do esa excepción: al punto de que ha preferido la integridad en lugar de una coherencia limitada. (28) Sin embargo, la integridad no quedará satisfecha hasta que no se elimine por completo esa excepción.

Esa observación podría ser de utilidad para calmar una sospecha alentada por la discusión desarrollada hasta el momento. La integridad podría parecer una base demasiado conservadora para una concepción de derecho, en particular en contraste con el pragmatismo, su rival más poderoso. El juez que defiende a la integridad en la decisión a favor de la señora McLoughlin, a pesar de que opina que sería mejor no otorgar compensación a nadie por daños emocionales, parece tímido junto a su hermano pragmático quien no ve obstáculos para mejorar la ley, paso a paso. Pero una vez que entendemos la diferencia entre integridad y coherencia limitada, este contraste se torna más complejo. La integridad es una norma más radical y dinámica de lo que parecía en un principio, porque alienta al juez a ser imaginativo y amplio en su búsqueda de coherencia con el principio fundamental. En algunos casos, como el McLoughlin, sobre la base que acabamos de asumir, el juez que toma la integridad como su modelo parecerá más cuidadoso que el juez pragmático. Sin embargo, en otros casos sus decisiones serán más radicales.

Consideren, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema en el caso Brown. Una justicia pragmática de un tipo de mente utilitarista se habría preguntado si la decisión a favor de los escolares demandantes, basada en la ilegalidad de toda segregación oficial en las escuelas, era lo mejor para el futuro, tomando todo en cuenta. Podría haber decidido que sí, pero tendría que haber considerado fuertes argumentos prácticos en su contra. Era sensato pensar que un cambio dramático de esa naturaleza en la estructura social de una gran parte del país, ordenado por una Corte que no es responsable ante ningún electorado, produciría una reacción violenta que dañaría en lugar de avanzar la igualdad racial y haría que la educación fuese más difícil para todos por una generación. También era sensato pensar que nunca se obedecería completamente la orden de la Corte y que su fracaso deterioraría el poder de la Corte para proteger a las minorías y hacer cumplir los derechos constitucionales en el futuro.

Aun si un pragmático decidiera finalmente que la decisión tomada por la Corte era la mejor, tomando todo en cuenta, podría haber hecho una pausa antes de extender esa decisión en la forma dramática en que lo hizo la Corte Suprema en los años subsiguientes. El argumento práctico en contra de transportar a los niños negros a las escuelas de blancos y viceversa, fue y continúa siendo muy poderoso, como la amenaza y el odio que muchas ciudades del Norte continúan haciendo evidentes. Una concepción del derecho basada en el principio interpretativo de integridad deja mucho menos lugar para argumentos prácticos de ese tipo al establecer principios constitucionales sustantivos. (29) Por lo tanto, resulta mucho más exigente y radical en circunstancias como las del caso Brown, donde el demandante logra demostrar que una buena parte de lo que se consideraba como ley es incongruente con principios más fundamentales necesarios para justificar la ley en su totalidad.

La integridad es también más limitada que la coherencia en una forma que ya hemos señalado, a pesar de que es lo suficientemente importante como para volver a hacerlo. La integridad es cuestión de principios y no necesita ningún tipo de coherencia con la política. (30) El principio legislativo de integridad re-

quiere que la legislatura luche para proteger los derechos morales y políticos de todos, de modo que las normas públicas expresen un esquema de justicia y equidad coherente. Pero la legislatura toma muchas decisiones a favor de un grupo en particular, no sobre la base de que la mejor concepción de justicia declara que dicho grupo tiene derecho a ese beneficio, y no sólo porque beneficiar a ese grupo beneficia el interés general. Si la legislatura proporciona subsidios para granjeros que cultivan trigo, por ejemplo, para asegurar una cosecha adecuada, o paga a los granjeros que cultivan maíz para que no planten porque hay demasiado maíz, no reconoce ningún derecho de los granjeros a estos pagos. Un tipo de coherencia ciega exigiría que la legislatura ofreciera subsidios o pagos por no plantar a todos los granjeros, o al menos a aquellos para quienes su cosecha era esencial o que ahora producían cosechas de las que hay una provisión excesiva. Pero podrían existir fuertes razones políticas, quizá muy diferentes, de por qué la legislatura no debería generalizar estas políticas de esa manera. No se viola la integridad por el mero hecho de aceptar estas razones y rechazar el hecho de generalizar la política de subsidios.

En el Capítulo 8 estudiaremos un argumento que podría parecer amenazante para esta distinción porque demuestra que la integridad posee fuerza aun en las decisiones políticas. Un gobierno que acepta lo que allí denominaré principio igualitario abstracto, de que debe tratar a sus ciudadanos como iguales, necesita una concepción de interés equitativo, y la integridad requiere que el gobierno establezca en una sola concepción que no desconocerá ninguna decisión, incluyendo las de política. Por ejemplo, muchos políticos piensan que tratar a las personas como iguales significa contar el bienestar de cada uno en un cálculo utilitarista total; una institución que utilizaba esa concepción de interés equitativo para justificar que algunas leyes no podían usar una concepción contradictoria (que el interés equitativo exige, por ejemplo, una igualdad material entre los ciudadanos) para justificar otras leyes. Pero en la política ordinaria, los legisladores deben examinar más de cerca estos requerimientos. Quedarían paralizados si quisieran asegurar que cada decisión, una por una, dejó a cada ciudadano lo que el cálculo utilitarista más sensible le asignaría. Una teoría política practicable debe ser más flexible: sólo requiere que el gobierno persiga estrategias generales que promuevan el bien general para que igualen lo que exige el interés equitativo según la concepción en juego. De modo que un gobierno comprometido con la concepción utilitarista apunta a estrategias que a la larga mejorarán el bienestar promedio más que cualquier otra estrategia alternativa; un gobierno comprometido con la igualdad material adopta programas que hacen que secciones y clases sean más equitativas en riqueza material como grupos, y así sucesivamente. Las decisiones en búsqueda de estas estrategias, juzgadas individualmente, son cuestiones de política y no de principio; se las debe probar preguntando si adelantan el objetivo general y no si le da a cada ciudadano lo que tiene derecho a tener como individuo. Los subsidios a un grupo de granjeros pueden justificarse a través de esta prueba, a pesar de que los subsidios a un grupo diferente, como parte de una estrategia general distinta, también mejorarían el bienestar general en el mismo grado.

Sin embargo, la mayoría de las teorías políticas practicable reconoce también derechos individuales como un triunfo sobre estas decisiones de política, derechos que el gobierno está obligado a respetar caso tras caso, decisión tras

decisión. Estos pueden ser grandes derechos políticos, como el derecho de cada ciudadano a que su voto cuente igual que el de cualquier otro ciudadano, o a que no se le niegue la libertad de expresión o de conciencia, aun cuando la violación de estos derechos contribuyera al bienestar general. O derechos que provienen en forma más directa de la moralidad personal, como el derecho a la compensación por daños causados por el descuido de otra persona. La integridad posa la mirada sobre estas cuestiones de principio: el gobierno debe tener una sola voz sobre lo que son estos derechos y por lo tanto, no negarlos a ninguna persona en ningún momento. El efecto de la integridad sobre cuestiones de política es más difuso. Tal como dije, requiere que el gobierno persiga una concepción coherente de lo que significa tratar a las personas como iguales, pero esto es principalmente una cuestión de estrategias generales y pruebas estadísticas. Por otra parte, no requiere una coherencia limitada dentro de las políticas: no exige que ciertos programas en particular traten a todos de la misma manera. (31) Sin embargo, el interés de la integridad por los derechos y principios no descalifica a veces la incoherencia de un cierto tipo especial. Una legislatura norteamericana no podría decidir que ningún granjero católico recibiera subsidios aun si, por increíble que parezca, hubiera fuertes razones de política para esta discriminación.

La distinción entre política y principio y la relación directa entre integridad y principio son importantes también fuera de la legislación. Consideren la discreción del fiscal y otras decisiones políticas en el proceso criminal. Se podría pensar que la coherencia sostiene que si algunas personas que cometen un crimen en particular han sido y serán castigadas, todas esas personas deberían serlo, y que los castigos deberían ser uniformes, dado el mismo grado de culpabilidad. La integridad es más discriminatoria. Si la razón de un fiscal para no enjuiciar a una persona se basa en política (si, por ejemplo, el juicio fuera demasiado costoso, o por alguna razón no contribuyera en forma efectiva a la disuasión) la integridad no ofrece ninguna razón de por qué una persona no debe ser enjuiciada cuando estas razones de política no existen o son cambiadas. Pero si las razones que sostiene en contra del enjuiciamiento en un caso son razones de principio (que por ejemplo la ley penal no dio el aviso en forma adecuada), la integridad requiere entonces que estas razones sean respetadas para todos. Obviamente, la integridad también condenaría las decisiones de los fiscales que discriminan, aun por razones obvias de política, sobre fundamentos que violen derechos de otro modo reconocidos, como si nuestros fiscales ahorraran gastos al procesar sólo a los negros por un tipo de crimen prevaeciente en las comunidades negras. (32)

7. La integridad en el derecho

Una amplia perspectiva

En este capítulo construimos la tercera concepción del derecho que presenté en el Capítulo 3. El derecho como integridad niega que las declaraciones del derecho sean informes objetivos regresivos del convencionalismo o programas instrumentales progresivos del pragmatismo legal. Sostiene que los reclamos legales son juicios interpretativos y por lo tanto, combinan elementos progresivos y regresivos; interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa política en desarrollo. De modo que el derecho como integridad rechaza, por inútil, la antigua cuestión de si los jueces encuentran o inventan la ley; sugiere que entendemos el razonamiento legal sólo al entender el sentido en el que hacen ambas cosas y ninguna.

Integridad e interpretación

El principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad. Nuestra tercera concepción del derecho, nuestra tercera perspectiva acerca de qué derechos y deberes surgen de las decisiones políticas del pasado, se forma al volver a exponer esta instrucción como una tesis sobre los fundamentos del derecho. Según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que propocionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad. Decidir si la ley le otorga a la señora McLoughlin compensación por los daños sufridos, por ejemplo, significa decidir si se ve la práctica legal desde una mejor perspectiva si suponemos que la comunidad ha aceptado el principio de que las personas en su posición tienen derecho a recibir compensación.

El derecho como integridad es, por lo tanto, más inexorablemente interpretativo que el convencionalismo o el pragmatismo. Estas últimas teorías se ofrecen *como* interpretaciones. Son concepciones del derecho cuyo objetivo es mostrar nuestras prácticas legales desde su mejor perspectiva y recomiendan, en

sus conclusiones posinterpretativas, estilos o programas bien definidos para la adjudicación. Pero los programas que recomiendan no son en sí programas de interpretación: no piden a los jueces que deben decidir casos difíciles que realicen un estudio esencialmente interpretativo de la doctrina legal. El convencionalismo exige que los jueces estudien los informes oficiales y los registros parlamentarios para descubrir qué decisiones han tomado las instituciones convencionalmente reconocidas con poder legislativo. No hay duda de que en dicho proceso surgirán cuestiones interpretativas: por ejemplo, puede ser necesario interpretar un texto para decidir qué estatutos construyen nuestras convenciones legales a partir de él. Pero una vez que un juez ha aceptado el convencionalismo como guía, no tiene más ocasiones de interpretar el registro legal en su totalidad, al decidir ciertos casos en particular. El pragmatismo requiere que los jueces piensen en forma instrumental acerca de las mejores reglas para el futuro. Ese ejercicio puede requerir la interpretación de algo que va más allá de lo material: un pragmático utilitarista puede necesitar preocuparse sobre la mejor manera de interpretar la idea de bienestar comunal, por ejemplo. Sin embargo, debo insistir en que una vez que un juez acepta el pragmatismo, ya no podrá interpretar la práctica legal como un todo.

El derecho como integridad es diferente: es a la vez el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal. El programa que ofrece a los jueces que deben decidir casos difíciles es esencialmente interpretativo: el derecho como integridad les pide que continúen interpretando el mismo material que reclama haber interpretado bien por sí mismo. Se ofrece como continuidad (la parte inicial) de las interpretaciones más detalladas que recomienda. Por lo tanto, ahora debemos volver al estudio general de la interpretación que comenzamos en el Capítulo 2. Debemos continuar la descripción que dimos allí acerca de lo que es la interpretación y cuándo la misma está bien hecha, pero en forma más detallada y dirigida al especial desafío interpretativo ante el cual se encuentran los jueces y otras personas que deben explicar qué es el derecho.

Integridad e historia

La historia interesa en derecho como integridad: mucho, pero sólo en cierta forma. La integridad no exige coherencia de principio en todas las etapas históricas de la ley de una comunidad y tampoco exige que los jueces traten de comprender la ley que hacen cumplir como una continuidad de principio con la ley abandonada un siglo anterior o incluso, una generación anterior. Requiere una coherencia de principio horizontal en lugar de vertical a lo largo de las normas legales que la comunidad pone en vigor ahora. Insiste en que la ley (los derechos y deberes que surgen de decisiones colectivas del pasado y que por esa razón permiten o requieren la coerción) no sólo posee el contenido explícito preciso de estas decisiones, sino también el esquema de principios necesarios para justificarlas. La historia importa porque ese esquema de principio debe justificar tanto la categoría como el contenido de estas decisiones anteriores. Nuestra justificación para considerar el Acta de las Especies en Peligro como ley, a menos y hasta que sea revocada, incluye en especial el hecho de que el Congreso la ha sancionado y cualquier justificativo que demos por considerar

crucial ese hecho que debe acomodarse de la misma manera que tratamos a otros eventos en nuestro pasado político.

El derecho como integridad entonces, comienza en el presente y continúa el pasado sólo en la forma que lo dicte su foco contemporáneo. Su objetivo no es recapturar, ni siquiera para la actual ley, los ideales o propósitos prácticos de los políticos que primero lo crearon. Su objetivo es más bien justificar lo que hicieron (a veces incluyendo, tal como lo veremos, aquello que dijeron) en una historia general que ahora valga la pena contar, una historia con un complejo reclamo: que la actual práctica puede ser organizada y justificada con principios lo suficientemente atractivos como para proporcionar un futuro honorable. El derecho como integridad deplora el mecanismo de la antigua opinión "la ley es la ley" y el cinismo del nuevo "realismo". Considera que ambas opciones se basan en la misma dicotomía falsa de hallar e inventar la ley. Cuando un juez declara que un principio en particular está imbuido en la ley, no está denunciando un reclamo ingenuo acerca de los motivos de los anteriores legisladores, un reclamo que un buen cinico puede rechazar con facilidad, sino una propuesta interpretativa: que el principio se ajusta y justifica como una parte compleja de la práctica legal, que proporciona un modo atractivo de ver, en la estructura de dicha práctica, la coherencia de principio que exige la integridad. El optimismo del derecho es en esa forma conceptual; los reclamos del derecho son endémicamente constructivos, en virtud del tipo de reclamos que constituyen. Este optimismo puede estar mal colocado: la práctica legal puede terminar cediendo a nada más que una interpretación profundamente escéptica. Pero eso no es inevitable sólo porque la historia de una comunidad sea de grandes cambios y conflictos. Una interpretación imaginativa puede ser construida sobre un terreno complicado desde el punto de vista moral e incluso ambiguo.

La cadena del derecho

La novela en cadena

En el Capítulo 2 declaré que la interpretación creativa adquiere su estructura formal de la idea de intención, no (al menos no necesariamente) porque apunte a descubrir los propósitos de cualquier persona o grupo histórico en particular sino porque intenta imponer un propósito al texto, dato o tradición que se esté interpretando. Dado que toda interpretación creativa comparte esta característica y tiene por lo tanto un aspecto o componente normativo, podemos sacar provecho de la comparación del derecho con otras formas u ocasiones de interpretación. Podemos comparar al juez que decide qué es la ley en una cuestión no sólo con los ciudadanos de cortesía que deciden qué requiere la tradición, sino con el crítico literario que despedaza las distintas dimensiones de valor en una obra o poema complejo.

Sin embargo, los jueces son autores al igual que los críticos. Un juez que decide el caso McLoughlin o Brown aumenta la tradición que interpreta; los futuros jueces confrontan una nueva tradición que incluye lo que éste ha hecho. Por supuesto que la crítica literaria contribuye a las tradiciones del arte en las que

trabajan los autores; el carácter e importancia de dicha contribución son en sí cuestiones dentro de una teoría crítica. Pero la contribución de los jueces es más directa, y la distinción entre autor e intérprete, más una cuestión de distintos aspectos del mismo proceso. Podemos hallar una comparación aun más fructífera entre literatura y derecho al construir un género artificial de literatura que podríamos llamar la novela en cadena.

En este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible, y la complejidad de esta tarea muestra la complejidad de decidir un caso difícil bajo el derecho como integridad. Este proyecto literario imaginario es fantástico, pero no irreconocible. Algunas novelas han sido realmente escritas en esta forma, a pesar de que por un propósito de desprestigio, y algunos juegos de salón para los fines de semana lluviosos en las casas de campo inglesas, tienen algo de la misma estructura. Los melodramas de televisión abarcan décadas con los mismos personajes y una mínima continuidad de personalidad y argumento, a pesar de estar escritos por diferentes grupos de autores aun en diferentes semanas. Sin embargo, en nuestro ejemplo, se espera que los novelistas asuman la responsabilidad de continuidad con más seriedad; su objetivo es crear en conjunto una sola novela que sea la mejor novela posible. (1)

El objetivo de cada novelista es crear una sola novela a partir del material que le han dado, lo que él le agregue y (hasta donde pueda controlarlo) lo que querrán o podrán agregar sus sucesores. Debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varias manos diferentes. Esto requiere un juicio de su parte, o una serie de juicios generales a medida que escribe y vuelve a escribir. Debe tener una visión de la novela que se está formando, alguna teoría acerca de sus personajes, argumento, género, tema y objetivo para poder decidir qué poner a continuación y que lo que escriba no parezca una nueva novela. Si es un buen crítico, su opinión acerca de estas cuestiones será complicada y multifacética, porque el valor de una novela decente no puede capturarse desde una sola perspectiva. Tratará de hallar capas y corrientes de significado en lugar de un solo tema exhaustivo. Sin embargo, podemos dar una estructura, en nuestra forma habitual, a cualquier interpretación que adopte, al distinguir dos dimensiones sobre las que debe ser probada. La primera es la que hemos denominado la dimensión de concordancia. No puede adoptar cualquier interpretación, por compleja que sea, si cree que ningún autor que empieza a escribir una novela con las distintas lecturas de personajes, argumento, tema y objetivo que describe dicha interpretación pudo haber escrito en forma sustancial el texto que le han entregado. Eso no significa que su interpretación deba adaptarse a cada parte del texto. No queda inhabilitada sólo porque afirme que algunas líneas o trozos sean accidentales o que algunos sucesos del argumento sean erróneos porque van en contra de las ambiciones literarias que declara la interpretación. Sin embargo, la interpretación que elija debe fluir a través del texto; debe poseer algún poder explicativo general, y es defectuosa si deja sin explicación algún aspecto estructural importante del texto, un argumento secundario que tenga gran importancia dra-

mática o una metáfora dominante y repetitiva. Si no se puede hallar ninguna interpretación que no posea estas falencias, entonces, el novelista en cadena no podrá cumplir con su tarea por completo; tendrá que buscar una interpretación que capture la mayor parte del texto, reconociendo que no es del todo lo-grada. Tal vez, ni siquiera pueda alcanzar ese éxito parcial; tal vez, cada inter-pretación que considere no concuerde con el material que le han proporcionado. En ese caso, debe abandonar el proyecto, pues la consecuencia de adoptar una actitud interpretativa con respecto al texto en cuestión es entonces una pie-za de escepticismo interno: que nada puede ser considerado como continuación de la novela y en cambio parezca una nueva.

Puede suceder que ninguna interpretación se adapte a la totalidad del texto, pero sí más de una. La segunda dimensión de interpretación requiere entonces que juzgue cuál de las posibles interpretaciones es la que mejor se adapta al trabajo en desarrollo, tomando todo en cuenta. En este punto, sus juicios esté-ticos más sustantivos, sobre la importancia, perspicacia, realismo o belleza de las distintas ideas que se podría interpretar que expresa la novela, entran en juego. Pero las consideraciones formales y estructurales que dominan la prime-ra dimensión figuran también en la segunda, pues, incluso cuando no se desca-lifica ninguna de las dos interpretaciones por expresar demasiado poco, se pue-de mostrar el texto desde una mejor perspectiva porque se adapta a una mayor parte del texto o proporciona una integración más interesante de estilo y con-tenido. De modo que la distinción entre las dos dimensiones es menos crucial o profunda de lo que podría parecer. Es una útil estratagema analítica que nos ayuda a dar estructura a la teoría o estilo de cualquier intérprete. Sabrá cuándo una interpretación no se adapta bien de modo que resulta innecesario conside-rar su atractivo sustantivo, porque sabe que esto no puede importar más que sus problemas de concordancia al decidir si mejora la novela más que sus riva-les. Este sentido definirá para él la primera dimensión. Sin embargo, no es neces-ario que reduzca su sentido intuitivo a una fórmula precisa; es raro que necesi-te decidir si alguna interpretación apenas sobrevive o fracasa porque un mero sobreviviente, sin importar cuán ambicioso o interesante considere el texto, ca-si con seguridad fracasaría en la comparación total con otras interpretaciones cuya concordancia resulta evidente.

Ahora podemos apreciar los distintos tipos de juicios que se mezclan en es-ta comparación total. Los juicios sobre la coherencia y la integridad textuales, que reflejan distintos valores literarios formales, están entremezclados con jui-cios estéticos más sustantivos que asumen diferentes objetivos literarios. Sin embargo, estos diferentes tipos de juicios siguen siendo lo bastante diferentes como para probarse entre sí en una evaluación total, y es esta posibilidad de competencia, en particular entre juicios textuales y sustantivos, lo que distingue la tarea de un novelista en cadena de otra escritura creativa más independiente. No podemos trazar una distinción bien marcada entre la etapa en la que un no-velista en cadena interpreta el texto que ha recibido y la etapa en la cual agrega su propio capítulo, guiado por la interpretación que ha elegido. Cuando comien-za a escribir podría descubrir en lo que ha escrito una interpretación diferente, tal vez radicalmente diferente. O podría resultarle imposible escribir en el tono o tema que eligió en primer lugar, y eso lo llevará a reconsiderar otras interpre-

taciones que en un principio rechazó. En cualquiera de los casos, regresa al texto para reconsiderar las líneas que lo hacen elegible.

Scrooge

Podemos ampliar esta descripción abstracta del juicio del novelista en cadena a través de un ejemplo. Suponga que usted es un novelista muy conocido en la cadena. Suponga que Dickens jamás escribió *A Christmas Carol*, y el texto que le proporcionan, a pesar de haber sido escrito por varias personas, es la primera parte de esa novela corta. Considere entonces las dos siguientes interpretaciones del personaje central: Scrooge es irredimible e inherentemente malo, la encarnación de la maldad de la naturaleza humana sin los disfraces de la convención que rechaza; o Scrooge es inherentemente bueno, pero se va corrompiendo en forma progresiva por los valores falsos y los perversos requerimientos de la sociedad capitalista. Es obvio que habrá una enorme diferencia en la forma que continúe la historia según la interpretación que adopte. Si le hubiesen dado *A Christmas Carol* para escribir sólo el final (Scrooge ya ha tenido sus sueños, se ha arrepentido y hecho su discurso) ya es demasiado tarde como para que lo haga malo en forma irredimible, suponiendo que usted, como la mayoría de los intérpretes, piensa que el texto no soportará esa interpretación sin un gran esfuerzo. No me refiero a que ningún intérprete consideraría a Scrooge inherentemente malo después de su supuesta redención. Alguien podría pensar que esa redención putativa es un acto final de hipocresía, a pesar de que sólo a expensas de no tomar otras cosas del texto en su significado literal. Esto podría ser una mala interpretación, no porque nadie podría considerarla buena sino porque en realidad y sobre la base de todos los criterios descritos hasta el momento, es una interpretación mala. (2)

Pero ahora supongan que sólo les han dado la primera parte de *A Christmas Carol*. Descubren que ninguna de las dos interpretaciones que están considerando queda excluida por alguna parte del texto hasta el momento; tal vez, una explique mejor algunos incidentes menores del argumento que en la otra quedan desconectados, pero puede considerarse que cada interpretación fluye a través del texto abreviado. Un novelista competente que comienza a escribir una novela a partir de cualquiera de las líneas sugeridas podría haber escrito lo que ustedes pueden hallar en sus páginas. En ese caso, tendrían que tomar una decisión más. Su asignación es hacer lo mejor posible del texto y por lo tanto, elegirán la interpretación que consideren que mejora el texto o que lo hace más importante. Esa decisión dependerá probable pero no inevitablemente de si creen que las personas reales que se parecen a Scrooge nacen malas o las corrompe el capitalismo. Pero también dependerá de otras cosas, porque sus convicciones estéticas no son tan simples como para hacer que sólo este aspecto de la novela sea relevante para su total éxito. Imaginen que piensan que una interpretación no sólo integra el argumento sino también la imagen y el ambiente; por ejemplo, la interpretación social explica el gran contraste entre los muebles y la distribución individualista del escritorio de Scrooge y la amorfia comunitaria de la casa de Bob Cratchit. Ahora, su juicio estético (sobre qué interpretación resulta mejor para la novela en cadena, como novela) es más complejo porque debe identificar y trocar distintas dimensiones de valor en la novela. Supongan que creen que la interpretación del pecado original es la descripción más

precisa de la naturaleza humana pero que la interpretación sociorrealista proporciona una estructura formal más profunda e interesante para la novela. Entonces, debe preguntarse cuál de las interpretaciones es la que mejora la obra. Puede ser que nunca haya reflexionado antes en este tipo de cuestión (tal vez, la tradición de la crítica donde ha sido entrenado da por sentado que una o la otra de estas dimensiones es la más importante) pero ésa no es la razón para que usted lo dé por sentado ahora. Una vez que se decida creará que la correcta interpretación del personaje de Scrooge es aquella que mejora toda la novela, juzgada de esta manera.

Este ejemplo artificial es lo suficientemente complejo como para provocar la siguiente pregunta de aparente importancia. ¿Su juicio acerca de la mejor manera de interpretar y de continuar las secciones que le han entregado de *A Christmas Carol* es un juicio libre o forzado? ¿Se siente libre como para dar efecto a sus propias suposiciones y actitudes acerca de cómo deberían ser las novelas? ¿O está obligado a ignorarlas porque se siente esclavizado por un texto que no puede alterar? La respuesta es bastante simple: ninguna de estas dos crudas descripciones (de una total libertad creativa o de una represión textual mecánica) capta su situación, porque en cierta forma, cada una debe ser limitada por la otra. Sentirá libertad creativa cuando compare su tarea con otra más mecánica, como la traducción directa de un texto a otro idioma. Pero sentirá represión cuando la compare con una tarea menos guiada, como el hecho de empezar una novela por sus propios medios.

No sólo es importante destacar este contraste entre los elementos de la libertad artística y la represión textual sino también no malinterpretar su carácter. No es un contraste entre esos aspectos de la interpretación que dependen de aquellos que son independientes de las convicciones estéticas del intérprete. Y no es un contraste entre aquellos aspectos que pueden y no pueden ser causa de controversia. La represión que siente como límite a su libertad de leer *A Christmas Carol* así como la de convertir a Scrooge en malo en forma irredimible son cuestiones de juicio y convicción sobre qué diferentes novelistas en cadena podrían estar en desacuerdo, como las convicciones y actitudes a las que apela al decidir si la novela habría sido mejor, si él hubiese sido malo en forma irredimible. Si estas últimas convicciones son "subjetivas" (utilizo el lenguaje del escepticismo externo, con renuencia, porque a algunos lectores les resultará útil), también lo son las primeras. Los dos tipos principales de convicciones que tiene un intérprete (acerca de qué interpretaciones se adaptan mejor o peor al texto y cuál de las dos hace que la novela sea sustantivamente mejor) son parte de su esquema global de creencias y actitudes; ningún tipo es independiente de ese esquema de una forma que la otra no lo sea.

Esta observación nos lleva a la siguiente objeción. "Si un intérprete debe por fin basarse en lo que le parece correcto, tanto al decidir si una interpretación es adecuada como al decidir si hace más atractiva a la novela, en realidad, no está sujeto a ninguna restricción, porque ningún juicio puede sufrir restricciones excepto por hechos externos y duros sobre los que todos están de acuerdo." La objeción fue concebida en forma equivocada porque se basa en una parte del dogmatismo. Algunas de nuestras creencias y convicciones que forman parte de nuestra experiencia cognoscitiva operan como pruebas para decidir hasta dónde podemos o debemos aceptar o dar efecto a otros, y la prueba es

efectiva aun cuando las creencias y actitudes represivas sean polémicas. Si un científico acepta normas más estrictas como procedimiento de investigación que otro, creará menos de lo que querría creer. Si un político tiene escrúpulos que otro rechaza de buena fe, el primero se sentirá reprimido mientras que el segundo, no. Insisto en que no hay nada malo en utilizar el lenguaje subjetivo que favorece el escéptico externo. Podríamos decir que en estos ejemplos la represión es "interna" o "subjetiva". Sin embargo, es genuina desde el punto de vista fenomenológico, y esto es lo que importa aquí. Tratamos de ver qué interpretación es posible desde la perspectiva del intérprete, y desde esta perspectiva, la represión que experimenta es tan genuina como si fuera indiscutible, como si todos la sintieran con la misma fuerza que él. Imaginen que alguien insiste que desde un punto de vista "objetivo" no existe ninguna represión, que la represión es meramente subjetiva. Si consideramos esta acusación como la queja habitual del escéptico externo, entonces es inútil y engañoso, de la forma que señalamos en el Capítulo 2. No le da al novelista en cadena ninguna razón para dudar o abandonar las conclusiones a las que llega, sobre qué interpretaciones se adaptan al texto lo suficiente como para tener peso, o se adaptan tan mal que deben rechazarse si existen otras interpretaciones, aunque resulten menos atractivas.

Sin embargo, la objeción escéptica puede tornarse más interesante si la debilitamos de la siguiente manera. Ahora insiste en que una represión puede ser a veces ilusoria, no por la razón dogmática del escéptico externo, que una verdadera represión debe ser indiscutible e independiente de otras creencias y actitudes, sino porque no puede ser lo suficientemente desarticulada, dentro del sistema de las convicciones artísticas más sustantivas del intérprete, como para verificarlas o detenerlas, incluso desde su punto de vista. (3) Esta es una viva posibilidad y debemos cuidarnos de ella cuando criticamos los argumentos interpretativos de otras personas o los propios. Hice algunas suposiciones acerca de la estructura de sus opiniones estéticas cuando imaginé su juicio general acerca de *A Christmas Carol*. Supuse que los distintos tipos de juicio que combina en su opinión son lo bastante independientes unos de otros, dentro del sistema de sus ideas, como para permitir que algunos repriman otros. Se niega a interpretar la supuesta redención de Scrooge como hipócrita por razones "formales" acerca de la coherencia y la integración del argumento, dicción y figura. Usted cree que una novela decente no haría una redención hipócrita del resultado de un suceso tan dramático y frustrante como la terrible noche de Scrooge. Estas convicciones formales son independientes de sus opiniones más sustantivas sobre el valor de los diferentes objetivos literarios: aun si creen que una novela sobre el pecado original sería más excitante, esto no transforma su convicción formal en una más dispuesta a aceptar la interpretación del pecado original. Pero imaginen que mis suposiciones acerca de su vida mental son erróneas. Supongan que en el proceso del argumento descubrimos que sus convicciones formales están ligadas y son dirigidas por otras más sustantivas. Cada vez que prefiera la interpretación de un texto sobre una base sustantiva, sus convicciones formales se ajustan automáticamente para aprobarla como una interpretación decente de ese texto. Por supuesto que podrían fingir que esto es así, en cuyo caso estarían actuando de mala fe. Pero la adaptación puede ser inconsciente, en cuyo caso piensan que están reprimidos pero, en el sentido que

importa, en realidad no lo están. El hecho de que las convicciones de un intérprete se verifiquen entre sí, tal como deben hacerlo si está interpretando realmente, depende de la complejidad y la estructura de sus opiniones pertinentes.

Nuestro ejemplo de la novela en cadena está distorsionado por la suposición irreal de que el texto que le fue entregado milagrosamente tenía la unidad de algo escrito por un solo autor. Aun si cada uno de los novelistas previos de la cadena hubiera asumido su responsabilidad con mucha seriedad, el texto debería mostrar rastros de su historia, y usted tendría que adaptar su estilo de interpretación a dicha circunstancia. Podría suceder que no hallara una interpretación que fluya a través del texto, que se adapte a todo lo que el material que le han entregado considera importante. Puede bajar sus aspiraciones (tal como lo harían los escritores concienzudos que se unen al equipo de un interminable melodrama) al tratar de construir una interpretación que se adapte a lo que considere más importante en el texto desde el punto de vista artístico. Más de una interpretación puede sobrevivir a esta prueba menos dura. Para elegir entre éstas, debe volverse hacia sus convicciones estéticas, incluyendo aquellas que considera formales. Es posible también que ninguna interpretación sobreviva a esta prueba más relajada. Esa es la posibilidad escéptica que antes mencioné; y entonces, terminará abandonando el proyecto y rechazando la tarea por imposible. Pero no puede saber de antemano que llegará a ese resultado escéptico. Primero debe probar. La fantasía de la novela en cadena resultará útil en este último argumento, de distintas maneras, pero ésa es la lección más importante que enseña. El sabio juicio de que ninguna interpretación podría ser ganada y defendida mejor que cualquier otro reclamo interpretativo.

Una objeción engañosa

Un novelista en cadena tiene entonces varias decisiones difíciles que tomar, y puede esperarse que distintos novelistas en cadena tomen decisiones diferentes. Pero sus decisiones no incluyen, y tampoco están resumidas como la decisión de si debe o no y hasta qué punto partir de la novela-en-ejecución que le han entregado. Pues no tiene nada de lo cual partir o a lo cual aferrarse hasta que haya construido una novela-en-ejecución a partir del texto, y las distintas decisiones que hemos examinado son decisiones que debe tomar para hacerlo. Supongan que han decidido que la interpretación sociorrealista de la primera parte de *A Christmas Carol* es la que hace del texto la mejor novela hasta el momento, de modo que continúan la novela como una exploración de la degradante relación amo-sirviente bajo el capitalismo en lugar de un estudio sobre el pecado original. Ahora supongan que alguien los acuse de haber reescrito la "verdadera" novela para producir una distinta que es más de su agrado. Si se está refiriendo a que la "verdadera" novela puede hallarse en otra forma que no sea por un proceso de interpretación del tipo que ustedes llevaron a cabo, entonces no sólo ha malinterpretado el proyecto de la novela en cadena sino también la naturaleza de la literatura y la crítica. Por supuesto que sólo puede querer decir que no está de acuerdo con las convicciones estéticas e interpretativas sobre las cuales se basaron. En dicho caso, su desacuerdo no es que esa persona piense que deberían respetar el texto mientras que ustedes piensan que son

libres para interpretarlo. Su desacuerdo es más interesante: disienten acerca de lo que significa respetar este texto.

Derecho: la cuestión de los daños morales

El derecho como integridad requiere que un juez que decide un caso de derecho consuetudinario como el de McLoughlin se considere como un autor en la cadena del derecho consuetudinario. Sabe que otros jueces han decidido casos que, a pesar de no ser iguales al suyo, tratan sobre problemas parecidos; debe considerar sus decisiones como parte de una larga historia que debe interpretar y luego continuar, según su propio juicio acerca de cómo hacer de la historia en desarrollo lo mejor posible. (Por supuesto que para él, la mejor historia se ve desde el punto de vista de la moralidad política y no de la estética.) Podemos hacer una distinción entre las dos dimensiones principales de este juicio interpretativo. La decisión del juez (sus conclusiones posinterpretativas) debe provenir de una interpretación que se adapte y justifique lo que ha sucedido antes, hasta donde sea posible. Pero tanto en derecho como en literatura, el juego entre adaptación y justificación es complejo. Así como la interpretación dentro de una novela en cadena es para cada intérprete un delicado equilibrio entre distintos tipos de actitudes literarias o artísticas, en derecho, es un delicado equilibrio entre convicciones políticas de diferentes tipos; tanto en derecho como en literatura éstos deben estar lo suficientemente relacionados aunque desunidos para permitir un juicio general que cambia el éxito de una interpretación sobre un tipo de norma contra su fracaso sobre otro. Debo tratar de mostrar esa compleja estructura de la interpretación legal y para ello utilizaré un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos que acepta el derecho como integridad.

Llamémoslo Hércules. (4) En éste y los siguientes capítulos seguiremos su carrera al notar los tipos de juicios que debe hacer y las tensiones que debe resolver al decidir una variedad de casos. Pero antes haré una advertencia. No debemos suponer que sus respuestas a los distintos tipos de cuestiones que enfrenta *definen* el derecho como integridad como una concepción general del derecho. Son las respuestas que considero mejores. Pero el derecho como integridad consiste en un enfoque, en preguntas en lugar de respuestas, y otros abogados y jueces que lo aceptan darían distintas respuestas a las preguntas que plantea. Podrían pensar que otras serían mejores. (También yo, después de reflexionarlo un poco más.) Podrían, por ejemplo, rechazar la opinión de Hércules acerca de hasta qué punto los derechos legales de las personas dependen de las razones que otros jueces ofrecieron por sus decisiones que hacían cumplir estos derechos, o podrían no compartir su respeto por lo que denominaré "prioridad local" en las decisiones del derecho consuetudinario. Si rechazan estas discretas opiniones porque creen que son malas interpretaciones constructivas de la práctica legal, no han rechazado el derecho como integridad sino que se han unido a su empresa.

Seis interpretaciones

Hércules debe decidir el caso McLoughlin. Ambas partes en dicho caso citaron precedentes; cada parte argumentó que una decisión a su favor sería continuar con las decisiones tomadas en el pasado, continuar la historia que comenzaron los jueces que decidieron dichos casos de precedente.

Hércules debe formarse su propia opinión acerca de esa cuestión. Al igual que un novelista en cadena debe encontrar, si puede, algún punto de vista coherente sobre los personajes y el tema, como el que hubiera tomado un solo autor hipotético que hubiese escrito toda la parte de la novela que le fue entregada; Hércules debe encontrar, si puede, alguna teoría coherente sobre los derechos legales acerca de la compensación por daños morales, de modo tal que un funcionario político con esa misma teoría podría haber alcanzado los mismos resultados que los que aparecen en el informe de precedentes.

Es un juez cuidadoso, un juez metódico. Comienza por seleccionar a varios candidatos para la mejor interpretación de los casos de precedente aun antes de leerlos. Imaginen que conforma la siguiente lista: 1) nadie tiene el derecho moral a recibir compensación salvo en el caso de lesiones físicas; 2) las personas tienen el derecho legal a recibir compensación por daños morales sufridos en la escena de un accidente por la persona cuyo descuido causó el accidente, pero no tienen derecho a recibir compensación por daños morales sufridos después; 3) las personas deberían recibir compensación por daños morales cuando la práctica de requerir compensación en sus circunstancias disminuiría los costos totales de accidentes o de lo contrario, enriquecería a la comunidad a largo plazo; 4) las personas tienen el derecho moral a recibir compensación por cualquier daño, moral o físico, que sea consecuencia directa de una conducta negligente, sin importar que sea improbable o imprevisible que dicha conducta produzca ese daño; 5) las personas tienen el derecho moral a recibir compensación por daños morales o físicos que son consecuencia de una conducta negligente, pero sólo si ese daño era razonablemente previsible por la persona que actuó con negligencia; 6) Las personas tienen el derecho moral a recibir compensación por daños razonablemente previsibles pero no en circunstancias donde reconocer dicho derecho impondría cargas financieras masivas y destructivas para las personas que han sido negligentes por su falta moral.

Estas son declaraciones relativamente concretas acerca de los derechos y, admitiendo una complejidad en 3) que exploraremos a continuación, se contradicen entre sí. En la interpretación de casos de daños morales no puede figurar más de una. (Pospongo el caso más complejo en el que Hércules construye una interpretación a partir de principios competitivos en lugar de contradictorios, es decir, a partir de principios que pueden convivir en una teoría moral o política general a pesar de que a veces tiran en direcciones opuestas.) (5) A pesar de ello, ésta es sólo una lista parcial de las interpretaciones contradictorias que alguien podría desear considerar; Hércules la elige como su lista inicial porque sabe que los principios captados en estas interpretaciones han sido discutidos en la literatura legal. Es obvio que habrá una gran diferencia según cuál de estos principios piense que proporciona la mejor interpretación de los precedentes y por lo tanto, la fuerza de su juicio posinterpretativo. Si se decide por 1) o 2), tendrá que fallar a favor del señor O'Briant; si se decide por 4), a favor de la señora McLoughlin. Cada una de las otras requiere una mayor reflexión, pero la

línea de razonamiento que cada una sugiere es diferente. La 3) invita a un cálculo económico. ¿Reduciría el costo de los accidentes extender la responsabilidad a los daños morales fuera de la escena del accidente? ¿O existe alguna razón para pensar que la línea más eficiente es la que se traza entre los daños morales y aquellos fuera de la escena del accidente? La 5) requiere un juicio acerca de la previsibilidad de los daños, lo que parece ser una cuestión muy diferente, y la 6) un juicio sobre previsibilidad y el riesgo acumulativo de la responsabilidad financiera si se incluyen algunos daños fuera de la escena del accidente.

Hércules comienza la verificación de cada interpretación de su lista preguntándose si un funcionario político podría haber dado los veredictos de los casos de precedente si ese funcionario hubiera estado haciendo cumplir en forma consciente y coherente los principios que conforman dicha interpretación. Por lo tanto, descartará la interpretación 1) de inmediato. Nadie que creyera que las personas nunca tuvieron derecho a recibir compensación por daños emocionales podría haber llegado a los resultados de esas decisiones anteriores citadas en el caso McLoughlin que permitieron la compensación. Hércules también descartará la interpretación 2), aunque por una razón diferente. Contrariamente a 1), 2) se adapta a las decisiones anteriores; una persona que haya aceptado 2) como norma habría llegado a esas decisiones porque todos otorgaban la compensación por daños morales sufridos en la escena del accidente y ninguna, fuera de ella. Sin embargo, 2) fracasa como interpretación del tipo requerido porque no establece ningún principio de justicia. Traza una línea que la deja desconectada con cualquier consideración moral o política más general.

¿Y qué sucede con 3)? Podría adaptarse a las decisiones anteriores, pero sólo de la siguiente manera. Hércules podría descubrir a través de un análisis económico que alguien que haya aceptado la teoría económica descrita en 3) y que deseara reducir los costos por accidentes de la comunidad, habría tomado esas mismas decisiones. Pero está lejos de ser obvio que 3) exprese cualquier principio de justicia o equidad. Recuerden la distinción entre principios y políticas que tratamos en la última parte del capítulo anterior. 3) supone que es deseable reducir los costos generales de los accidentes. ¿Por qué? Hay dos explicaciones posibles. La primera insiste en que las personas tienen el derecho a recibir compensación cuando una regla que otorga la compensación produzca un mayor bienestar para la comunidad que una regla que la niega. Esto tiene por lo menos forma de principio porque describe un derecho general que se supone todos debemos tener. No le pediré a Hércules que considere la interpretación 3) entendida en esa forma ahora, porque la estudiaremos con mayor detenimiento en el Capítulo 8. La segunda explicación, bastante diferente, sugiere que a veces, incluso siempre, está en el interés general de la comunidad promover el bienestar general de esta manera, pero no supone que alguien tenga derecho a que ese bienestar social siempre se incremente. Por lo tanto, establece una política que el gobierno podría o no poner en práctica en circunstancias particulares. No establece un principio de justicia y por lo tanto no puede figurar en una interpretación del tipo que ahora busca Hércules. (6)

El derecho como integridad requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada

persona sea justa y equitativa según las mismas normas. Ese estilo de adjudicación respeta la ambición que supone la integridad, la ambición de ser una comunidad de principio. Pero tal como lo señalamos en la última parte del Capítulo 6, la integridad no recomienda qué es lo que sería perverso, que todos deberíamos estar gobernados por los mismos objetivos y estrategias políticas en todas las ocasiones. No insiste en que una legislatura que sanciona un conjunto de reglas sobre la compensación hoy, para enriquecer a toda la comunidad, está comprometida a seguir con ese mismo objetivo político el día de mañana. Porque entonces podría tener otros objetivos que alcanzar, no necesariamente en lugar del bienestar, sino junto a él, y la integridad no desapueba esta diversidad. Nuestra descripción de la interpretación y nuestra consecuente eliminación de la interpretación 3), vista como un llamado a la política, refleja una discriminación latente en el ideal de la integridad misma.

Llegamos a la misma conclusión en el contexto del caso McLoughlin, aunque a través de un camino diferente, si seguimos reflexionando sobre lo que aprendimos acerca de la interpretación. El objetivo de una interpretación es mostrar lo que se está interpretando desde la mejor perspectiva posible, y una interpretación de cualquier parte de nuestro derecho no sólo debe prestar atención a la sustancias de las decisiones tomadas por funcionarios anteriores sino también a la manera (qué funcionarios y en cuáles circunstancias) en que fueron tomadas estas decisiones. Una legislatura no necesita razones de principio para justificar las reglas que sanciona acerca del manejo, incluyendo reglas sobre compensación por accidentes, a pesar de que estas reglas crearán derechos y deberes para el futuro que entonces serán puestos en vigor por medio de la amenaza coercitiva. Una legislatura puede justificar su decisión de crear nuevos derechos para el futuro mostrando cómo éstos contribuirán, como una cuestión de política sólida, al bienestar general de toda la comunidad. Tal como lo señalamos en el Capítulo 6, este tipo de justificación tiene sus límites. No se puede utilizar el bienestar general para justificar la pena de muerte por manejar en forma negligente. Sin embargo, la legislatura no necesita mostrar que los ciudadanos ya poseen el derecho moral a la compensación por daños en ciertas circunstancias en particular para poder justificar un estatuto que otorgue compensación por daños y perjuicios en dichas circunstancias.

El derecho como integridad supone, sin embargo, que los jueces se hallan en una situación muy diferente de aquella de los legisladores. No encaja en el carácter de una comunidad de principio el hecho de que un juez tenga la autoridad de hacer responsables a las personas por daños y perjuicios por actuar en una forma que, según él mismo acepta, no tienen ningún derecho legal que les prohíba hacerlo. De modo que cuando los jueces redactan reglas de responsabilidad antes no reconocidas, no tienen la misma libertad que señalé con respecto a los legisladores. Los jueces deben tomar sus decisiones sobre derecho consuetudinario, sobre fundamentos de principio, no de política: deben presentar argumentos de por qué las partes tenían derechos y deberes legales "nuevos" que pusieron en vigor en el momento en que las partes actuaban o en algún otro momento pertinente del pasado. (7) Un pragmático legal rechazaría ese reclamo. Pero Hércules rechaza el pragmatismo. Está a favor del derecho como integridad y por lo tanto quiere una interpretación acerca de lo que hicieron los jueces en casos anteriores de daños morales que los muestre actuar en una forma

que aprueba, y no en la forma que, según él, los jueces no deben actuar. Esto no sugiere que deba desechar la interpretación 3) considerada en la forma que describí en primer lugar, como si supusiera que jueces anteriores actuaron para proteger un derecho legal general a la compensación cuando esto enriquecería a la comunidad. Si es verdad que las personas poseen dicho derecho, otros tienen un deber correspondiente, y los jueces no actúan en forma injusta al ordenar a la policía que lo haga cumplir. El argumento incapacita la interpretación 3) sólo cuando se considera que niega ese deber general y se basa nada más que en fundamentos políticos.

Expansión de límites

Las interpretaciones 4), 5) y 6) parecen pasar estas pruebas iniciales. Los principios de cada una se adaptan a las decisiones sobre daños morales del pasado, por lo menos a primera vista, aunque sólo sea porque ninguno de estos precedentes haya presentado hechos discriminatorios entre ellos.

Hércules debe ahora preguntarse como el siguiente paso de su investigación, si debe eliminar alguna de las tres por ser incompatible con la totalidad de la práctica legal en forma más general. Debe probar cada interpretación con respecto a otras decisiones judiciales anteriores, más allá de aquellas que se refieren a los daños morales, que podrían pensarse que las comprometen. Imaginen, por ejemplo, que descubre que las decisiones del pasado otorgan compensación por daños físicos causados por manejo negligente, sólo si la lesión fue lo suficientemente previsible. Eso dejaría sin efecto la interpretación 4) a menos que pudiera hallar una distinción basada en principios entre los daños físicos y los emocionales que explicara por qué las condiciones para la compensación deben ser más restrictivas para los primeros que para los segundos, lo que parece muy poco probable.

El derecho como integridad requiere entonces que un juez verifique su interpretación de cualquier parte de la gran red de estructuras y decisiones políticas de su comunidad preguntándose si ésta podría formar parte de una teoría coherente que justificase toda esa red. Ningún juez real podría componer algo que se aproximara a una completa interpretación de todo el derecho de su comunidad. Es por eso que imaginamos a un juez tipo Hércules, con talentos sobrehumanos y un tiempo infinito. Sin embargo, un juez verdadero sólo puede imitar a Hércules en forma limitada. Puede permitir que el alcance de su interpretación se despliegue a partir de los casos oportunos a casos del mismo campo general o departamento del derecho y aun más lejos, tan lejos como resulte prometedor. En la práctica, hasta este proceso limitado será bastante inconsciente: un juez experimentado tendrá el sentido suficiente del terreno que rodea su problema inmediato como para saber, por instinto, qué interpretación de un conjunto reducido de casos sobreviviría si se expandieran los límites a los que debe adaptarse. Sin embargo, en ocasiones, esa expansión será deliberada y polémica. Los abogados celebran docenas de decisiones de ese tipo, incluyendo varias sobre las que se construyó la ley sobre negligencia. (8) La colegiatura ofrece otros importantes ejemplos. (9)

Supongan que una modesta expansión de los límites de las averiguaciones de Hércules demuestra que los demandantes no pueden percibir compensa-

ción si su daño físico no fue razonablemente previsible en el momento en que actuó el negligente acusado, dejando entonces de lado la interpretación 4). Pero esto no elimina la 5) ni la 6). Debe ampliar aun más su investigación. Debe estudiar también, aquellos casos que abarcan los daños económicos en lugar de los físicos o morales, donde los daños son potencialmente muy grandes: por ejemplo, tiene los casos donde se les entabla juicio a los consejeros profesionales como investigadores o contadores, por los daños que otros sufren a causa de su negligencia. La interpretación 5) sugiere que dicha responsabilidad tiene que ser ilimitada, siempre que el daño sea previsible, y la 6) sugiere, por el contrario, que esa responsabilidad es limitada debido a las atterradoras sumas que puede alcanzar. Si casos de ese tipo contradicen una interpretación y ésta no encuentra apoyo en ninguna otra área de la doctrina que más tarde Hércules podría llegar a examinar, y la otra queda confirmada por la expansión, considerará que la primera es inelegible y que sólo la última habrá sobrevivido. Pero supongan que encuentra, al expandir así su estudio, una pauta mixta. Las decisiones anteriores permiten una responsabilidad que se extiende a los miembros de algunas profesiones, pero no a aquellos de otras, y esta pauta mixta es válida para otras áreas de la doctrina que Hércules, en el ejercicio de su imaginativa capacidad, considera pertinentes.

A pesar de que la contradicción que ha descubierto es genuina, no es en sí tan profunda o penetrante como para justificar una interpretación escéptica de la práctica legal en su totalidad, pues el problema de la indemnización de perjuicios ilimitada, a pesar de ser importante, no es tan fundamental como para que la contradicción dentro de ella destruya la integridad del sistema mayor. De modo que Hércules se vuelca entonces hacia la segunda dimensión, pero aquí, al igual que en el ejemplo de la novela en cadena, vuelven a surgir cuestiones de adaptación, porque una interpretación es por tanto más satisfactoria si muestra un menor daño de la integridad que su rival. Por lo tanto, considerará si la interpretación 5) se adapta al registro legal ampliado mejor que la 6). Sin embargo, ésta no puede ser una mera decisión mecánica; no puede simplemente contar el número de decisiones anteriores que pueden ser consideradas como "errores" de cada interpretación. Pues es posible que estas cifras reflejen sólo accidentes como el número de casos que han llegado a la corte y no han sido solucionados antes del veredicto. No sólo tiene que tener en cuenta el número de casos que son relevantes para cada interpretación sino también si las decisiones que expresan un principio parecen más fundamentales, importantes o amplias que las decisiones que expresan el otro. Imaginen que la interpretación 6) sólo se adapta a aquellas decisiones judiciales del pasado que abarcan cargos de negligencia en contra de una profesión en particular (abogados, por ejemplo) y la interpretación 5) justifica todos los demás casos, abarcando a todos los demás profesionales, y por lo tanto se adapta a otros tipos de casos también de daños económicos. La interpretación 5) se adapta entonces al registro legal mucho mejor, aun si el número de casos que abarca a los abogados es por alguna razón mayor desde el punto de vista numérico, a menos que el argumento vuelva a cambiar, como podría suceder, cuando el campo de estudio se extienda aun más.

Ahora piensen en una posibilidad diferente: a pesar de que la responsabilidad ha sido limitada en muchos y variados casos a una cantidad menor de aquello que la interpretación 5) permitiría, las opiniones sobre este caso no hicieron

mención alguna del principio de interpretación 6), que de hecho, nunca antes había sido reconocido en la retórica judicial oficial. ¿Eso demuestra que la interpretación 5) se adapta mejor al registro legal, o que después de todo, la interpretación 6) es inelegible? Los jueces están divididos sobre esta cuestión de adaptación. Algunos no considerarían seriamente la interpretación 6) si una opinión judicial o declaración legislativa del pasado no hubiera mencionado su principio en forma explícita. Otros rechazan esta restricción y aceptan que la mejor interpretación de algunos tipos de casos puede yacer en un principio que nunca ha sido reconocido de manera explícita, pero que sin embargo ofrece una brillante descripción de las decisiones actuales, mostrándolas bajo una mejor perspectiva que antes. (10) Hércules se enfrentará a esta cuestión como una cuestión especial de moralidad política. La historia política de la comunidad es por tanto mejor si muestra a los jueces señalando a su público, a través de sus opiniones, el camino que futuros jueces seguirán guiados por la integridad, y si muestra a los jueces tomando decisiones que darán voz y efecto a las convicciones sobre moralidad difundidas en la comunidad. Más aun, las opiniones judiciales formalmente anunciadas en los registros legales son en sí actos de la comunidad personificada que, en especial si son recientes, deben considerarse dentro del campo de la integridad. (11) Estas son algunas de las razones por las que prefiere una interpretación que no es demasiado nueva, ni tampoco está demasiado divorciada de lo que dijeron e hicieron los jueces y otros funcionarios anteriores. Sin embargo, debe comparar estas razones con sus convicciones políticas más sustantivas sobre el valor moral relativo de las dos interpretaciones, y si cree que la interpretación 6) es superior desde dicha perspectiva, pensará que mejora el registro legal al elegirla, aun al costo de más valores procesales. Adaptarse a lo que hicieron los jueces es más importante que adaptarse a lo que dijeron.

Imaginen ahora un registro aun menos pautado. Hércules piensa que se ha puesto en vigor la responsabilidad ilimitada contra un número de profesiones, pero no contra un número casi igual de otras, que ningún principio puede explicar la distinción, que la retórica judicial está tan dividida como las decisiones actuales y que esta división se extiende a otros tipos de acciones por daños económicos. Podría extender aun más su campo de estudio y el cuadro podría cambiar si lo hace. Pero supongamos que está satisfecho y que no lo hará. Entonces decidirá que la cuestión de concordancia o adaptación ya no juega ningún papel útil en sus deliberaciones, incluso en la segunda dimensión. Ahora debe enfatizar los aspectos sustantivos más obvios de esa dimensión: debe decidir qué interpretación muestra que el registro legal es mejor desde el punto de vista de la moralidad política sustantiva. Compondrá y comparará dos historias. La primera supone que la comunidad personificada ha adoptado y hace cumplir el principio de previsibilidad como su prueba de responsabilidad moral por los daños causados por negligencia, que el objetivo de las distintas decisiones que ha tomado es dar efecto a dicho principio, a pesar de que a menudo ha alcanzado decisiones que la previsibilidad condenaría. La segunda supone, en cambio, que la comunidad ha adoptado y hace cumplir el principio de previsibilidad limitado por algunos toques máximos en la responsabilidad, a pesar de que a menudo se ha apartado de dicho principio. ¿Cuál de las dos historias muestra a la comuni-

dad desde una mejor perspectiva, tomando todo en cuenta, desde el punto de vista de la moralidad política?

La respuesta de Hércules dependerá de sus convicciones acerca de las dos virtudes constituyentes de la moralidad política que hemos considerado: justicia y equidad. (12) Es decir que no sólo dependerá de sus creencias sobre cuál de estos principios es superior como una cuestión de justicia abstracta sino también, sobre cuál debe seguirse, como una cuestión de equidad política, en una comunidad cuyos miembros tienen las mismas convicciones morales que sus conciudadanos. En algunos casos, los dos tipos de juicio (el juicio de la justicia y el de equidad) estarán juntos. Si Hércules y el público comparten la opinión de que las personas tienen derecho a ser compensadas plenamente cuando resultan dañadas por la negligencia de otras, sin importar lo duro que este requerimiento pudiera resultar, entonces pensará que la interpretación 5) es la mejor de las dos en juego. Sin embargo a veces, los dos juicios tirarán en direcciones opuestas. Puede pensar que la interpretación 6) es mejor sobre fundamentos de justicia abstracta, pero sabrá que ésta es una opinión radical no compartida por una porción sustancial del público y desconocida en la retórica moral y política de la época. Podría entonces llegar a la conclusión de que la historia en la cual el Estado insiste en la perspectiva que considera correcta, pero en contra de los deseos de todo el pueblo, es una historia más pobre. En esas circunstancias, estaría prefiriendo la equidad a la justicia, y esa preferencia reflejaría un nivel de mayor orden de sus propias convicciones políticas, a saber, sus convicciones sobre cómo un gobierno decente comprometido con la equidad y la justicia debería decidir entre las dos, en este tipo de casos.

Los jueces tendrán distintas ideas de equidad, acerca del rol que la opinión de cada ciudadano debería jugar idealmente en las decisiones del Estado sobre qué principios de justicia hacer cumplir a través de su poder policial central. Tendrán distintas opiniones de mayor nivel acerca de la mejor resolución de conflictos entre estos dos ideales políticos. Es poco probable que un juez apruebe la teoría simplista de que se prefiere automáticamente la equidad en lugar de la justicia, o viceversa. La mayoría de los jueces pensará que el equilibrio entre las opiniones de la comunidad y las demandas de la justicia abstracta se encontrará de distintas formas en distintos tipos de casos. Quizás, en casos de derecho privado o comercial ordinarios, como el McLoughlin, una interpretación apoyada por la moralidad popular será considerada superior a otra que no lo está, siempre que no se la considere muy inferior como una cuestión de justicia abstracta. Sin embargo, muchos jueces pensarán que la fuerza interpretativa de la moralidad popular es mucho más débil en casos constitucionales como el Brown, porque creerán que el objetivo de la Constitución es en parte proteger a los individuos de lo que la mayoría considera correcto. (13)

Prioridad local

Debo llamar la atención sobre una característica de la práctica de Hércules que hasta el momento no surgió con claridad. Sus juicios acerca de la concordancia se expanden a partir del caso inmediato ante él en una serie de círculos concéntricos. Pregunta cuáles son las interpretaciones de su lista inicial que concuerdan con los casos de daños morales del pasado, luego cuáles concuer-

dan con casos de daños accidentales a la persona en forma más general, y luego cuáles concuerdan con daños a los intereses económicos y así sucesivamente, entrando en campos cada vez más alejados del caso McLoughlin original. Este procedimiento otorga una especie de prioridad local a lo que podríamos llamar "departamento" del derecho. Si Hércules llega a la conclusión de que los casos sobre daños causados por accidentes en su jurisdicción no contradicen plenamente ninguno de los dos principios, amplía su estudio e incluye los casos contractuales para ver cuál de estos principios, o ninguno, concuerda mejor con las decisiones de contratos. Pero, según la opinión de Hércules, si uno de los principios no concuerda en absoluto con la ley sobre accidentes, si cada decisión en ese campo que podría haberla confirmado la contradice, esto juega en su contra como una interpretación elegible de ese cuerpo de ley, aun si concuerda con otros campos de la ley en forma extraordinaria. Sin embargo, no considerará que esta doctrina de prioridad local es absoluta; estará dispuesto a pasarla por alto en algunas ocasiones, tal como tendremos oportunidad de ver.

La división del derecho en departamentos separados es una característica prominente de la práctica legal. Las escuelas de derecho dividen sus cursos y las bibliotecas dividen tratados para distinguir los daños morales de los económicos o físicos, los agravios intencionales de los no intencionales, los agravios de los crímenes, los contratos de otras partes del derecho consuetudinario, el derecho privado del derecho público, y el derecho constitucional de otras partes del derecho público. Los argumentos legales y judiciales respetan estas divisiones tradicionales. Las opiniones judiciales suelen comenzar por asignar el caso a tratar a algún departamento del derecho, y los precedentes y estatutos considerados provienen por lo general en forma exclusiva de dicho departamento. A menudo la clasificación inicial es a la vez polémica y crucial.

La división favorece tanto al convencionalismo como al pragmatismo, aunque por razones diferentes. Los departamentos del derecho se basan en la tradición, lo que parece apoyar el convencionalismo, y proveen la estrategia que un pragmático puede manipular al decir sus nobles mentiras: puede explicar que su nueva doctrina no necesita ser coherente en principio con decisiones del pasado porque éstas, bien entendidas, pertenecen a otro departamento. El derecho como integridad posee una actitud más compleja hacia los departamentos del derecho. Su espíritu general los condena, porque el principio adjudicativo de la integridad requiere que los jueces hagan que la ley sea coherente, tanto como puedan, y esto podría lograrse mejor si ignoraran los límites académicos y reformaran algunos departamentos del derecho en forma radical para que sean coherentes en principio con otros. (14) Pero el derecho como integridad es interpretativo, y la división es una característica de la práctica legal que ninguna interpretación competente puede ignorar.

Hércules responde a estos impulsos contrarios buscando una interpretación constructiva de la división. Trata de hallar una explicación de la práctica de dividir el derecho en departamentos que muestra dicha práctica desde la mejor perspectiva. Los límites entre los departamentos suelen igualar la opinión popular; muchas personas creen que el daño intencional es más censurable que el daño por negligencia, que el Estado necesita un tipo de justificación muy diferente para poder declarar a alguien culpable de un crimen de la que necesita para pagar compensación por el daño que esta persona ha causado, que las pro-

mesas y otras formas de acuerdo o consentimiento explícito son un tipo de razón especial para la coerción estatal, y así sucesivamente. Dividir los departamentos del derecho para que estén de acuerdo con ese tipo de opinión promueve la previsibilidad y sirve de protección contra repentinas reinterpretaciones oficiales que desarraigan grandes campos del derecho, y lo hace en una forma que promueve un propósito más profundo del derecho como integridad. Si las divisiones legales tienen sentido para el público, éstas alientan la actitud protestante que favorece la integridad, porque permiten que tanto personas ordinarias como jueces apremiados interpreten el derecho dentro de los límites prácticos que parecen naturales e intuitivos.

Hércules acepta esta descripción del objetivo de la división, y formula su doctrina de prioridad local de acuerdo con ella. Le otorga mayor fuerza a la doctrina cuando los límites entre los departamentos tradicionales del derecho investigan principios morales ampliamente reconocidos que distinguen tipos de falta o de responsabilidad, y la sustancia de cada departamento refleja esos principios morales. La distinción entre derecho penal y derecho civil cumple con esta prueba. Supongan que Hércules, contrariamente a la opinión general del público, piensa que ser obligado a pagar compensación es tan malo como ser obligado a pagar una multa, y por lo tanto, la distinción entre derecho penal y derecho civil no es sólida en principio. Sin embargo, lo deferirá a la prioridad local. No declarará que el derecho penal y el derecho civil deberían ser tratados como un solo departamento: no argumentará que la culpabilidad del acusado criminal sólo necesita ser establecida como probable en lugar de más allá de toda duda razonable porque la norma probable se adapte al departamento combinado tan bien como cualquier otra.

Sin embargo, Hércules no estará tan dispuesto a ceder a la prioridad local cuando no se cumpla su prueba, cuando los límites tradicionales entre departamentos se hayan tornado mecánicos y arbitrarios, ya sea porque la moralidad popular ha cambiado o porque la sustancia de los departamentos ya no refleja la opinión popular. (15) Las divisiones del derecho crecen a veces en forma arbitraria y aislada de la convicción popular en ese sentido, en particular cuando las principales reglas de los departamentos fueron desarrolladas en períodos diferentes. Supongan que la tradición legal de una comunidad ha separado durante varias épocas la ley sobre perjuicios, que hace referencia a la incomodidad por la interferencia que las actividades sobre la tierra de una persona causan a los vecinos, de la ley sobre negligencia, que hace referencia a los daños físicos, económicos o morales que la negligencia de una persona puede causarle a otras. Supongan que los jueces que decidieron los casos cruciales sobre perjuicios desdeñaron cualquier prueba económica para perjuicios; dijeron que una actividad era considerada un perjuicio y por lo tanto debía ser detenida, cuando el uso de la tierra no es el "natural" o tradicional, de modo que una persona que abre una fábrica en una tierra que tradicionalmente se usa para sembrar es culpable de perjuicio a pesar de que la fábrica constituya un uso más efectivo de la misma desde el punto de vista económico. Pero supongan que en los últimos años, los jueces han comenzado a considerar el costo económico como crucial para los casos de negligencia. Sostienen que una persona que no toma las precauciones necesarias para evitar dañar a otra es negligente y por lo tanto, responsable del daño resultante si la precaución era "razonable" en dichas cir-

cunstancias, y el costo económico de la precaución cuenta al decidir si era de hecho razonable.

La distinción entre ley sobre negligencia y ley sobre perjuicio ya no cumple con la prueba de Hércules, si es que alguna vez lo hizo. Tiene sentido distinguir el perjuicio de la negligencia si consideramos que el perjuicio es intencional mientras que la negligencia no lo es; esta distinción descubre el principio popular de que es peor herir a alguien en forma intencional que en forma inadvertida. Sin embargo, los desarrollos en la ley sobre negligencia que acabo de describir no son coherentes con respecto a esa perspectiva de la distinción, porque el hecho de no poder prevenir un accidente no necesariamente es no-intencional, en el sentido requerido. De modo que Hércules podría estar dispuesto a ignorar el límite tradicional entre estos dos departamentos del derecho. Si pensara que la prueba del "uso natural" es tonta, y que la prueba del costo económico es mucho más justa, estaría entonces de acuerdo en que los precedentes de negligencia y perjuicio deberían ser considerados como un cuerpo de ley, y que la prueba del costo económico es una interpretación superior de ese cuerpo unificado. Otros sucesos legales ya ocurridos harían mucho más fácil su argumento. El clima intelectual producido por las últimas decisiones sobre negligencia habría comenzado a erosionar la suposición de los casos anteriores sobre perjuicios, de que las nuevas empresas que molestan a la gente son necesariamente errores legales. Tal vez, la legislatura habría adoptado estatutos especiales que cambiarían la responsabilidad por nuevas formas de inconveniencias, como el ruido de los aeropuertos, por ejemplo, que la teoría "natural" haya decidido o decidiría en lo que aparenta ser el camino equivocado, por ejemplo. O quizá los jueces habrían decidido los casos de aeropuerto deformando el significado histórico de "natural" para llegar a decisiones que parecieran sensatas de acuerdo con la tecnología en desarrollo. Si convence a la profesión de su punto de vista, el perjuicio y la negligencia ya no tendrán departamentos separados del derecho sino que compartirán una nueva provincia que en poco tiempo tendrá un nuevo nombre junto con nuevas escuelas de derecho y nuevos tratados. Este proceso ya está en marcha en el derecho anglo-norteamericano, aunque con menor seguridad, una nueva unificación del derecho privado que borra hasta el límite más antiguo y firme entre contrato y agravio.

Un resumen provisorio

En los tres capítulos siguientes continuaremos construyendo la teoría de trabajo de Hércules sobre el derecho como integridad al explorar con más detalle cuestiones que surgieron en los tres departamentos de la adjudicación: casos de derecho consuetudinario, casos sobre estatutos y casos de dimensión constitucional. Pero en primer lugar, haremos una evaluación, aunque esto signifique repetición, y luego pasaremos a considerar ciertas objeciones al argumento presentado. Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación construc-

tiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad. Ellos tratan de realizar esa estructura y expediente complejos lo mejor que pueden. Resulta útil desde el punto de vista analítico distinguir diferentes dimensiones o aspectos de cualquier teoría de trabajo. Esto incluirá convicciones acerca de la concordancia y la justificación. Las convicciones sobre concordancia proporcionarán un requisito inicial que una interpretación de alguna parte del derecho deberá cumplir para ser elegible. Cualquier teoría de trabajo posible invalidaría una interpretación de nuestro propio derecho que negara la competencia legislativa, la supremacía absoluta o que sostuviera un principio general de derecho privado que requiriese que los ricos compartan su riqueza con los pobres. Esa prueba inicial eliminará interpretaciones que algunos jueces preferirían, de modo que los hechos reales de la historia legal limitarán de esta manera el papel que puedan desempeñar las convicciones personales sobre justicia en las decisiones de cualquier juez. Distintos jueces establecerán esta prueba inicial en forma diferente. Pero cualquiera que acepte el derecho como integridad debe aceptar que la actual historia política de su comunidad verificará a veces sus otras convicciones políticas en su juicio interpretativo general. Si no lo hace, si su prueba inicial de concordancia deriva por completo o es ajustable a sus convicciones sobre justicia, de modo que la última proporcione de manera automática una interpretación legible, no puede reclamar de buena fe estar interpretando su práctica legal. Al igual que el novelista en cadena cuyos juicios sobre concordancia se ajustan automáticamente a sus opiniones literarias sustantivas, está actuando de mala fe o se está engañando.

Cuando la prueba inicial no discrimina entre dos o más interpretaciones de algún estatuto o línea de casos, surgirán casos difíciles para cualquier juez. Deberá entonces decidir entre las interpretaciones elegibles al preguntarse qué es lo que muestra la estructura de la comunidad de las instituciones y decisiones, bajo un mejor enfoque desde la perspectiva de la moralidad política. Sus propias convicciones morales y políticas están ahora comprometidas. Sin embargo, el juicio político que debe pronunciar es en sí complejo y a veces, pondrá un departamento de su moralidad política en contra de otro: su decisión no sólo reflejará sus opiniones acerca de la justicia y la equidad sino también sus convicciones del más alto orden sobre la manera en que deberían comprometerse los ideales cuando éstos rivalizan. En esta etapa de interpretación surgen también cuestiones sobre la concordancia, porque aun cuando una interpretación sobrevive al requisito de la prueba inicial, cualquier desacierto de concordancia pesará en su contra, en las formas que hemos señalado, en el balance general de las virtudes políticas. Distintos jueces disentarán sobre cada una de estas cuestiones y por lo tanto, adoptarán diferentes puntos de vista acerca de lo que realmente es el derecho de cada comunidad.

Cualquier juez desarrollará, en el curso de su entrenamiento y experiencia, una concepción del derecho bastante individualizada sobre la cual se basará, tal vez en forma inconsciente, para tomar estas diferentes decisiones y formar sus juicios, y éstos serán entonces para él una cuestión de sentimiento o instinto en lugar de una de análisis. A pesar de ello, nosotros como críticos podemos imponer una estructura a su teoría de trabajo al desmenuzar su método práctico sobre concordancia (sobre la importancia relativa de la coherencia con la retórica y la opinión popular del pasado, por ejemplo) y sus opiniones o conocimientos

más sustantivos sobre justicia y equidad. La mayoría de los jueces será como las demás personas de su comunidad, y por lo tanto, la equidad y la justicia no rivalizarán a menudo para ellos. Sin embargo, aquellos jueces cuyas opiniones políticas son más excéntricas o radicales descubrirán que los dos ideales entran en conflicto en ciertos casos en particular, y tendrán que decidir qué resolución de dicho conflicto mostrará el registro de la comunidad desde una mejor perspectiva. Sus concepciones de trabajo incluirán principios del más alto orden que son necesarios para dicha decisión. Un juez en particular puede pensar o asumir, por ejemplo, que las decisiones políticas deberían respetar en primer lugar la opinión de la mayoría y sin embargo creer que este requisito se torna menos severo e incluso desaparece cuando están en juego serios derechos constitucionales.

Deberíamos ahora recordar dos observaciones generales que hicimos al elaborar el modelo de la novela en cadena, porque también aquí son aplicables. La primera, los distintos aspectos o dimensiones del enfoque de trabajo de un juez (las dimensiones de concordancia y sustancia y de los diferentes aspectos de la sustancia) son, en el último análisis, sensibles a su juicio político. Sus convicciones acerca de la concordancia, tal como aparecen en su requisito de la prueba inicial o más adelante, en forma analítica, en competencia con la sustancia, son políticas y no mecánicas. Ellas expresan su compromiso con la integridad: el juez cree que una interpretación que está por debajo de su prueba inicial de concordancia muestra el registro de la comunidad desde una mala perspectiva, por que proponer esa interpretación sugiere que la comunidad ha deshonrado sus principios en forma característica. Cuando una interpretación pasa la prueba inicial, los defectos de concordancia restantes pueden ser compensados, en su juicio general, si los principios de dicha interpretación son en particular atractivos, porque entonces confrontará los lapsos infrecuentes de la comunidad al respetar estos principios contra su virtud al respetarlos en general. La restricción que la concordancia impone sobre la sustancia, en cualquier teoría de trabajo, es la restricción de un tipo de convicción política por encima de otro en el juicio general acerca de cuál es la interpretación que más favorece un registro político, tomando todo en cuenta. Segunda, el método de esta restricción es el método que identificamos en la novela en cadena. No es la restricción de los difíciles hechos externos ni del consenso interpersonal. Es la restricción estructural de distintos tipos de principios dentro de un sistema de principios, y sin embargo, es genuino por eso.

Ningún juez mortal puede o debería tratar de articular su teoría de trabajo instintiva o hacer esa teoría tan concreta y detallada que no fuera necesario pensar nada más en ningún caso. Debe considerar provisorio cualquier principio general o método práctico que haya seguido en el pasado y estar preparado para abandonarlos en favor de un análisis más sofisticado cuando la ocasión lo requiera. Estos serán los momentos de especial dificultad para cualquier juez, pedir nuevos juicios políticos que pueden ser difíciles de elaborar. Sería absurdo suponer que siempre tendrá a mano las convicciones de moralidad política necesarias para tales ocasiones. Los casos muy difíciles lo obligarán a desarrollar su concepción del derecho junto con su moralidad política en una forma que se apoyen mutuamente. Sin embargo, es posible que cualquier juez enfrente cuestiones nuevas y desafiantes como una cuestión de principio, y esto es lo que el

derecho como integridad le exige. Debe aceptar que al elegir por fin una interpretación por encima de otra de una línea de precedentes muy competitiva, tal vez después de pensarlo y cambiar de convicción, está desarrollando su concepción del derecho en una dirección y no en la otra. Esta le debe parecer la dirección correcta como una cuestión de principio político, y no una atracción del momento porque recomienda una decisión atractiva para el caso inmediato. En este consejo cabe la decepción, incluyendo la auto-decepción. Pero en la mayoría de las ocasiones, los jueces podrán reconocer cuándo han sometido una cuestión a la disciplina que describe. Y también, reconocer cuándo otro juez no lo ha hecho.

Algunas objeciones familiares

Hércules juega a la política

Hércules ha completado su tarea en el caso McLoughlin. Declara que la mejor interpretación de los casos sobre daños morales, tomando todo en cuenta, es la 5): la ley otorga compensación por cualquier daño moral causado por el manejo negligente y previsible por cualquier automovilista razonablemente precavido. Pero acepta que para llegar a esa conclusión se ha basado en su propia opinión de que este principio es mejor (más justo y equitativo) que cualquier otro elegible según lo que considera el criterio de concordancia adecuado. También acepta que esta opinión es polémica: no todos sus colegas jueces la comparten, algunos de ellos piensan que otra interpretación es mejor, como por ejemplo la 6). ¿Qué quejas pueden atraer sus argumentos? La primera en la lista que propongo considerar acusa a Hércules de ignorar el verdadero derecho por daños morales y de sustituir sus propias opiniones acerca de cómo debería ser el derecho.

¿Cómo entendemos esta objeción? Podríamos interpretarla de dos maneras distintas. Podría significar que Hércules se equivocó al tratar de justificar su interpretación acudiendo a la justicia y la equidad porque ni siquiera pasa la prueba inicial de concordancia. No podemos asumir, sin volver a revisar los casos que Hércules consultó, que este argumento es erróneo. Quizás esta vez, Hércules cometió un pequeño desliz; tal vez, si hubiera extendido su campo de estudio de precedentes, habría descubierto que sólo una interpretación pudo sobrevivir, y este descubrimiento habría establecido entonces la ley para él, sin comprometer su opinión acerca de la justicia de requerir compensación por accidentes. Sin embargo, es improbable que hasta la prueba inicial de concordancia más estricta siempre permita sólo una interpretación, de modo que la objeción, así entendida, no sería una objeción general con respecto a los métodos de adjudicación de Hércules sino una queja por haber aplicado en forma equivocada sus métodos en ese caso en particular.

Por lo tanto, deberíamos considerar la segunda interpretación de la objeción, que es a su vez la más interesante: ésta sostiene que un juez nunca debe basarse en sus convicciones personales sobre equidad o justicia en la forma en que Hércules lo hizo en este caso. Supongan que el crítico dice: "La correcta in-

interpretación de una línea de decisiones anteriores puede descubrirse a través de medios moralmente neutrales, porque la correcta interpretación es sólo cuestión de descubrir qué principios intentaban establecer los jueces que tomaron estas decisiones, y ésta es una cuestión de hecho histórico." Hércules señalará que este crítico necesita una razón política para su dictamen de que las interpretaciones deben estar de acuerdo con las interpretaciones de los jueces anteriores. Esta es una forma extrema de la posición que ya hemos considerado, de que una interpretación es mejor si concuerda con lo que dijeron e hicieron los jueces del pasado, y hasta este débil reclamo depende de los argumentos especiales de moralidad política que describí. El crítico supone que estas razones especiales no sólo son fuertes sino también dominantes; que son tan poderosas que un juez siempre se equivoca al considerar una interpretación que no cumple con la norma que establece, sin importar lo bien que esta interpretación relacione, explique y justifique decisiones del pasado.

De manera que el crítico de Hércules, si es que su argumento tiene alguna fuerza, no se basa después de todo en convicciones interpretativas moralmente neutrales. El también ha comprometido sus propias convicciones de moralidad política. Cree que los valores políticos que apoyan este estilo interpretativo tienen una importancia tan fundamental que eliminan cualquier autoridad de justicia. Esa puede ser una posición posible, pero es polémica y no es neutral en absoluto. Su diferencia con Hércules no es, tal como sugirió en un principio, sobre si la moralidad política es relevante al decidir qué es el derecho, sino sobre qué principio de moralidad es sólido, y por lo tanto, decisivo en esa cuestión. De modo que la primera, cruda objeción, de que Hércules ha sustituido sus propias convicciones políticas por la correcta interpretación, neutral desde el punto de vista político, de la ley del pasado, es un conjunto de confusiones.

Hércules es un fraude

La segunda objeción es más sofisticada. Ahora, el crítico declara: "Es absurdo suponer que exista una sola interpretación correcta sobre los casos de daños morales. Dado que hemos descubierto dos interpretaciones de estos casos, ninguna de las cuales está por encima de la otra sobre la base de una concordancia 'neutral', ningún juez se vería forzado por el principio adjudicativo de integridad a aceptar cualquiera de las dos. Hércules ha elegido una sobre una franca base política; su elección refleja sólo su propia moralidad política. En estas circunstancias no le queda más que elegir legislar en esa forma. Sin embargo, para él es fraudulento sostener que ha descubierto, a través de su elección política, qué es el derecho. Sólo ofrece su propia opinión acerca de lo que debería ser."

A muchos lectores, esta objeción les parecerá poderosa y debemos prestar atención para no debilitarla al tratar de que parezca reclamar más de lo que reclama. No trata de volver a instaurar la idea del convencionalismo, que cuando se termina la convención un juez está libre para mejorar la ley según las normas legislativas correctas; y mucho menos la idea del pragmatismo de que siempre puede hacer esto, obstaculizado sólo por consideraciones de estrategia. Reconoce que los jueces deben elegir entre las interpretaciones que pasen la prueba de concordancia. Insiste en que no puede haber una mejor interpretación cuando más de una pasa esta prueba. Es una objeción, tal como lo he planteado,

desde dentro de la idea general del derecho como integridad; trata de proteger esa idea de la corrupción por fraude.

¿Esta objeción es acertada? ¿Por qué resulta fraudulento, e incluso confuso que Hércules ofrezca su juicio como un juicio de ley? Una vez más, hay dos respuestas distintas posibles, dos formas de elaborar la objeción, y no podemos dar crédito a la objeción a menos que distingamos y consideremos cada una de ellas. La primera elaboración es la siguiente: "La declaración de Hércules es fraudulenta porque sugiere que puede haber una respuesta a la pregunta de si la interpretación 5) o 6) es más equitativa o justa; dado que la moralidad política es subjetiva no puede haber una sola respuesta correcta a esa pregunta, sino sólo respuestas." Esta es la objeción del escepticismo moral que discutimos en detalle en el Capítulo 2. No puedo dejar de decir algo más sobre ello, pero utilizaré a un nuevo crítico, con una sección propia, para hacerlo. La segunda elaboración no se basa en el escepticismo: "Hércules es un fraude aun si la moralidad es objetiva y aun si tiene razón acerca de que el principio de previsibilidad al que llega es objetivamente más equitativo y justo. Es un fraude porque pretende haber descubierto qué es el derecho, pero sólo ha descubierto lo que debería ser." Esa es la forma de objeción que consideraré a continuación.

De una concepción del derecho pedimos que proporcione una descripción de los fundamentos del derecho (las circunstancias bajo las cuales los reclamos sobre qué es el derecho deben ser aceptados como verdaderos o válidos) que demuestren por qué el derecho permite la coerción. El derecho como integridad responde que los fundamentos del derecho se basan en la integridad, en la mejor interpretación constructiva de las decisiones legales del pasado y que el derecho es por lo tanto sensible a la justicia de la manera que Hércules reconoce. De modo que no hay forma de que Hércules pueda divulgar su conclusión acerca del caso McLoughlin excepto para decir que la ley, tal como él la entiende, está a favor de la señora McLoughlin. Si dijera lo que el crítico recomienda, que no posee el derecho legal a ganar pero que posee el derecho moral que él propone honrar, estaría realizando una aserción errónea de su perspectiva sobre el problema. Pensaría que es una verdadera descripción de algunas situaciones (si pensara que la ley es demasiado inmoral como para hacerla cumplir, por ejemplo) pero no de ésta. Un crítico podría disentir con Hércules en muchos niveles. Podría rechazar el derecho como integridad en favor del convencionalismo, el pragmatismo o alguna otra concepción del derecho. O podría aceptarlo pero llegar a distintas conclusiones que Hércules porque tiene ideas diferentes acerca de los requisitos necesarios para la concordancia, o diferentes convicciones sobre equidad, justicia o la relación entre ellas. Sin embargo, puede considerar fraudulento el uso del "derecho" de Hércules (o gramaticalmente incorrecto) sólo si sufre por el vigor semántico, sólo si supone que los reclamos de derecho están, de alguna manera, fuera de lugar cuando no provienen en forma directa del conjunto de criterios reales para el derecho que todo abogado competente acepta.

No obstante, un aspecto de la presente objeción podría ser considerado inmune a mis argumentos en contra del resto. Aun si estamos de acuerdo en que las conclusiones de Hércules sobre la señora McLoughlin están correctamente presentadas como conclusiones de derecho, podría parecer extravagante sostener que estas conclusiones provienen de la integridad entendida como un ideal

político bien definido. ¿No sería más apropiado decir que la integridad forma parte de las conclusiones de Hércules hasta el punto donde ha rechazado toda interpretación que no pase la prueba inicial de concordancia, pero que la integridad no participa en la selección entre aquellas que pasaron la prueba? ¿No deberíamos decir que su concepción del derecho está constituida en realidad por dos concepciones: el derecho como integridad complementado, cuando la integridad se agota, por alguna versión de la teoría de derecho natural? Esta no es una objeción muy importante; sólo sugiere una manera distinta de dar parte de las conclusiones que ya no desafía. Sin embargo, la observación que la impulsa es demasiado cruda. Es un error pensar que la idea de integridad es irrelevante con respecto a la decisión de Hércules una vez que esa decisión ya no trata sobre sus convicciones sobre concordancia, sino que gira sobre su sentido de equidad o también de justicia.

El espíritu de integridad, que situamos en la fraternidad, se vería ultrajado si Hércules tomara su decisión de otra manera que no fuera eligiendo la interpretación que considera mejor desde el punto de vista de la moralidad política. Aceptamos la integridad como un ideal político porque queremos tratar a nuestra comunidad política como una comunidad de principio, y los ciudadanos de una comunidad de principio no sólo apuntan a principios simples, como si la uniformidad fuese lo único que quisieran, sino a los mejores principios comunes que la política pueda encontrar. La integridad es diferente de la justicia y la equidad, pero está unida a ellas de esa manera: la integridad sólo tiene sentido entre personas que quieren equidad y justicia. De modo que la elección final de Hércules de la interpretación que considera más acertada (más equitativa y justa en la relación correcta) proviene de su compromiso inicial con la integridad. Realiza esa elección en el momento y en la forma que la integridad lo permite y requiere, y por lo tanto es erróneo decir que ha abandonado el ideal justo en ese punto.

Hércules es arrogante, pero no deja de ser un mito

Hablaré ahora, brevemente, de dos críticos menos importantes pero que sin embargo, deben ser escuchados. He descrito los métodos que utiliza Hércules en lo que algunos denominarán una manera subjetiva, al describir las preguntas que debe responder y los juicios que debe hacer para sí mismo. Otros jueces responderían a esto de un modo distinto y podrían estar de acuerdo con uno de ellos en lugar de coincidir con Hércules. En un momento, consideraremos si algo de esto significa que ni Hércules ni ningún otro juez o crítico pueda tener "realmente" razón acerca de lo que es el derecho. Sin embargo, la opinión de Hércules será polémica sin importar la forma en que respondamos esa pregunta filosófica, y su nuevo crítico se aferra al hecho de esa controversia, sin mancha de escepticismo externo o interno. "Haya o no respuestas correctas a las preguntas interpretativas de las cuales dependen los juicios de Hércules, es injusto que la respuesta de un juez (o de una mayoría de jueces en un panel) sea aceptada como decisiva, cuando no tiene forma de *probar* que su opinión es mejor que la de aquellos que están en desacuerdo."

Para obtener una respuesta, debemos regresar a nuestro caso más general del derecho como integridad. Queremos que nuestros funcionarios nos consi-

deren unidos en una asociación de principio, y lo queremos por razones que no dependen de una identidad de convicción entre estos funcionarios, ya sea sobre concordancia o sobre los principios más sustantivos que compromete una interpretación. Nuestras razones perduran cuando los jueces disienten, al menos en detalle, acerca de la mejor interpretación del orden político de la comunidad, porque cada juez sigue confirmando y reafirmando el carácter de principios de nuestra asociación al luchar, a pesar del desacuerdo, para alcanzar su propia opinión en lugar de volcarse a la tarea más simple de una nueva legislación. Pero aun si esto no fuera así, la actual objeción no podría ser considerada una objeción al derecho como integridad, porque se aplicaría con toda su fuerza al pragmatismo o al convencionalismo, que se convierte en pragmatismo en cualquier caso lo suficientemente difícil como para llegar ante un tribunal de apelación. ¿Cómo puede ser más equitativo para los jueces hacer cumplir sus propios puntos de vista acerca del mejor futuro, sin las restricciones de cualquier requisito de coherencia con el pasado, que los más complejos pero no menos polémicos juicios que requiere el derecho como integridad?

Aparece otro crítico menor, su objeción es diferente. Sostiene: "Hércules es un mito. Ningún juez verdadero posee sus poderes y es absurdo considerarlo un ejemplo que otros deben seguir. Los verdaderos jueces deciden los casos difíciles en una forma más instintiva. No construyen y prueban varias interpretaciones rivales contra una matriz compleja de principios morales y políticos. Su pericia los lleva a ver una estructura en hechos y doctrina de inmediato; eso significa realmente pensar como un abogado. Si deciden imitar a Hércules, tratando de asegurar en cada caso alguna teoría general del derecho, estarían paralizados mientras que su sumario se obstruiría." Este crítico no entiende nuestro ejercicio. Hércules nos resulta útil porque es más reflexivo y cohibido de lo que cualquier juez verdadero necesita ser o, dada la presión del trabajo, podría ser. No hay duda de que los verdaderos jueces deciden la mayoría de los casos en una forma menos metódica. Pero Hércules nos muestra la estructura oculta de sus sentencias, y las deja abiertas al estudio y a la crítica. Mas aun, debemos tener cuidado en hacer la distinción de los dos sentidos en los que podría decirse que tiene mayores poderes que cualquier juez real. Trabaja mucho más aprisa (y por lo tanto, tiene más tiempo disponible) y eso le permite explorar caminos e ideas que los demás no pueden; puede seguir no sólo una o dos líneas evidentes al extender el campo de estudio de casos sino todas las líneas posibles. Ese es el sentido en el que puede aspirar a mucho más que ellos: puede aspirar a una teoría comprensiva, mientras que la de ellos debe ser parcial. Sin embargo, no puede internarse en los misterios trascendentales que son opacos para ellos. Sus juicios de concordancia y de moralidad política están hechos de la misma materia y tienen el mismo carácter. Hace lo que harían los demás si tuvieran que dedicar su carrera a una sola decisión; ellos no necesitan una concepción del derecho diferente de la suya sino habilidades de manejo y de eficiencia que él nunca necesitó cultivar.

Ahora, este crítico adapta su juicio. "De todas formas, Hércules tiene demasiada teoría para casos simples. Los buenos jueces saben que el significado evidente de un estatuto simple, o una regla precisa que se aplica siempre y que jamás se puso en duda en un precedente, es la ley y que no hay nada más que agregar. Sería ridículo y no sólo una pérdida de tiempo, someter estas verdades

indiscutibles a pruebas interpretativas en cada ocasión. De modo que el derecho como integridad, con su pesada y elaborada estructura, es a lo sumo una concepción para casos difíciles. Algo más parecido al convencionalismo es una mejor interpretación de lo que hacen los jueces en los casos fáciles." En derecho, la distinción entre casos fáciles y casos difíciles no es tan clara ni tan importante como pretende el crítico, tal como lo veremos en el Capítulo 9, pero Hércules no necesita ese punto ahora. El derecho como integridad explica y justifica tanto los casos fáciles como los difíciles; y también demuestra por qué son fáciles. Es obvio que el límite de velocidad en California es de 88 km por hora porque es obvio que cualquier interpretación competente del código de tránsito de California lleva a esa conclusión. De modo que los casos fáciles son, para el derecho como integridad, sólo casos especiales de casos difíciles, y la queja del crítico es la única que Hércules podría conceder: que no es necesario hacer preguntas cuando ya conocemos la respuesta.

Escepticismo en el derecho

La objeción del escepticismo interno

Ningún aspecto del derecho como integridad ha sido tan malinterpretado como su rechazo a aceptar la opinión popular de que no existen respuestas correctas únicas en los casos difíciles del derecho. He aquí una declaración representativa de la opinión que Hércules rechaza: "Los casos difíciles son difíciles porque diferentes grupos de principios se adaptan a decisiones anteriores lo suficientemente bien como para ser consideradas interpretaciones elegibles. Abogados y jueces disientirán acerca de cuál de las dos es más equitativa o justa, pero ninguna de las dos partes puede estar "realmente" en lo cierto porque no existen normas de equidad y justicia objetivas que un observador neutral pueda utilizar para decidir entre ellas. De modo que el derecho como integridad llega a la conclusión de que en los casos como el McLoughlin, la ley no existe. Hércules es un fraude porque pretende que sus propias opiniones objetivas son mejores que las de aquellos que disienten con él. Sería más honesto de su parte que admitiera que no tiene fundamentos para su decisión excepto sus preferencias subjetivas."

En el Capítulo 2, hicimos la distinción entre lo que denominé escepticismo externo y escepticismo interno. Aun si el escepticismo externo es acertado como posición filosófica, no representa una amenaza para nuestro caso del derecho como integridad o para los métodos de Hércules de adjudicación bajo el mismo. He sido cuidadoso, tal como dije, al describir el derecho como integridad de una manera impecable desde el punto de vista del escéptico externo. Describí las preguntas que los jueces deberían plantearse, según esa concepción del derecho, y que deberían contestar según sus propias convicciones. El escepticismo externo no niega que estas preguntas tengan sentido; el escéptico externo tendrá sus propias respuestas, las que preferirá a las respuestas de los demás y podrá desempeñar el papel de Hércules tan bien como cualquiera de sus opositores. Sólo objeta ante lo que cree que es una mala descripción del pro-

ceso que busca descubrir verdades interpretativas o morales "allí afuera" o "encerradas en la red del universo". Sin embargo, estas metáforas son representaciones engañosas de lo que alguien quiere expresar cuando dice, por ejemplo, que los principios de la interpretación 5) son en realidad mejor que los de la interpretación 6); esa declaración es una aclaración de su propia opinión interpretativa y no una clasificación filosófica de ella. Así que Hércules podría aceptar no utilizar nunca palabras redundantes tales como "objetivo" o "realmente" para decorar sus juicios, que para él tienen el mismo significado sin estas palabras, y entonces, los escépticos externos ya no tendrían ninguna queja o argumento en contra de su manera de decidir el caso McLoughlin.

Admiti, sin embargo, que el escepticismo interno ofrece una objeción mucho más poderosa a nuestro proyecto, y utilizaré a un nuevo crítico para desarrollar y evaluar dicha sugerencia. ¿Qué formas podría adoptar su escepticismo interno? Hay varias posibilidades. Podría estar de acuerdo, por ejemplo, en que las interpretaciones 5) y 6) pasan la prueba inicial de concordancia correspondiente, pero podría negar que una fuera superior a la otra en moralidad política porque ambas son moralmente incorrectas o porque son irrelevantes en alguna forma fundamental. Sin embargo, el argumento parece inverosímil. Tal vez, rechaza la idea misma de responsabilidad en la negligencia; piensa que nadie causa un mal sin hacerlo en forma maliciosa. Esto no justificaría el escepticismo local acerca de las interpretaciones 5) y 6); aprueba la 6) como superior a la 5), aunque dudosa en sí misma. De modo que debemos imaginarlo pensando que es inapropiado preguntar si las personas tienen el deber de compensar a otras por su negligencia; es el tipo de pregunta equivocado, como preguntar con qué mano la cortesía exige que uno se quite el sombrero. Ni siquiera esto justificaría el escepticismo acerca de la decisión que tomaría Hércules. Si la moralidad no tiene nada que ver con la negligencia, entonces el Estado no puede tener garantía para intervenir y coercer la compensación, y una vez más, este argumento está a favor de la interpretación 6), por lo menos como preferible a la 5), porque la primera permite que el Estado transgreda con menor frecuencia aquello que no le concierne.

Es así como es poco probable que nuestro escéptico crítico nos convenza a través de este tipo de argumento. Podría argumentar a favor del escepticismo interno de un modo distinto, al tratar de demostrar que la práctica legal es demasiado contradictoria como para admitir una interpretación coherente. Hércules sabe que la ley está lejos de tener una total coherencia de principio. Sabe que la supremacía legislativa da fuerza a los mismos estatutos que son incoherentes en principio con otros, y que la división del derecho consuetudinario, junto con la prioridad local, permite incluso allí la incoherencia. Pero supone que estas contradicciones no son tan penetrantes e ingobernables dentro de los departamentos del derecho que haga su tarea imposible. Asume que puede encontrarse un grupo de principios razonablemente verosímiles, pero cada departamento del derecho que deba hacer valer, que se adapte lo suficiente como para ser considerado como una interpretación elegible. Esa es la suposición que ahora objeta el crítico. Insiste en que, por ejemplo, la ley sobre accidentes tiene tantas contradicciones que ninguna interpretación puede adaptarse más que a una parte arbitraria y limitada de la misma.

Esta es una objeción escéptica mucho más fuerte porque ataca la viabilidad

de la integridad en la raíz. Nos obliga a tomar un aspecto del requisito de concordancia que pospuse, la distinción fundamental entre competencia y contradicción de principio. Supongan que Hércules llega a la conclusión, en la variación que corresponde al peor de los casos que acabo de mencionar, que ambas interpretaciones, la 5) y la 6), se adaptan a una parte importante de los antecedentes y ninguna se adapta en su totalidad. Responde con la extensión de su campo y la búsqueda de una interpretación más general de la ley sobre accidentes que aisle y limite esta contradicción. Propone lo siguiente: "Nuestro derecho en su totalidad reconoce dos principios como pertinentes a las pérdidas que se debe permitir que sufran las personas por accidentes. El primero es un principio de compatibilidad colectiva. Sostiene que el Estado tendría que tratar de proteger a las personas evitando que se arruinen a causa de los accidentes, aun cuando el accidente sea ocasionado por su culpa. Este principio es muy aparente en distintos tipos de programas de seguridad reguladora, en los estatutos de compensación para los trabajadores y en los planes de seguro por riesgo a la propiedad y la persona, subsidiados por el Estado, que no están adecuadamente cubiertos en el mercado privado de seguros. El segundo es un principio que distribuye los costos de un accidente entre los actores privados de la obra que lo produjo. Sostiene que las pérdidas por accidentes deberían ser soportadas por la persona que cometió la falta y no la víctima inocente. Este principio es más evidente en la ley sobre negligencia, incluyendo las enmiendas legislativas o suplementos al derecho consuetudinario de negligencia.

"Estos son principios independientes y sería un grave malentendido de la lógica de principio considerarlos contradictorios. No es incoherente reconocerlos a ambos como principios; por el contrario, cualquier visión moral sería defectuosa si negara cualquiera de los dos impulsos. Sin embargo, en algunos casos entrarán en conflicto, y la coherencia requerirá entonces un esquema de prioridad, peso o adaptación no arbitrario, un esquema que refleje sus fuentes respectivas en un nivel más profundo de moralidad política. Un accidente donde el actor negligente quedaría arruinado si fuera responsable por todo el daño causado es un ejemplo de este tipo de conflicto. El primer principio urge al Estado a protegerlo de la pérdida catastrófica porque su responsabilidad sería entonces tanto un accidente para él, a pesar de ser por su culpa, como un accidente industrial, culpa de su víctima. Sin embargo, el segundo principio declara que si cualquiera de los dos actores de la obra debe sufrir, éste debe ser el actor que cometió la falta. Urge al Estado para que lo obligue a compensar por completo a cada una de sus víctimas. Sería una adaptación conveniente de los dos principios que el Estado requiriera al acusado que compensara a algunas víctimas, o algunas víctimas hasta cierto punto, y que luego hiciera el balance de pérdidas para otras víctimas del tesoro público. Pero en ausencia de un estatuto que lo proporcione, o cualquier tradición del derecho consuetudinario de compensación estatal que pudiera ser aprovechada, ésta no es una posibilidad interpretativa. Por el informe que encuentro, estoy limitado a decidir que uno de los dos principios debe ceder en estas circunstancias. Si prevalece el primero, es decisivo para el acusado que la pérdida sea mucho mayor para él, si se impusiera la responsabilidad total, que para cualquier demandante potencial si no se la impusiera. Si prevalece el segundo, la falta del acusado es decisiva en su contra a pesar de la magnitud de su pérdida potencial total.

“Debe concederse (todavía suponemos el peor de los casos) que hasta el momento, el Estado no se ha expresado con unanimidad sobre dichos casos. Algunas decisiones judiciales han permitido que prevalezca el segundo principio sobre el primero, que es la solución que establece la interpretación 5), y algunos han permitido que la primera prevalezca sobre la segunda, en la forma que recomienda la interpretación 6). Mi situación interpretativa es entonces la siguiente: Las restricciones de concordancia me exigen que encuentre un lugar en cualquier interpretación general de nuestra práctica legal para los dos principios más abstractos de compatibilidad y responsabilidad. Ninguna interpretación que negara cualquiera de los dos sería razonable; no se podría satisfacer la integridad si se negara por completo alguna de ellas. Sin embargo, la integridad requiere alguna solución para su impacto competitivo en casos de accidente cuando la responsabilidad ilimitada sería desastrosa, una elección que nuestra práctica no ha hecho pero que debe surgir, como un juicio posinterpretativo, de mi análisis. La integridad requiere esto porque también exige que continúe con la historia general, donde los dos principios tienen un lugar definido, de la mejor manera posible y tomando todo en cuenta. Según mi opinión, esto se hace mejor al situar el segundo principio por encima del primero, por lo menos en los casos de accidentes automovilísticos cuando el seguro de responsabilidad puede conseguirse en forma privada y en términos sensatos. Hago esta elección porque creo que a pesar de que el impulso detrás de los dos principios es atractivo, el segundo es más poderoso en estas circunstancias. Ello exige que declare como errores un cierto número de decisiones judiciales anteriores y que las invalide si mi jurisdicción me lo permite. Pero el número de decisiones que debo contar como errores no es de gran, o fundamental importancia, visto desde la perspectiva de la práctica legal, que el hecho de pasarlos por alto no me deja una base sólida para la interpretación más general que acabo de describir.”

Estudios críticos legales

El escéptico interno no necesita aceptar este argumento, pero debe enfrentarse a él. Hércules supuso que los dos principios abstractos que identificó podían convivir cómodamente en la misma interpretación general de nuestra práctica legal, aun cuando a veces están en conflicto. El escéptico podría objetar esta declaración y argumentar que los principios son más antagónicos de lo que Hércules reconoce, que provienen de dos visiones incompatibles de la acción o responsabilidad humana y por lo tanto, no pueden estar juntos en un esquema de gobierno coherente. Desde esa perspectiva, el conflicto entre ellos no es un problema práctico ocasional sino un síntoma de una profunda esquizofrenia doctrinal. Algunos profesores de derecho, en particular los que no son totalmente norteamericanos, comienzan a hacer esa crítica sobre las prácticas legales de su comunidad. (16) Sólo ven una contradicción filosófica donde Hércules espera mostrar un sistema.

Los “estudios críticos legales”, que es el nombre de su movimiento, se definen hasta el momento por suscripción: sus acólitos se reúnen en conferencias cuyos propósitos incluyen el de decidir qué es el movimiento. (17) Comparten actitudes importantes sobre la educación legal; esperan “desmitificar” el derecho para los estudiantes de derecho al recordarles lo que la jurisprudencia nor

teamericana ha enfatizado durante varias décadas y esto es que la convicción política juega un papel importante en la adjudicación y que el cuerpo del derecho en cualquier momento refleja ideología, poder y también lo que erróneamente se denomina "lógica". También tratan de que los estudiantes de derecho sean más sensibles a otras disciplinas, en particular la lingüística francesa y la metafísica hegeliana. Sus actitudes políticas los sitúan, como grupo, a la izquierda del espectro político norteamericano (han sido particularmente activos en distintos aspectos de la política de las escuelas de derecho) y mucho de lo que escriben se opone a lo que ellos consideran desarrollos conservadores en la teoría legal. Se oponen en especial al otro movimiento académico más importante en la educación legal actual de Norteamérica, llamado a veces el enfoque económico del derecho, que estudiaremos en el Capítulo 8.

En todo esto, salvo en su tímida postura izquierdista y su elección particular de otras disciplinas que celebrar, los estudios críticos legales se parecen al movimiento más antiguo del realismo legal norteamericano, y aún es demasiado pronto para decidir si es más que un intento anacrónico para hacer florecer ese movimiento una vez más. Gran parte de su retórica, como la del realismo legal, proviene del escepticismo externo: a sus miembros les gusta hacer acusaciones cortas de "objetivismo", de "metafísica de derecho natural" o de la idea de valores "allí afuera" en el universo. Sin embargo, lo más prometedor escapa a los límites del realismo legal al aspirar a la forma global y amenazadora del escepticismo interno que acabo de describir. Sostiene que nuestra cultura legal, lejos de tener una forma dispuesta a aceptar una justificación de principio uniforme y coherente, sólo puede captarse a través de la métrica infértil de la contradicción. Rechazaría, tal como afirmé que lo haría un escéptico interno, la última descripción de Hércules de principios independientes, aunque a veces conflictivos, respecto de las pérdidas individuales en los accidentes. Los estudios críticos legales contarían una historia diferente: de dos ideologías profundamente antagónicas dentro del derecho, una proveniente tal vez, de impulsos comunitarios de altruismo e interés mutuo y la otra, de ideas contradictorias de egoísmo, autosuficiencia y moralismo.

Lamentablemente, gran parte de la literatura de los estudios críticos legales anuncia en lugar de defender estas afirmaciones, como si fueran evidentes en sí mismas. Esto puede reflejar un serio malentendido con respecto al tipo de argumento necesario para establecer una posición escéptica: el argumento debe ser interpretativo en lugar de histórico. Los historiadores críticos legales describen el derecho en forma genética rastreando distintas partes de la doctrina legal a los intereses e ideologías que cada uno situaba originalmente en el derecho, la moldeaba o retenía. Sus blancos son otros historiadores que ofrecen teorías improvisadas que pretenden explicar el desarrollo histórico del derecho como el desdoblamiento de algún diseño funcionalista general; no tienen dificultad al defender, contra estas descripciones improvisadas, un enfoque menos estructurado de la explicación causal en el derecho, un enfoque más permisivo de eventualidad y accidente. (18) Su trabajo es útil para Hércules y lo negaría bajo su propio riesgo porque le recuerda que nada en la forma en que fue producida su ley garantiza el éxito de que encuentre una interpretación coherente de ese trabajo. Sin embargo, la historia tampoco garantiza su fracaso, porque sus ambiciones son interpretativas en el sentido apropiado a los fundamentos filosó-

ficos del derecho como integridad. Trata de imponer el orden por encima de la doctrina, y no de descubrir el orden en las fuerzas que la crearon. Lucha por un grupo de principios que ofrecer a la integridad, un esquema para transformar los distintos lazos en cadena del derecho en una visión del gobierno con una voz unánime, aun cuando esto sea muy diferente de las voces de los líderes del pasado. Podría fracasar (hemos estado señalando las formas en que podría hacerlo) pero su fracaso no está asegurado por nada de lo que enseña la historia, aun la más cuidadosa y sensible. Existe un segundo estilo, más filosófico, en la literatura de los estudios críticos legales que es más apropiado porque sus reclamos son entendidos con mayor facilidad como interpretativos. Su objetivo no sólo es demostrar que las distintas ideologías produjeron distintas partes del derecho sino que cualquier justificación contemporánea competente de estas diferentes partes mostraría necesariamente contradicciones fundamentales de principio, que Hércules debe fracasar al imponer una estructura coherente al imperio de la justicia en su totalidad. Sin embargo, este escéptico reclamo interpretativo es poderoso y pertinente sólo si comienza por donde lo hace Hércules: debe sostener haber buscado una interpretación menos escéptica y haber fracasado. Nada es más fácil o más inútil que demostrar que una descripción defectuosa y contradictoria es tan válida como una más atractiva y con menos defectos. El escéptico interno debe demostrar que la descripción defectuosa y contradictoria es la única disponible.

Liberalismo y contradicción

¿Existe un camino rápido para llegar a esa declaración ambiciosa y negativa? Los estudios críticos legales tratan de encontrar uno en lo que parecen ser los errores filosóficos de la teoría política liberal. Este argumento tiene dos pasos. En primer lugar, sostiene que la estructura constitucional y las principales líneas doctrinales de las democracias occidentales modernas sólo pueden ser justificadas como la elaboración de una perspectiva fundamentalmente liberal de la personalidad y la comunidad. Insiste en que la distinción entre adjudicación y legislación, prominente en dicha estructura, refleja una concepción liberal de la libertad; señala, por ejemplo, las características del derecho privado de contratos, agravios y propiedad que ponen en vigor ideas liberales de responsabilidad individual. El segundo sostiene que el liberalismo, como un sistema filosófico que combina ideas metafísicas y éticas, es profundamente contradictorio y que las contradicciones del liberalismo aseguran por lo tanto el caos y la contradicción de cualquier interpretación disponible de nuestro derecho, la condena del proyecto de Hércules. Este es un argumento excitante, y cualquiera atraído por el liberalismo pensará que el primer paso es obligatorio. Sin embargo, los argumentos para el segundo paso, acerca de la incoherencia del liberalismo, hasta el momento, no han sido más que fracasos espectaculares y vergonzosos. Comienzan y terminan con una descripción defectuosa acerca de lo que es el liberalismo, una descripción que no se basa en ninguna interpretación verosímil de los filósofos que consideran liberales. (19)

Más aun, parecen ignorar por completo la distinción que a nosotros nos pareció crucial para cualquier argumento internamente escéptico, la distinción entre competencia y contradicción de principios. Este fracaso es también notable

en los ejercicios más detallados y doctrinales de los estudios críticos legales, incluyendo algunos cuya única función es la de criticar el derecho como integridad. Cito y discuto un ejemplo reciente en una nota, en forma bastante extensa, porque trata justo la parte del derecho que hemos utilizado como nuestra ilustración principal en este capítulo. (20) Deberían rescatarse los estudios críticos legales de estos errores porque sus ambiciones escépticas generales, entendidas a la manera del escepticismo interno, son importantes. Tenemos mucho que aprender del ejercicio crítico que proponen, tanto de sus fracasos como de sus logros. Sin embargo, esto supone que sus objetivos son aquellos del derecho como integridad, que trabaja para descubrir hasta qué punto los jueces tienen caminos abiertos (si es que los tienen) para mejorar el derecho mientras que respetan las virtudes de fraternidad para la cual trabaja la integridad. Estos son los objetivos de por lo menos algunos miembros del movimiento. (21) Otros pueden tener un objetivo diferente y opuesto. Pueden querer mostrar el derecho bajo su peor perspectiva en lugar de la mejor, mostrar caminos cerrados que en realidad están abiertos, y avanzar hacia una nueva mistificación al servicio de objetivos políticos secretos.

8. El derecho consuetudinario

La interpretación económica

En el último capítulo, utilizamos a Hércules para investigar una sola cuestión en la ley sobre accidentes. En este capítulo, lo dejaremos descansar para luego darle más trabajo; estudiaremos la ley sobre accidentes en una forma más abstracta y académica, tratando de hallar una justificación más profunda, general y filosófica para el principio de "prudencia razonable" sobre el cual se basó. Hace poco tiempo, un extenso alegato interpretativo ha estimulado a los abogados de los Estados Unidos, y también ha sido notado en Inglaterra, y se denomina teoría "económica" del derecho por daños no-intencionales. Este ofrece una interpretación general de las decisiones que nuestros jueces tomaron acerca de accidentes, perjuicios y otros daños no-intencionales. (1) La clave de estas decisiones se encuentra en el principio "económico" de que las personas siempre deberían actuar en la forma que sea más económica desde el punto de vista financiero para toda su comunidad. Supongan que puedo evitar lastimar a una persona si coloco un dispositivo de seguridad en mi automóvil. Si no lo hago y hiero a alguien, bajo este principio, debo compensar a esa persona por las pérdidas sufridas si el dispositivo de seguridad me hubiera costado menos que el costo "deducido" del accidente, es decir, el costo deducido por la posibilidad de que podría no ocurrir incluso sin el dispositivo. Sin embargo, no tendré que compensar a esa persona si el costo de la instalación de dicho dispositivo hubiera sido superior al costo deducido del accidente. (2)

El bienestar de la comunidad y el teorema de Coase

La teoría económica sugiere que la mejor interpretación de los casos de accidentes la proporciona el principio económico. Por lo tanto, debemos estudiar dicho principio preguntando qué decisiones sobre quien debería pagar los costos de los accidentes, tomaría un gobernante que lo aceptara como soberano. En primer lugar, necesitaría una definición de bienestar de la comunidad para poder determinar cuáles son las decisiones que le cuestan menos a la comunidad. La teoría económica ofrece una definición un tanto especial (y en muchas formas contra-intuitiva) para este propósito: el bienestar de una comunidad es el valor de todos sus bienes y servicios, y el valor de algo es la cantidad máxima

en dinero o el valor en dinero que una persona estaría dispuesta y podría pagar por ello. Si existe un precio de mercado para algo, su valor será el de dicho mercado; si no existe el mercado adecuado, su valor será aquel que las personas estuvieran dispuestas y pudieran pagar. De ello surge que las transacciones comerciales mejoran el bienestar de la comunidad. También, que cuando las transacciones comerciales son imposibles, se mejora el bienestar si el público "simula" mercados comportándose como si tuviera los derechos y deberes que tendría si la negociación fuera posible y fuese utilizada. (3)

Ahora podemos preguntar en qué forma un gobernante que haya aceptado el principio económico y esta definición de bienestar comunitario establecería preceptos de ley que fijaran la responsabilidad por accidentes. Consideren un tipo de accidente que solía ocupar a las cortes. Un tren que pasa a toda velocidad junto a una granja despidе chispas que encienden y destruyen los cultivos plantados cerca de las vías. ¿El granjero debe soportar la pérdida? ¿O la compañía ferroviaria debe compensarlo? ¿Qué precepto establecería un legislador informado y ansioso por mejorar el bienestar de la comunidad? Imaginen que los factores económicos son los siguientes (llamémoslo caso 1). Si la compañía ferroviaria disminuye la velocidad del tren de forma tal que no arroje chispas, la ganancia de dicha compañía será de mil dólares menos. Si el tren corre a la velocidad que es más conveniente para la compañía, el granjero perderá cosechas que le dejarían una ganancia de mil cien dólares. En estas circunstancias, la comunidad es más rica (según la definición estipulada de bienestar comunitario) si el tren disminuye la marcha. Ahora supongan (caso 2) que los factores económicos cambian. Si el tren disminuye su marcha, la compañía pierde una ganancia de mil cien dólares y si no lo hace, el granjero perderá una ganancia de sólo mil dólares. Ahora, la comunidad es más rica si el tren corre y se quema la cosecha. De modo que una persona ansiosa por mejorar el bienestar de la comunidad establecería reglas de responsabilidad para los dos casos. En el primer caso, haría responsable por el daño ocasionado a la compañía ferroviaria, de modo que el tren tendría que disminuir su marcha; y en el segundo, le exigiría al granjero que soportara la pérdida, así que el tren no disminuiría la marcha.

Pero bajo otra suposición sobre los factores económicos, la regla que eligiera para cualquiera de los casos no afectaría el bienestar de la comunidad, por sorprendente que esto parezca. (4) Esta es la suposición de que (en el lenguaje de los economistas) los costos de transacción entre la compañía ferroviaria y el granjero son nulos, es decir que a ninguna de las dos partes le costaría nada negociar un acuerdo privado cambiando los resultados de la disposición que hubiera implantado el legislador. Si los costos de la transacción son nulos y la compañía ferroviaria es responsable por los daños en el caso 2, el tren seguirá corriendo y produciendo todo el bienestar para la comunidad que habría producido si no hubiese sido responsable. Seguirá corriendo porque la compañía ferroviaria le ofrecerá al granjero una suma que oscile entre los mil y mil cien dólares para que no plante sus cosechas cerca de las vías (o para que no los demande por pérdidas si lo hace), y el granjero aceptará la oferta. Hacen dicho trato porque ambos se benefician: la compañía ferroviaria salva la diferencia entre lo que ofrece y los mil cien dólares que perdería si disminuyera la marcha del tren, y el granjero gana la diferencia entre dicha suma y los mil dólares que ganaría con la cosecha de maíz. Del mismo modo, en el caso 1, si el legislador deja

la pérdida para el granjero en lugar de hacer responsable a la compañía ferroviaria, el granjero seguirá cultivando su cosecha y la comunidad será igual de rica que si tomara la decisión opuesta. Pero ahora, el granjero le ofrecerá a la compañía ferroviaria una suma que oscile entre los mil y mil cien dólares para que el tren disminuya la marcha, y la compañía aceptará la oferta porque ganará la diferencia entre la oferta y los mil dólares que pierde por disminuir la velocidad del tren.

De modo que bajo la suposición de la transacción-costo-nulo, la regla que elija el legislador no afecta el bienestar general de la comunidad. Por supuesto que hay diferencia para la compañía ferroviaria y para el granjero según la regla que elija. Si hace responsable a la compañía de seguros en cualquiera de los casos, la compañía será más pobre y el granjero más rico que si no la responsabiliza. Pero ésa es en sí una cuestión de indiferencia con respecto a la prueba de riqueza. Esa prueba se refiere a la riqueza total de la comunidad, que no se ve afectada por las transferencias de un grupo a otro a menos que, por alguna razón especial, éstas aumenten o reduzcan el total. Sin embargo, pueden preguntarse acerca de la importancia práctica de que la regla que se elija no afecte el bienestar de la comunidad si los costos de transacción son nulos, porque nunca lo son. Aun si el granjero ha leído libros sobre derecho en sus horas de ocio y por lo tanto no necesita contratar a un abogado para que negocie por él, podría estar leyendo catálogos de semillas en lugar de preguntarse si debe ofrecer mil cincuenta o mil setenta y cinco dólares. Si los costos de transacción son bastante altos, evitarán un trato que mejoraría el bienestar de la comunidad. Supongan que la legislatura ordenó que los trenes compensen a los granjeros en circunstancias similares a las del caso 2, y a las partes les costaría más de cien dólares negociar un acuerdo bajo el cual el granjero no cultivaría cerca de las vías. Entonces, ese acuerdo no se haría (los costos de la transacción se llevarían las ganancias anticipadas de por lo menos una de las partes), de modo que el tren no correría y la comunidad sería más pobre como consecuencia de ello.

Sin embargo, el ejercicio teórico de imaginar que los costos de transacción son nulos no deja de ser importante, según la interpretación económica, porque identifica el rol fundamental que juegan estos costos y revela el siguiente consejo práctico acerca de cómo un legislador que acepta el principio económico debería decidir, suponiendo que deba elegir entre una disposición terminante que haga responsable a los trenes por todas las cosechas quemadas por sus chispas y una disposición terminante que niegue toda responsabilidad de ese tipo. Debe elegir cuál es la regla que piensa estará más cerca de producir la pauta general de la actividad económica (los trenes que disminuyen la velocidad o las cosechas que no se plantan) que las distintas compañías ferroviarias arreglarían a través de un contrato si los costos de transacción fuesen nulos. Pero también tiene que tomar en cuenta los posibles costos de transacción para facilitar acuerdos en esas situaciones discretas y especiales donde los factores económicos son contrarios a su predicción general. (5) Si piensa, por ejemplo, que sería más económico para la compañía ferroviaria iniciar y dirigir la negociación cuando los hechos se dan como en el caso 2 que si lo hiciera el granjero cuando se dan como en el caso 1, ello habla a favor de imponer la responsabilidad en forma general a las compañías ferroviarias en lugar de dejar que los granjeros sufran la pérdida. De esta manera, un legislador aumenta al máximo

el bienestar de la comunidad al tratar de medir lo que la verdadera negociación habría producido, de ser posible.

Complejidades

El hombre razonable

Un legislador no siempre necesita elegir entre disposiciones generales terminantes de ese tipo. Un análisis económico más sofisticado podría mostrar que una regla más compleja, más sensible al equilibrio de los factores económicos en ciertos casos en particular, produciría un mayor bienestar para la comunidad. Supongan que si el Vulcan Express corre a su máxima velocidad posible sobre su ruta particular destruirá mil cien dólares en cultivos plantados cerca de sus vías; si se desplaza a la velocidad necesaria para evitar las chispas, la compañía ferroviaria perderá mil dólares. Pero si corre a una velocidad intermedia de por ejemplo, 110 km por hora la compañía ferroviaria perderá ganancias de quinientos dólares, y al haber menos chispas, sólo destruirá el valor de cuatrocientos dólares en granos. En este caso, el bienestar de la comunidad es mayor que en cualquiera de los dos casos anteriores, y de esta forma un legislador haría mejor en elegir, por la prueba de riqueza, una disposición que hiciera responsable al tren por dichos daños sólo si excediera el límite de velocidad de 110 km por hora. Sin embargo, podría tener una mejor velocidad para elegir. Y aun si tuviera todos los elementos necesarios para elegir la velocidad óptima del Vulcan Express en su ruta, ésa podría ser la velocidad equivocada para el Thor Flyer, que se desplaza por un terreno muy diferente.

Quizás, un legislador tipo Hércules con un horario adecuado podría establecer la velocidad óptima para cada tren en forma separada. Pero cualquier disposición que dicte será obsoleta en poco tiempo. Pues la velocidad óptima dependerá de la tecnología, que es cambiante, de la compleja economía del transporte de pasajeros y de carga, y del precio del grano, entre otros datos fluctuantes. Además, el problema de los trenes que se desplazan junto a terrenos cosechados que pueden quemarse por las chispas es sólo un ejemplo del tipo de conflicto que ahora estamos considerando. Existen otros innumerables tipos de circunstancias en las que una persona, que persiga una actividad por otra parte legal, puede causar un daño no-intencional a otra persona. Un músico ejecuta música *rock* cuando su vecino está tratando de estudiar álgebra. Un poeta hace rugir su Maserati por rutas donde caminan personas. Un constructor hace una excavación en su terreno y accidentalmente corta la línea de alimentación subterránea de una fábrica a cierta distancia de allí. Un gobernante que quiere que la ley que gobierna estas distintas formas de daño no-intencional aumente el bienestar general de la comunidad necesita una disposición general del siguiente tipo. Cualquier persona cuya actividad provoque daños no-intencionales a otra persona o a sus bienes será responsable de dicho daño si su actividad, bajo esas circunstancias, no era razonable, y una actividad no es razonable si el costo marginal de evitar dicha actividad es menor que el costo del daño que dicha actividad amenaza causar a otros.

Esta regla general y abstracta fuerza a las personas que se hallan en la posición de las compañías ferroviarias a calcular por sí mismas el balance del costo social al decidir, por ejemplo, a qué velocidad conducir cada uno de sus trenes y a volver a hacer el cálculo cada tanto a medida que cambia la tecnología y los distintos componentes de la oferta y la demanda. Sin embargo, existe un peligro latente en esta disposición. Nuestro legislador no quiere que la gente gaste demasiado dinero o tiempo al tratar de calcular las consecuencias económicas de alguna actividad, porque eso en sí reducirá el bienestar de la comunidad. Por lo tanto, estipula que los cálculos de los costos relativos reflejen hechos y opiniones que una persona "razonable", que dedique una cantidad "razonable" de tiempo y de gastos para dicho cálculo, sabría o tendría. Una vez más, la prueba sobre lo "razonable" será acerca de si la comunidad sería más rica si las personas dedicaran todo ese tiempo y esos gastos en tales circunstancias. El bienestar de la comunidad se incrementa al máximo al alentar actividades que, en el transcurso ordinario y sobre la base de la información disponible de inmediato, mejoran ese bienestar, y no al forzar a la gente a que examine las consecuencias económicas de cada acto individual en cada circunstancia.

De manera que una prueba efectiva de aquello que es "razonable" evitaría a algunas personas la responsabilidad a pesar de que causarían más daño de lo que les habría costado evitar la actividad causante del daño. Supongan que una compañía ferroviaria ha calculado, utilizando la información disponible en forma inmediata, que el costo por disminuir la velocidad sería mayor que el valor del trigo y otras cosechas que pudiera destruir. Sin embargo, un granjero ha guardado su colección privada de pinturas del Renacimiento cerca de las vías, bajo una gruesa capa de paja, que se quemó. Habría sido más económico para la comunidad que este tren hubiera reducido su velocidad. Pero si la compañía fuese responsable de dicho daño, tendría que hacer un cálculo estimativo acerca de la pérdida que podría causar este tipo de accidentes a bienes valiosos y desconocidos que por lo general no se encuentran en las granjas. Esto resultaría más costoso y menos preciso que la suma de las investigaciones que cada granjero haría sobre los costos relativos de guardar sus bienes valiosos e inusuales en otro lugar, o comprando un mayor seguro si corriera el riesgo de tal pérdida. (6)

Negligencia contribuyente

Consideren ahora otra posibilidad. Tal vez, el bienestar de la comunidad mejoraría si los trenes sólo fueran responsables de algunos de los daños causados por sus chispas, aun sin que fuera razonable que corrieran a la velocidad que lo hicieran. Supongan que un tren corre a una velocidad de 240 km por hora, lo que no es razonable pues pone en peligro las cosechas que son más valiosas que las ganancias marginales obtenidas por correr a esa velocidad; las chispas incendian los cultivos pero sólo porque el granjero había esparcido un fluido más liviano en la zona. Nuestro legislador podría considerar tres disposiciones para ese tipo de situaciones. Podría decir, en primer lugar, que como la actividad del tren no era razonable, tendría que hacerse responsable de todos los daños que dicha actividad ha causado, incluso el daño que no habría sucedido si el granjero no hubiera actuado con tanta negligencia. En segundo lugar, podría

decir que como la negligencia del granjero fue una parte importante de la cadena causal, tendría que soportar toda la pérdida porque ha actuado, tal como lo expresa la frase desarrollada para explicar este punto: con “negligencia contribuyente”, la cual asigna la pérdida a todas las partes que se hayan comportado en forma irrazonable en una situación particular según lo irrazonable que se haya comportado cada uno, hasta qué punto esa conducta irrazonable contribuyó al accidente, o una combinación de ambas. Una pregunta interesante y compleja de economía es saber cuál de estas distintas disposiciones acerca de la compensación, cuando más de una parte se comporta en forma irrazonable, contribuiría más al bienestar de la comunidad.

La cuestión de concordancia

Los campeones de la teoría económica tratan de mostrar (con mayor detalle y en una forma más sutil, señalando las limitaciones y dificultades que he omitido) lo que mi argumento ha comenzado a sugerir. Debido a las distintas reglas y planes que he descrito (aquellos que un legislador preocupado por incrementar al máximo el bienestar general de la comunidad consideraría al formular una ley sobre accidentes) son reglas formuladas por jueces anglo-norteamericanos y discutidas en los periodos formativos de la ley moderna sobre negligencia, y estas disposiciones siguen conformando las principales doctrinas de la ley sobre accidentes en la mayoría de las jurisdicciones. Si es verdad que un legislador dedicado al principio económico habría establecido las normas familiares de nuestra propia práctica legal, como la disposición del “hombre razonable”, y las reglas sobre causas inmediatas, previsibilidad, negligencia contribuyente, negligencia comparativa y alcance de los daños, entonces, la interpretación económica ha pasado una prueba importante. Ha cumplido con un razonable requerimiento inicial de concordancia. Nadie declararía una concordancia perfecta, pues estas reglas suelen variar, por lo menos en detalle, de una jurisdicción a otra. Varios prominentes abogados académicos sostienen una concordancia muy sustancial, y esa declaración es muy discutida. Los críticos de la interpretación económica sostienen que, con un estudio más detallado, los preceptos que las cortes han desarrollado sobre la negligencia y el resto no incrementan al máximo el bienestar de la comunidad y que un legislador dedicado al incremento de dicho bienestar habría elegido reglas diferentes. (7) El debate ha llevado la teoría económica a las páginas de las revistas de derecho e incluso a algunas opiniones judiciales y ha ocasionado la aparición de pericia en el análisis económico formal. (8)

Supongan, por el bien de nuestro proyecto general, que la interpretación económica se adapta bastante a la ley sobre accidentes como para ser considerada una buena interpretación de ese punto. Esto no significa que los jueces anteriores hayan tenido en mente el incremento del bienestar comunitario. Si, por ejemplo, la regla de la negligencia contribuyente incrementa al máximo el bienestar de la comunidad depende de análisis matemáticos más sutiles, que muy pocos de estos jueces hubiesen comprendido. Sin embargo, una interpretación no necesita ser coherente con actitudes u opiniones judiciales del pasado, con la forma en que los jueces consideraban lo que hacían, para ser considerada como una interpretación idónea de lo que en realidad hicieron. Algunos abogados

piensan, tal como lo señalamos en el Capítulo 7, que una interpretación no es aceptable a menos que sea coherente con la retórica judicial y la opinión del pasado así como con las decisiones actuales. Sin embargo, parece más razonable considerar ese tipo de concordancia como un deseo que podría ser excedido por otros al decidir si una interpretación es adaptable o no. De modo que no podemos rechazar la interpretación económica sobre la base de que habría sorprendido a los jueces cuyas decisiones propone interpretar.

La cuestión de justicia

Teoría académica y práctica

Una buena interpretación no sólo debe adaptarse sino también justificar la práctica que interpreta. Las decisiones judiciales que hemos descrito fuerzan a unas personas a compensar a otras por las pérdidas sufridas porque sus actividades, por otra parte legales, están en conflicto y como estas decisiones se toman después del hecho, sólo están justificadas si es razonable suponer que las personas responsables por el daño deberían haber actuado de otra manera o deberían haber aceptado la responsabilidad por el daño que causaron. De modo que sólo pueden justificarse las decisiones al desplegar algún esquema general de responsabilidad moral que los miembros de una comunidad hubieran juzgado correcto tener, de no lastimar a los demás o de asumir la responsabilidad financiera por sus actos. ¿Podemos hallar un esquema de responsabilidad razonable, una descripción razonable de cómo debería comportarse la gente, que sugiera que la responsabilidad depende de la prueba de mercado simulada?

Necesitamos hacer otra distinción más: entre lo que podríamos denominar la elaboración práctica y la académica de una teoría moral. Las personas que se basan en un esquema de responsabilidad personal para los accidentes, guiadas por una teoría moral abstracta, no tratarían de definir reglas muy concretas que captaran con exactitud lo que la teoría abstracta requeriría en cada circunstancia imaginable si fuera elaborada por un filósofo moral académico que pudiera tener en cuenta todos los matices de los hechos. Si lo hicieran, producirían demasiadas reglas para entender y dominar. Tendrían dos opciones que podrían combinar. Podrían establecer reglas utilizando palabras como "razonable bajo las circunstancias", que requieren cálculos más específicos en ciertas ocasiones en particular, o podrían formular reglas imperfectas, claras en sí mismas, que ignoraran sutilezas. Buscamos entonces una teoría moral cuya elaboración práctica en lugar de académica requiera preceptos de ley que simulan el mercado. Sin embargo, cuando inspeccionamos cualquiera de esas teorías, para ver si es razonable como teoría moral, debemos estudiar su elaboración académica porque aquello que nos interesa no son los ajustes prácticos que se requieren para hacer la teoría más manuable y eficiente en la política y la vida diaria, sino una cuestión muy diferente que es si aceptar o no la teoría en primer lugar. La elaboración académica es lo que revela la verdadera naturaleza o carácter de una teoría moral. Veremos la importancia de esta distinción una vez que consi

deremos la defensa más natural, debido a su simpleza, de las reglas que simulan mercados sobre una base moral.

¿Tenemos el deber de incrementar el bienestar al máximo?

Esta defensa se basa en un argumento de dos pasos. 1) Las personas tienen el deber moral de aumentar el bienestar de toda la comunidad en lo que hagan y el correspondiente derecho moral de que los demás actúen de esa forma. 2) El bienestar de la comunidad se basa en su riqueza general según la definición que describí anteriormente; una comunidad siempre es mejor cuando es más rica en ese sentido. El segundo paso de este argumento es absurdo, tal como nos damos cuenta al considerar la elaboración académica de la declaración que dice que una sociedad más rica es necesariamente mejor. (9) Supongan que un hombre pobre y enfermo necesita remedios y por lo tanto, está dispuesto a vender su libro preferido, su única fuente de placer, para obtener los cinco dólares que cuestan los remedios. Su vecino está dispuesto a pagar diez dólares por el libro si fuera necesario, porque es el famoso (y rico) nieto del autor, y si autografía el libro podrá venderlo a once dólares. Según la definición económica de bienestar comunitario, la comunidad sería más rica si la policía le quitara el libro al hombre pobre y enfermo y se lo diera a su rico vecino, dejando al pobre hombre sin libro y sin remedios. La comunidad es más rica porque el libro vale once dólares en las manos del hombre rico y sólo cinco, en las del pobre. La riqueza de la comunidad aumenta si le quitan el libro al hombre pobre, más allá incluso de lo que ganaría si ambos hombres llegaran a un acuerdo, porque una transferencia forzada salva los costos de transacción de dicha negociación.

Esta solución no formaría parte de la elaboración *práctica* de la tesis de que las personas siempre tienen el deber de hacer aquello que más enriquezca a la comunidad. Un gobernante ansioso por proporcionar preceptos de ley que reflejen dicho deber evitaría cualquier regla que permitiera las transferencias forzadas aun en circunstancias como éstas. Supuse que sabemos que el hombre pobre vendería su libro por cinco dólares y el rico pagaría diez. Sin embargo, la mejor manera de descubrir el valor que las personas les dan a las cosas es exigirles que concluyan transacciones. De otro modo, no tenemos forma de probar si en realidad harían lo que afirman. Sin duda, a la comunidad le cuesta más permitir que los vecinos regateen sobre el precio exacto del libro que quitarle el libro al hombre pobre sin la pérdida de tiempo que llevaría el regateo. Pero a la larga, se gana más en precisión al insistir en que las personas regateen, para asegurarse de que la transferencia realmente aumenta la riqueza de la comunidad. De modo que un gobernante que pensara que las personas siempre tienen el derecho de incrementar al máximo el bienestar de la comunidad insistiría en que la ley no permitiera las transferencias forzadas cuando fuera posible una negociación. Sin embargo, nuestro simple argumento contra el deber de incrementar el bienestar se mantiene, porque el objetivo del argumento no es demostrar que ese deber produciría resultados aterradores en la práctica, sino que aquello que recomienda, si esto fuera posible, está profundamente equivocado en principio. Aun si estuviéramos seguros de que el hombre rico pagaría más de lo que el pobre le cobraría, de forma tal que el bienestar de la comunidad aumentaría por el solo hecho de quitarle el libro al hombre pobre y entre-

gárselo a su vecino rico, no consideraríamos que esta situación es más justa o la comunidad mejor después de una transferencia de ese tipo. Entonces, aumentar la riqueza social no necesariamente hace que la comunidad sea mejor.

El deber utilitarista

Un argumento utilitarista

Si existe un buen argumento moral para el aumento de la riqueza, el enfoque de simulación de mercado para la responsabilidad personal, éste debe de ser más complicado que aquel simple que acabamos de rechazar. A continuación, consideraremos si un argumento podría encontrarse en la teoría moral popular del utilitarismo que sostiene que las decisiones políticas deberían apuntar a mejorar la felicidad promedio (o el bienestar promedio sobre la base de otra concepción) en la comunidad en general. El argumento utilitarista que estudiamos reconoce el punto que señalé en primer lugar, de que cualquier interpretación razonable sobre las decisiones acerca de accidentes u otros daños no-intencionales debe comenzar en alguna teoría sobre responsabilidad individual por actos y riesgos. (10) Este argumento posee tres pasos. El primero, todos tienen el deber moral general de actuar, en cada decisión que se tome incluyendo aquéllas sobre el uso de la propia propiedad, como si los intereses de todos los demás fueran tan importantes como los propios y los de las personas allegadas como la familia y los amigos. Segundo, las personas actúan en esa forma cuando toman decisiones que mejoran la felicidad promedio de toda la comunidad, intercambiando las pérdidas de felicidad de algunas personas contra las ganancias de otras. Tercero, la mejor elaboración práctica del deber que surge de estos dos primeros pasos, el deber de incrementar al máximo la felicidad promedio, adquiere la forma de reglas que simulan mercados de responsabilidad personal, es decir, reglas que exigen que las personas actúen como si hubieran regateado en negociaciones sin costo, como las que imaginé entre las compañías ferroviarias y los granjeros. Las personas deberían simular los mercados y enriquecer así a la comunidad, no porque una comunidad más rica sea necesariamente más feliz (en promedio) sino porque por lo general lo es, y porque ningún otro código práctico de responsabilidad podría hacer algo mejor por el promedio de felicidad. El argumento utilitarista acepta que las personas no tienen el deber fundamental de aumentar al máximo el bienestar de la comunidad; propone que la mejor comprensión práctica del deber que tienen, el deber de aumentar al máximo la felicidad, se logra actuando como si en realidad tuvieran el deber de incrementar el bienestar al máximo.

Debemos estudiar este argumento en etapas, y comenzaremos con su tercer paso. Este declara que si los ciudadanos aceptan y siguen reglas de simulación de mercados y, por lo tanto, de incrementación del bienestar, al decidir si correr el riesgo de herir a otras personas y cuándo asumir la responsabilidad financiera por los daños que causan, esta práctica mejorará la felicidad promedio de los ciudadanos a largo plazo. Esta no es una declaración acerca de las consecuencias inmediatas de ciertos actos en particular, considerados uno a uno. Es

probable que algunas decisiones de simulación de mercados disminuyan la felicidad general. Pero según este punto de vista, la felicidad general aumenta a largo plazo si cada uno sigue las reglas en los casos que estamos considerando. La historia no proporciona ninguna evidencia útil para esta suposición. No confirma que la mejor manera de hacer más feliz a una comunidad es enriquecerla en su totalidad sin ninguna restricción directa de distribución; esa tesis sigue siendo un artículo de fe más popular entre los pobres que entre los ricos. Sin duda, el promedio de las personas tiene un nivel de vida mejor, por lo menos según los puntos de vista convencionales acerca de qué es tener un buen nivel de vida, en las naciones prósperas que en las pobres. Sin embargo, la actual cuestión es diferente ¿Tenemos alguna razón para pensar que por lo general, la felicidad promedio mejora en naciones prósperas gracias a una mayor prosperidad, medida por las sumas que sus ciudadanos desean y pueden pagar por los bienes que realizan o comercializan? ¿O no aumentaría dicha felicidad si los ciudadanos aceptaran otras normas de responsabilidad personal, normas que a veces ignoraran la prosperidad por otros valores? Creo que no; estas declaraciones pueden ser verdaderas, pero no poseemos ninguna evidencia convincente de que lo sean.

Sin embargo, podríamos querer suponer que son verdaderas sólo por consideración al argumento que estamos analizando. Debemos entonces volver al segundo paso de dicho argumento y preguntarnos si es correcta su tesis de que tratar a las personas con igual interés significa actuar de modo tal de mejorar la felicidad promedio. Los críticos del utilitarismo inventan historias (a veces muy imaginativas) que parecen poner en duda dicha tesis. Supongan que los fanáticos raciales son tan numerosos y tan sádicos que el hecho de torturar a un hombre negro inocente mejoraría el nivel general de felicidad de toda la comunidad. ¿Esto justificaría la tortura? Los filósofos utilitaristas siempre contestan de la misma manera a estos horribles ejemplos acerca de lo que podría exigir el utilitarismo. (11) Sostienen que un buen razonamiento moral procede en dos niveles. En el primero, o nivel teórico, nuestro objetivo sería descubrir aquellas reglas o principios de moralidad que, como máximas de conducta, pueden proporcionar la mayor felicidad promedio dentro de la comunidad a largo plazo. En el segundo, o nivel práctico, deberíamos aplicar las máximas así elegidas en casos concretos. Deberíamos decidir qué hacer en ciertos casos en particular, no preguntarnos qué decisión puede producir más felicidad sino qué requerirían que hiciéramos las normas elegidas en el primer nivel. Es obvio que, en el primer nivel de la teoría, elegiríamos reglas que condenaran la tortura y el prejuicio racial. Esto explica y justifica nuestra "intuición" de que sería incorrecto satisfacer el sadismo o el prejuicio aun en circunstancias especiales, cuando pensáramos que un cálculo utilitario directo, aplicado sólo a los hechos inmediatos, lo requiriese.

Sin embargo, esta defensa habitual del utilitarismo evita la pregunta difícil. Una vez más, confunde una crítica poderosa de su elaboración académica con un reclamo erróneo sobre su elaboración práctica, sobre las intuiciones morales que alentarían a gobernantes y filósofos para que las cultivaran en las personas corrientes. No es tan difícil imaginar cambios en el clima económico, social o psicológico que no harían de nuestras intuiciones familiares lo mejor que podría inculcar un utilitarista. Los sádicos fanáticos podrían tornarse muy nume-

rosos entre nosotros, su capacidad de placer tan profunda, y sus gustos tan inextirpables que aun en el primer nivel (cuando consideramos qué reglas aumentarían la felicidad a muy largo plazo) estaríamos obligados a hacer excepciones a nuestras reglas generales y permitir sólo la tortura de los negros. No es una buena respuesta que por fortuna no existe la genuina posibilidad de que surja esa situación. Pues esta vez, el objetivo de esas aterradoras historias no es proporcionar una advertencia práctica (de que si el utilitarismo nos seduce podríamos llegar a amparar la tortura nosotros también) sino exponer los defectos en la elaboración académica de la teoría señalando las convicciones morales que siguen siendo poderosas aun en forma hipotética. Si creemos que sería injusto torturar a los negros aun en circunstancias (en extremo improbables) en que ello incrementaría la felicidad promedio, si creemos que dicha práctica no trataría a las personas como iguales, entonces rechazamos el segundo paso de nuestro argumento utilitarista.

Dos estrategias

Supongamos una vez más, en beneficio del argumento, que el segundo paso es razonable, es decir, que tratar a las personas con igual interés significa incrementar al máximo el promedio de felicidad. Volvamos ahora al primer paso. Ahora nos preguntamos, aun si aceptamos los dos primeros pasos, si es razonable suponer que todos tienen el deber moral de actuar siempre en formas que simulen mercados, cuando por alguna razón la verdadera negociación no es posible. Es tiempo de señalar una relación intuitiva entre el incremento al máximo de la riqueza y la igualdad que podría hacer parecer razonable dicha idea. Las doctrinas legales de negligencia y perjuicios que describí dan una nota moral. Parece razonable que cuando los accidentes son posibles las personas deben preocuparse por el interés de cada uno de la misma forma y en el mismo grado que por el propio. Podríamos tratar de explicar esa convicción en dos formas. En primer lugar, podríamos asumir que las personas siempre tienen esa responsabilidad igualitaria, que siempre deben, en todo lo que hacen, considerar los intereses de los demás tan importantes como los propios o los de la familia y amigos. Entonces, la responsabilidad igualitaria que pone en vigor la ley sobre accidentes no es más que una instancia especial de una responsabilidad moral penetrante. Segundo, podríamos tratar de demostrar que, a pesar de que las personas no suelen tener esa pesada responsabilidad, lo hacen en los casos de negligencia o perjuicio, por razones que luego explicaremos.

El actual argumento utilitarista escoge la primera de estas estrategias. Esta supone que siempre debemos, en todo lo que hacemos, tratar los intereses de los demás como si fueran tan importantes como los propios. También ofrece una descripción discutible de lo que ello significa en la práctica, pero aceptamos dicha descripción, en beneficio del argumento, admitiendo el segundo y el tercer paso del argumento. Ahora estamos estudiando el primer paso, que supone que cada uno tiene siempre la intensa responsabilidad moral de mostrar igual interés por los demás. La mayoría de nosotros no acepta esta responsabilidad. Pensamos que somos libres, tanto moral como legalmente, como para preferir nuestros propios intereses y proyectos, y los de un grupo reducido de personas por las que sentimos especiales lazos y responsabilidades asociativas, en las de

cisiones diarias que tomamos al utilizar nuestra propiedad. Aceptamos que a veces *no* debemos favorecernos a nosotros mismos y a aquellas personas cercanas, y en especial aceptamos que no debemos hacerlo en circunstancias de perjuicio o negligencia, sino que debemos considerar que un daño ocasionado a una persona extraña es tan importante como un daño ocasionado a nosotros mismos. Sin embargo, sentimos que por alguna razón estas circunstancias son especiales. Y utilizamos la segunda estrategia para explicarlas.

Más aun, consideramos que las circunstancias de negligencia y perjuicio son especiales, en una forma particular que hace que nuestras responsabilidades morales sean sensibles a nuestras responsabilidades legales. Tendré que explicar esta relación con más detalle y en un lenguaje más apto un poco más adelante en este mismo capítulo, cuando consideremos la descripción no-utilitarista de la ley sobre accidentes y perjuicios que sostendré como superior. Sin embargo, la relación puede ser descrita de manera informal en la siguiente forma: nuestra práctica legal reconoce aquello que a menudo se denomina derechos legales *prima facie* a la propiedad, pero que yo llamaré derechos abstractos. Tengo el derecho legal abstracto de hacer correr mis trenes a lo largo de las vías que poseo del mismo modo que una persona tiene el derecho a cultivar maíz cerca de las vías. Tengo el derecho legal abstracto de utilizar mi apartamento como quiera y por lo tanto, de tocar la trompeta, del mismo modo que otra persona tiene los suyos y por lo tanto, la libertad de estudiar álgebra en paz. Denominamos a estos derechos *prima facie* o abstractos porque sabemos que pueden estar en pugna: el ejercicio de mi derecho puede invadir o restringir el derecho de otra persona, en cuyo caso surge la pregunta de quién de nosotros tiene el derecho real o concreto a hacer lo que desea. Es bajo estas circunstancias (el campo de la negligencia, el perjuicio y otras formas del derecho por daños no intencionales) que creemos surge la responsabilidad igualitaria. Debo decidir según mis derechos concretos (¿puedo hacer correr mi tren o tocar la trompeta aquí y ahora?) en una forma que respete tanto los intereses del otro como los propios, no porque siempre deba actuar en esa forma sino porque debo hacerlo cuando nuestros derechos abstractos se enfrenten. No tengo esa responsabilidad cuando nuestros derechos no compiten. Tomo la mayor parte de las decisiones importantes de mi vida sobre la premisa de que tengo la libertad moral de prestar más atención a mi vida que a las vidas de los demás, aunque ello no signifique que tengo la libertad de ignorar por completo a los demás.

Esa es una declaración equitativa de las actitudes morales ordinarias, que una persona que elija el argumento utilitarista que estamos probando debe confrontar. Podría afirmar que estas actitudes están equivocadas porque muestran un egoísmo indefendible. Podría insistir, por muy radical que esto parezca, en que siempre debemos, en todo lo que hacemos, probar nuestra conducta preguntándonos si consideramos los intereses de los demás con la misma importancia que los propios. Sin embargo, ésa es una declaración poco verosímil, al menos con respecto a la teoría de simulación de mercado sobre aquello que requeriría en la práctica. Casi cualquier decisión que tomamos puede ser considerada como el tema de alguna negociación hipotética, de modo que tendríamos que considerar en forma constante si los demás pagarían más por el hecho de que no hagamos algo por lo cual pagaríamos o podríamos pagar el privilegio de

hacer, y si lo hicieran, tendríamos que abstenernos (aunque sin cobrar nada por hacerlo). Sé, por ejemplo, que muchos profesores de derecho concienzudos sienten la responsabilidad de leer todo lo que sea publicado en la filosofía del derecho y desean por lo tanto que se escriba mucho menos. Parece razonable pensar que si dicha negociación fuera posible y no costara nada, la comunidad académica me pagaría más por no publicar este libro de lo que yo podría pagar por el derecho a publicarlo, porque no podía ganar lo suficiente con los derechos de autor como para pagar su oferta, aun si quisiera hacerlo. Si tuviera la responsabilidad moral de no publicarlo por esa razón, mi vida —en este aspecto y en muchos otros— se derrumbaría en esas actividades en las que quisiera ofrecer más que los otros por el privilegio de hacerlo. La autonomía personal estaría a punto de desaparecer por completo en una sociedad cuyos miembros aceptaran el deber de la simulación de mercado, porque el deber no descansaría nunca.

El simulador del mercado utilitarista podría querer, por lo tanto, considerar un plan de acción diferente. Podría querer apoyarse en la distinción que describí entre los dos niveles de argumento utilitarista; podría querer demostrar que la felicidad en general se beneficia más a largo plazo si las personas no aceptan su estricto requerimiento de considerar siempre los intereses de los demás como si fueran tan importantes como los propios, sino que actúan de una manera más relajada de como actúan en la actualidad. Nunca ha surgido un argumento semejante, y debemos aguardar hasta que se evalúen sus posibilidades de éxito. Sin embargo, cualquier intento puede parecer *ad hoc*. Pues el argumento de dos niveles no sólo debe demostrar que se produciría una mayor utilidad relajando el requerimiento estricto en la práctica, sino que se produce una mayor utilidad al relajar dicho requerimiento en un modo en especial: insistiendo en él cuando, y sólo cuando, los derechos legales abstractos sobre propiedad estén en conflicto. Tal vez, esto pueda demostrarse, aunque no es muy evidente, y existe el peligro de que alguien que lo intente estará de hecho retrocediendo: del hecho de que nuestras prácticas morales hacen esta discriminación a la conclusión no-garantizada de que deben promover la utilidad mejor a largo plazo que cualquier otro esquema posible de responsabilidad.

La interpretación igualitaria

Responsabilidad pública y privada

Tendríamos que buscar un esquema de responsabilidad diferente que también recomiende la conducta de simulación de mercado cuando los derechos legales abstractos estén en conflicto pero no suponga un deber personal el hecho de actuar siempre en forma tal que haga más feliz a toda la comunidad. Hasta el momento, hemos aceptado que como el comportamiento de simulación de mercado disminuye al mínimo las pérdidas financieras entre aquellos afectados por alguna conducta y mejora en consecuencia el bienestar de toda la comunidad, debe ser exigido por dicha razón. Deberíamos explorar otra posibilidad: a pesar de que el comportamiento de simulación de mercado por lo

general mejora el bienestar de la comunidad, es requerido por otra razón. Nuestro argumento ya ha sugerido el carácter general de otra razón. Una persona que se abstiene de un acto sobre la base de que le costaría a su vecino más de lo que se beneficiaría a sí misma, tiene en cuenta el bienestar de su vecino en los mismos términos que los propios; puede pensarse que el deber de actuar de esa forma descansa sobre una base igualitaria.

El argumento utilitarista que acabo de formular explotaba esa idea en una forma. Suponía que cada persona tenía el deber general de considerar siempre los intereses de los demás como si fueran tan importantes como los propios, y de ese deber general deriva el deber de que cada uno actúe siempre en forma tal que enriquezca a la comunidad. Llegamos a la conclusión de que esa derivación era dudosa, pero la aceptamos con la condición de considerar el deber general, que hallamos entonces inverosímil. ¿Podemos explotar mejor la base igualitaria de la ley sobre accidentes si rechazamos el deber general y elegimos la segunda estrategia que distinguí, que se adapta mejor a nuestras instituciones morales ordinarias? ¿Podemos demostrar que el deber de considerar los intereses de los demás con la misma importancia sólo es válido en ocasiones, incluyendo aquellas donde los derechos legales abstractos están en pugna?

Tal como lo dije antes, la mayoría de nosotros cree que no tenemos el deber general de tratar a todos los miembros de nuestra comunidad con igual interés en todo lo que hacemos. Pero creemos que nuestro gobierno, la comunidad personificada, sí lo tiene y en esta responsabilidad pública podríamos esperar encontrar alguna explicación de por qué nosotros como individuos tenemos a veces también ese deber. El gobierno toma decisiones en lo concerniente a la producción, distribución y posesión de bienes y el uso que las personas tienen derecho a hacer de sus bienes. Estas decisiones constituyen un esquema de propiedad, y la responsabilidad del gobierno de tratar a las personas como iguales en todas sus decisiones dirige el esquema de propiedad que crea y hace cumplir. De ahí surge el siguiente problema sobre la actitud permisiva que asumimos como individuos, la actitud que nos permite favorecernos a nosotros mismos y a aquellos seres cercanos a nosotros en el uso que hagamos de la propiedad que ese esquema nos asigna. ¿Por qué el gobierno no debería revocar esa actitud permisiva al adoptar principios de derecho que la prohibieran? ¿Por qué, en el ejercicio de sus responsabilidades igualitarias, no debería adoptar el exigente principio que dije que rechazamos, de que nunca deberíamos utilizar nuestros bienes salvo en formas que reconozcan el igual interés por todos aquellos que hayan guiado al gobierno al designar su esquema?

Debemos pensar más en el alcance y el carácter de ese deber público. Decimos que el gobierno tiene la responsabilidad abstracta de considerar el destino de cada ciudadano con la misma importancia. (12) Las concepciones o teorías de igualdad son respuestas rivales a la pregunta de qué sistema de propiedad cumpliría con esa norma. Debemos entonces comenzar por señalar cómo difieren estas concepciones de igualdad unas de otras, limitando nuestra atención a aquellas que figuran en el argumento político contemporáneo.

Concepciones de igualdad

Las concepciones liberales de igualdad suponen que las personas poseen

derechos “naturales” sobre cualquier bien que hayan adquirido en ciertas formas canónicas y que el gobierno trata a todos como iguales cuando protege la posesión y el uso de dichos bienes. Por otra parte, las concepciones basadas en el bienestar niegan todo derecho natural a la propiedad e insisten en que el gobierno debe producir, distribuir y regular la propiedad para lograr resultados definidos por alguna función específica de la felicidad o bienestar de los individuos. El utilitarismo, en la forma que acabamos de discutir, es una concepción de igualdad que se basa en el bienestar: sostiene que el gobierno trata a las personas como semejantes en su esquema de propiedad cuando sus reglas aseguran el mayor bienestar promedio posible, considerando la felicidad o el éxito individuales de la misma manera. La igualdad de bienestar es una teoría diferente de la misma clase: requiere que el gobierno designe y distribuya la propiedad para que el bienestar de los ciudadanos sea equitativo, en la medida de lo posible.

Un tercer grupo de teorías requiere que el gobierno tenga como objetivos resultados no definidos en el vocabulario del bienestar sino de los bienes, las oportunidades y otros recursos. Dicha teoría (igualdad material) requiere que el gobierno haga que el bienestar material de todos los ciudadanos sea lo más equitativo posible a lo largo de toda su vida. Otra, que denominaré igualdad de recursos, requiere que el gobierno disponga para cada ciudadano la misma cantidad de recursos para que los consuma o invierta como desee. La igualdad de recursos, a diferencia de la igualdad material, supone que la riqueza de las personas debería diferir pues éstas hacen elecciones diferentes acerca de la inversión y el consumo. Supone que si las personas comienzan con la misma riqueza y otros recursos, se preserva la igualdad a través de transacciones mercantiles entre ellas, a pesar de que algunas se hagan más ricas que otras y algunas, más felices a través de estas transacciones. Sin embargo, la igualdad de recursos reconoce que las diferencias de talento son diferencias de recursos y por esa razón busca compensar de alguna manera al menos talentoso más allá del beneficio que le otorgue el mercado. (13)

Ahora debemos hacer una nueva distinción entre estas concepciones familiares de igualdad. Algunas compiten con las ambiciones privadas que las personas pueden perseguir en el uso de sus bienes, de la siguiente forma. Imaginen que el gobierno ha logrado designar el mejor esquema de propiedad disponible sobre cada una de estas concepciones y luego deja a cada ciudadano en libertad para que utilice o cambie los bienes que le fueron asignados bajo ese plan en la forma que desee, libre de cualquier responsabilidad de demostrar igual interés por los intereses de los demás. En algunas de las concepciones que citamos, no en todas, el resultado puede llegar a socavar la forma de igualdad que el esquema aseguraba originalmente. Esto es verdad en los casos de igualdad de bienestar y de igualdad material. Algunos ciudadanos lograrán un mayor bienestar o podrán acumular mayor riqueza que otros a través de sus decisiones y negocios, de modo que la igualdad inicial tanto en el bienestar como en la riqueza será destruida. Es posible, aunque no inevitable, que la concepción utilitarista de igualdad también sea destruida. Un gobierno de gran capacidad y sabiduría podría diseñar un esquema tal que las elecciones que deban hacer las personas, libres para favorecerse a sí mismas, incrementara al máximo el promedio de las utilidades. Pero cuando cambian los gustos y los vínculos, sus elecciones ya no

obtendrán ese resultado, y los cambios en el esquema, a través de una redistribución o de distintas disposiciones reguladoras, serán entonces necesarios para restaurar los resultados utilitarios obtenidos inicialmente. En ese sentido, estas tres teorías (igualdad de bienestar, igualdad material y utilitarismo) hacen que la elección privada compita con la responsabilidad pública, de modo que sus seguidores tienen dificultad para responder a la pregunta que formulé, de por qué el gobierno no debería hacer cumplir algún principio legal general que requiera que las personas eviten las decisiones privadas que perturben la distribución de bienestar o riqueza existente. Sólo pueden resolver este problema demostrando lo que parece inverosímil, que la forma de igualdad que apoyan puede lograrse con mayor constancia y seguridad sin dicho principio que con él. (14)

Las dos concepciones restantes de nuestra lista (liberalismo e igualdad de recursos) no compiten con la ambición privada sino que, por el contrario, son totalmente compatibles con ella. Si las personas poseen derechos naturales de propiedad, y el gobierno identifica con precisión estos derechos y protege su ejercicio, las elecciones que realiza la gente al hacer uso de su propiedad afirmarán en lugar de amenazar aquello que el gobierno ha logrado. Lo mismo sucede con la igualdad de recursos generales. Si el gobierno logra asegurar para cada ciudadano una igual participación en los recursos para que cada persona los use como desee para hacer su vida más provechosa según su propia perspectiva, una vez más, su elección dará resultado en lugar de corromper lo que el gobierno ha hecho. A pesar de que estas dos teorías son muy diferentes, ninguna de ellas condena la actitud permisiva que en un principio hallamos problemática en una comunidad comprometida desde el punto de vista político con la igualdad de interés. Por el contrario, suponen que la igualdad consiste en establecer las condiciones apropiadas para esa actitud y por lo tanto, no pueden ser amenazadas ni corrompidas, una vez que logran establecer estas condiciones, por personas que actúen en la forma que la actitud permite.

Llegamos a esta conclusión preliminar. Nuestras convicciones familiares, que requieren que el gobierno trate a las personas como iguales en el esquema de propiedad que designa, pero no exige que las personas traten a otras como iguales al utilizar aquello que el esquema les asigna, supone una división entre responsabilidad pública y privada. Asumen que tenemos un deber en la política que no perdura como cualquier deber general de la vida privada. Necesitamos una concepción de deber público que torne coherente esta división de responsabilidad, que explique por qué el deber soberano en un reino es mucho menos exigente que en otro. Si consideramos que la división de responsabilidad es importante y fundamental, esto indica una concepción compatible en lugar de competitiva de igualdad al definir la responsabilidad pública, porque las concepciones compatibles explican la división de manera natural y sistemática, mientras que las teorías competitivas sólo pueden explicarla en forma artificial e improbable. (15)

Esta es, en general, una conclusión importante para cualquier interpretación de nuestras prácticas morales y políticas, pero tiene una especial importancia en este capítulo. Recomienda la segunda estrategia para explicar por qué tenemos el deber de tratar a los demás con igual interés en situaciones de perjuicio o de negligencia, la estrategia que acepta que no tenemos el deber

general de tratar así a los demás en todas las situaciones y trata de explicar por qué tenemos ese deber cuando los derechos legales abstractos están en conflicto. La división entre responsabilidad pública y privada con respecto a la propiedad establece una distinción crucial entre las responsabilidades que cada ciudadano tiene en dos tipos de ocasiones: la primera, cuando deciden en qué forma utilizar aquello que el esquema público de propiedad les ha asignado y la segunda, cuando deben decidir *qué* les ha asignado, ya sea porque sus reglas explícitas no son claras o son incompletas o porque los derechos abstractos que despliega están de alguna manera en conflicto. En la primera ocasión en la que un ciudadano puede suponerse con el derecho de actuar por sí mismo o por otros que elija, como miembro de una comunidad de principio cuyo esquema asegura, según el último acuerdo público, lo que juzga son las condiciones para una actitud permisiva y egoísta. Pero en la segunda ocasión no puede permitirse esa libertad, porque entonces la pregunta es: qué debe considerarse que es ese esquema, lo que significa preguntar cómo pueden definirse en forma más particular estas condiciones. Cada ciudadano debe responder por sí mismo esa pregunta interpretativa, al pulir y aplicar la concepción de igualdad compatible que según cree, proporciona la mejor interpretación de la principal estructura del esquema establecido.

En estas dos últimas ocasiones, sus actitudes deben ser igualitarias en lugar de permisivas. Esa es la base que necesitamos para una mejor justificación igualitaria del enfoque de simulación de mercado para algunos casos difíciles en derecho. Nos permite establecer esa justificación en esta forma preliminar. Las reglas de simulación de mercado proporcionan al menos parte de la mejor elaboración práctica de la mejor concepción de igualdad compatible. De modo que estas reglas deberían guiar a los ciudadanos cuando están correctamente comprometidos con ellas, no sólo al emplearlas sino al elaborar el esquema público de propiedad de su comunidad, tal como lo están cuando sus derechos abstractos están en conflicto. En lo que queda de este capítulo ahondaré y defenderé estas declaraciones, pero debemos señalar que incluso hasta el momento, el argumento proporciona otro ejemplo de cómo el derecho como integridad alienta una interacción recíproca entre el derecho y la moral en la vida práctica de todos los días, aun cuando no haya ningún juicio en perspectiva y cada ciudadano sea juez para y de sí mismo.

Igualdad y costo comparativo

El ejercicio

Las dos concepciones compatibles de igualdad que mencioné difieren en formas fundamentales. La elaboración práctica de la igualdad de recursos, por ejemplo, exige que se compense la herencia desigual de riqueza, salud y talento a través de la redistribución, pero la concepción liberal rechaza la redistribución como un robo y por principio. Habría diferencia, y en algunos casos muchas, en cuanto a cuál de las concepciones un ciudadano aplicó a las situaciones donde los derechos legales abstractos estuvieron en conflicto, cuál de ellas utilizó para

decidir quién posee el derecho concreto y quién debe ceder. Dado que mi principal propósito es demostrar la relación entre una concepción de igualdad y la ley sobre accidentes, no discutiré sino que asumiré que la igualdad de recursos es superior a la concepción liberal: se adapta a nuestras prácticas morales y legales de la misma manera y es mejor en la teoría moral abstracta. (16)

Tampoco trataré de mejorar la declaración acerca de la igualdad de recursos que hice hace un momento; confío en otros argumentos para darle forma y, espero, un mayor atractivo. (17) Sólo necesitamos esa imperfecta descripción para continuar con nuestra construcción de la justificación igualitaria de las decisiones judiciales de simulación de mercado. Trataré de demostrar que si alguien acepta la igualdad de recursos como una mejor interpretación del esquema de propiedad de su comunidad que otras concepciones de igualdad, entonces debería adoptar un punto de vista acerca de sus responsabilidades privadas que produzca elecciones que simulen mercados en la mayoría de los casos, cuando compitan los derechos legales abstractos. Mi argumento no es deductivo. No demuestra que cualquiera que acepte la idea básica de igualdad de recursos llegará automática e inevitablemente a las conclusiones que describo. Sólo sostengo que tendrá que hacer una serie de elecciones para adaptar esa concepción a los casos que estamos considerando y que las elecciones razonables lo llevarán entonces a la simulación de mercado en la mayoría de los casos corrientes. Mi argumento no recomendará el principio económico en todos los casos donde los partidarios de una interpretación económica lo considerarían apropiado porque la justificación igualitaria condena en lugar de aprobar gran parte de lo que reclaman.

La principal línea de conducta

Supongamos que usted y yo tenemos más o menos la misma riqueza y que ninguno de nosotros está discapacitado o tiene alguna necesidad o requerimiento especial. Descubrimos que las actividades que cada uno de nosotros planifica en forma individual, cada uno gozando de los derechos generales que asegura la asignación de bienes, están en conflicto. Deseo aprender una obra para trompeta una tarde mientras que usted quiere estudiar álgebra en el apartamento de al lado. O deseo conducir a toda velocidad mi automóvil por una calle donde usted desea caminar en paz. O quiero que mis trenes atraviesen un terreno donde usted desea plantar granos. Mis proyectos se cruzan con los suyos, y antes de proceder tengo que decidir hasta qué punto estoy dispuesto a modificar mis planes para tomar en cuenta sus intereses y hasta qué punto debo asumir responsabilidad por cualquier daño que pudiera causarle. Desde el punto de vista intuitivo, parece correcto que esto sea, al menos en parte, una cuestión acerca de los costos relativos para cada uno de nosotros de las decisiones que podría tomar. Si sólo me costara un poco desistir de mis planes, pero a usted le costaría mucho si no lo hiciera, ésta parece entonces una buena razón para detenerme o para compensarlo si sigo adelante con mis planes.

La teoría de la responsabilidad privada que probamos explica por qué figura el costo relativo en estas decisiones morales. Según esa teoría, debemos actuar como si los derechos concretos que no podemos ejercitar no hubiesen sido distribuidos todavía entre nosotros, y por lo tanto debemos hacerlo de la mejor

manera posible, en la forma que recomienda la igualdad de recursos. Si tuviéramos el tiempo, la ocasión y la suficiente buena voluntad como para llegar a algún compromiso (por ejemplo, si llegáramos a un acuerdo acerca de las horas en que puedo tocar la trompeta), entonces la igualdad estaría protegida de ese modo. Sin embargo, si en estas circunstancias el compromiso no es posible, debemos actuar en forma tal que reduzcamos al mínimo la desigualdad de la distribución que logramos, y eso significa que el perdedor pierda menos. Este principio de daño comparativo necesita una elaboración. ¿Cómo mediremos los costos relativos de aprovechar o de renunciar a la oportunidad? Nuestra suposición básica, que estamos llevando adelante un esquema de igualdad o alguna otra suposición benéfica, descarta algunas medidas. No debemos medir los costos comparativos en términos de felicidad o satisfacción, o alguna otra dimensión de bienestar. De modo que debemos calcular quién perdería menos en estas circunstancias al comparar costos financieros, no porque el dinero sea más importante que cualquier otra cosa sino porque es más abstracto y por lo tanto, la mejor norma para decidir quién de nosotros perderá más en recursos en cada una de las decisiones que tomemos.

Esto plantea un problema cuando las pérdidas en cuestión no son obvia o inmediatamente financieras. Tal vez, ninguno de nosotros ponga un ingreso en peligro cuando quiero practicar mientras que usted quiere estudiar. ¿Cómo debo decidir si el principio de costo comparativo me da el derecho de tocar la trompeta? No debería preguntar si obtendré más placer al tocar la pieza del que usted tendrá al dominar su prueba, sino si el daño causado a mis planes en general será más grande que el ocasionado a los suyos. Dado que ambos tenemos casi los mismos fondos a disposición, parece sensato medir el daño potencial en la forma que sugiere la prueba de simulación de mercado: al preguntar si usted pagaría más si yo dejara de tocar la música, si tuviera que hacerlo, de lo que yo pagaría por la oportunidad de tocar. Esto puede parecer insensible, reducir la alegría del arte y la erudición al dinero, pero es una forma perfectamente razonable de intentar medir a grandes rasgos aquello que queremos descubrir: la importancia relativa de las dos actividades que cada uno desarrolla en nuestros esquemas generales sobre lo que queremos hacer con nuestras vidas. Es un mejor test para este propósito que cualquier comparación del placer o gozo que cada uno de nosotros ganaría o perdería, o la importancia relativa de las actividades desde la perspectiva de la mejor vida ética.

Suponga, sin embargo, que aquello que deseo hacer no sólo lo afectará a usted sino también a muchas otras personas. Si mi tren corre a gran velocidad y despidе chispas, esto aumentará el precio que las personas tendrán que pagar por el pan; si el tren disminuye la velocidad y el grano se salva, esto aumentará el precio de transporte de pasajeros y carga en los trenes. Sin embargo, como éste es un caso comercial, el impacto sobre los demás está representado por la comparación entre lo que perdería mi compañía ferroviaria y usted en cada decisión. Pero el caso de la trompeta y el álgebra es diferente. Los efectos de mi decisión sobre los demás, si es que cuentan, tendrán que ser imaginados por separado. Tal vez, tocar la trompeta es más importante para mí, medido por lo que gastaría por este privilegio si fuera necesario, de lo que mi silencio representa para usted o cualquier otro vecino, pero menos importante de lo que mi silencio representa para todos los vecinos en forma colectiva, como grupo. ¿Qué compa-

ración sería decisiva para el principio de daño comparativo? Esta es una pregunta difícil y ambas respuestas son, en un principio, aceptables. Sin embargo, la segunda respuesta parece ser mejor. Si puede suponerse que la igualdad de recursos es válida no sólo entre nosotros sino en la comunidad de aquellos que se verán afectados por mi práctica, entonces, debo medir el costo de alguna oportunidad que podría aprovechar para mí mismo al medir su importancia para los demás en forma general; el verdadero costo para los demás del hecho de que toque la trompeta es lo que ellos, todos juntos, desearían gastar para impedírmelo.

Modificaciones

Tenemos ahora los principios generales de una teoría parcial de responsabilidad personal. No aplicaremos esta teoría (al menos no en esta forma tan simple) en cada ocasión donde los usos de la propiedad privada estén en conflicto en formas no sujetas a explícitas decisiones políticas del pasado. ¿Cuándo debemos rechazarla? Al considerar el conflicto entre mi trompeta y su álgebra, supuse que la distribución explícita de los bienes entre nosotros era equitativa, juzgada desde la perspectiva de igualdad de recursos. Esto no necesariamente significa que (a pesar de que de hecho lo supuse) uno de nosotros sea más rico que el otro. Usted podría ser más rico que yo por razones totalmente coherentes con la igualdad de recursos entre nosotros. Yo pude haber gastado más que usted en el pasado o elegido un trabajo donde me pagaran menos. Sin embargo, podría saber algo sobre usted que tornara imposible la suposición de igualdad de recursos entre nosotros: podría saber, por ejemplo, que usted se encuentra discapacitado y no ha recibido ningún tipo de recurso social a manera de compensación. En ese caso, el principio de daño financiero comparativo, que hace que los derechos concretos planteen la pregunta de quién de nosotros pagaría más por la oportunidad, podría no ser apropiado porque podría no asegurar la distribución entre nosotros que recomienda la igualdad de recursos en estas circunstancias. (18) Pero cuando mi acción no afecta a una persona o grupo conocidos sobre quienes puedo descubrir información de ese carácter, sino a gente desconocida sobre la que no puedo descubrir nada, daría por sentado que el costo comparativo proporciona la prueba correcta. Aun si creyera que los recursos han sido distribuidos en forma desigual, normalmente no tengo razón para suponer nada acerca de la dirección de la desigualdad con respecto a las personas en particular que se verán afectadas por mi acción.

También supuse, de manera implícita, que era correcto considerar mi decisión todo-o-nada acerca de si aprovechar o no una oportunidad, en ausencia de una verdadera oportunidad de negociación, como una cuestión aislada. Si somos realmente vecinos, esta suposición sería un error: yo debería considerar una decisión en particular como parte de una serie continua de decisiones que toma cada uno de nosotros y que están relacionadas entre sí. Podría ser menos importante para mí tocar la trompeta en cada ocasión de lo que a usted le interesa el silencio, menos importante quemar mis hojas de lo que a usted le interesa evitar el humo, y así sucesivamente; sin embargo, si cada vez lo sometiera a su consideración, el equilibrio se perdería. Si desperdicio una oportunidad una vez, porque para usted la pérdida relativa sería mayor, esto tendría que figurar a mi favor en el balance moral en la siguiente decisión que yo (o usted) tenga que

tomar. Sin embargo, un balance moral sólo será posible entre personas, como por ejemplo vecinos, que tienen una relación continua y cohibida. No existe una forma tolerable o sensata de mantener ese tipo de balance para las decisiones que tomamos cada uno de nosotros y que afectan a los demás en forma general, o a un extraño sólo una vez. Tenemos que basarnos en la hipótesis de que si todos consideran dichas decisiones como casos aislados, esto funcionará a la larga con bastante equidad para todos.

Nos acercamos a esta conclusión. Debería seguir el principio del daño financiero comparativo cuando sepa que el hecho de asumir algún derecho concreto estará en pugna con el ejercicio de los derechos abstractos de otras personas con quienes no tengo ninguna relación en especial y de las que tampoco poseo ninguna información relevante. Mi ignorancia puede hacer que este principio sea mucho más difícil de aplicar. Pues ¿cómo decidiré luego si aquellos que pueden verse afectados pagarán más, ya sea en forma colectiva o individual, por la oportunidad de lo que pagaría yo? En un contexto comercial, como en el ejemplo del granjero y el tren, mis conocimientos básicos del mercado pueden proporcionar la información suficiente. Si dirijo una compañía ferroviaria y sé que los granjeros a lo largo de las vías sufrirán en conjunto más que la pérdida en granos de una suma en particular en el mercado de valores, puedo suponer que pagarían dicha suma por la oportunidad de no sufrir esa pérdida. En contextos no-comerciales, como en los ejemplos de la contaminación por ruido, puedo necesitar apoyarme en la idea de la persona "razonable" o "representativa" en el vecindario afectado, sobre mi conocimiento general de cuánto le disgustaría a la gente, o se frustraría, por el daño que les causara. Pero poseemos el conocimiento general suficiente como para hacer que el principio de daño financiero comparativo funcione lo suficiente en la mayoría de estos casos.

A pesar de eso, debemos clasificar ese principio de una manera diferente y más relevante. En algunas circunstancias, sería injusto medir la importancia de una pérdida o un daño sólo preguntando si la víctima pagaría más por evitarlo que los otros, en conjunto, por hacer lo que amenaza causarlo. Para ver el porqué, debemos señalar algo más acerca del esquema general de igualdad de recursos. Dije que supone que la igualdad es preservada y protegida a través de transacciones mercantiles, pero que esto está sujeto a modificaciones. También he dicho que la suposición debe ser apta para hacer notar las diferencias de talento. También, para hacer notar los derechos individuales. Bajo la igualdad de recursos, las personas poseen derechos que protegen los intereses fundamentales, incluyendo aquellos de que las personas racionales se asegurarán contra daños y perjuicios, si el seguro estuviera al alcance de todos en términos equitativos y eficientes desde el punto de vista económico. También tienen derechos que aseguran la independencia de cada persona contra los prejuicios y las aversiones de los demás que, si pudieran tener influencia sobre las transacciones comerciales, derrotarían en lugar de avanzar en el objetivo de que la distribución sea sensible a los verdaderos costos de las elecciones que realiza la gente. Ya he discutido largamente estos dos tipos de derechos,⁽¹⁹⁾ pero aun esta breve descripción demuestra por qué reconocer estos derechos desplazaría el modelo de simulación de mercado en algunos casos dramáticos. Supongan, por ejemplo, que la vida de mi hijo depende de una ruidosa ambulancia que molesta a un gran número de personas que en conjunto pagarían para no ser molesta-

das una suma superior al total de fondos que poseo. O supongan que soy negro, y mis vecinos pagarían en conjunto para que no quemara las hojas en mi patio una suma superior a la que pagaría o podría pagar yo para quemarlas, sólo porque odian tener que verme. Estos no son los únicos tipos de ocasiones en las que la prueba del daño financiero comparativo parecería un método injusto para adjudicar derechos concretos; los cito sólo para demostrar que la prueba tendría que ser verificada en una variedad de formas además de las consideradas hasta el momento.

La elaboración práctica

Si ejercemos estas excepciones y modificaciones, nuestra teoría de la responsabilidad personal se tornará más compleja. Pero nada de lo descubierto hasta el momento sugiere que justificaría menos las disposiciones sustantivas de la ley sobre accidentes que nuestros jueces han desarrollado que el argumento utilitarista. Aun si la elaboración académica de la igualdad de recursos debe ser sensible, tal como vimos, a la información concerniente a la justicia de la distribución de riqueza permanente entre el demandante y alguien que sabe que sus actividades le harán daño o lo harán correr un riesgo, la elaboración práctica sería mucho menos sensible, caso por caso, a la información de ese tipo y entonces, podría incluir las distintas doctrinas acerca de la razonabilidad, la negligencia contribuyente y demás elementos pertenecientes a la ley de agravios que presentamos anteriormente. Un legislador que hace cumplir el recurso de igualdad de la responsabilidad personal tendría una buena razón, por ejemplo, para no alentar a la gente para que especule sobre si aquellos que pueden llegar a dañar tienen una mayor o menor riqueza de la que justificaría la igualdad de recursos. Pensaría que la justicia en general estaría más protegida al dejar la redistribución a esquemas legislativos menos caprichosos en su impacto. También tendría otras razones para llegar a esa conclusión: parece injusto que la compensación de una víctima dependa de la riqueza relativa del demandante, por otra razón que no fuera la dificultad para una persona que quisiera asegurarse contra daños y perjuicios sobre términos sensatos. De modo que sería mejor que un legislador permitiera a las personas que basaran sus decisiones sobre riesgo y responsabilidad en la información general sobre los gustos y preferencias de la persona "promedio" en lugar de exigirles que busquen la información especial que una completa elaboración académica de igualdad de recursos haría pertinente en ciertos casos en particular. Pero a pesar de que la elaboración práctica usaría normas "objetivas", también estaría alerta a circunstancias especiales donde el principio de daño financiero comparativo ignoraría derechos o demostraría ser injusto. Insistiría en que la responsabilidad para ciertos tipos de daños (amenazas a la vida, por ejemplo, y daños como consecuencia del prejuicio racial) no esté sujeta a las pruebas financieras directas de ese principio.

Personas privadas y cuerpos públicos

Tenemos buenas razones, entonces, provenientes de las ambiciones del de-

recho como integridad, para preferir la justificación igualitaria a la utilitarista de la ley sobre accidentes. Es mucho más exitosa en las dimensiones sustantivas de la interpretación. Una interpretación de la ley sobre accidentes debe desplegar un esquema de responsabilidad personal, y descubrimos que el argumento utilitarista no podía proporcionar una interpretación razonable. El argumento igualitario sí; proporciona un esquema de responsabilidad que es atractivo en sí mismo y también reconoce la dinámica interacción entre el derecho, la virtud pública y la responsabilidad privada, que es una de las características más interesantes de una comunidad de principio.

El argumento utilitarista posee otra característica importante para nuestro argumento general: limita el alcance de la simulación de mercado, no sólo en las distintas formas que hemos mencionado, sino también en forma institucional. El argumento utilitarista proporciona un ideal que, una vez aceptado, debe estar por encima de la legislación y de la adjudicación. Si una comunidad es más justa cada vez que es más feliz, y las disposiciones legales que rigen la responsabilidad por accidentes o perjuicios contribuyen más a la felicidad en general cuando enriquecen más a la comunidad al imitar mercados hipotéticos, que cuando se le pide al Parlamento que regule la velocidad a la que deben desplazarse los trenes cuando sus chispas ponen en peligro las cosechas, o cuando el gobierno de la ciudad de Nueva York decide cuándo deben ejecutarse instrumentos musicales en edificios de apartamentos o vecindarios concurridos, debería tratar de crear los derechos legales que habrían establecido, de ser posible, las transacciones comerciales. El argumento igualitario no tiene esa consecuencia porque la legislación, a diferencia de los ciudadanos privados, tiene obligaciones y oportunidades para mejorar la distribución que su ley ha creado hasta el momento; posee responsabilidades que ellos no tienen, así como medios y estrategias no abiertos para ellos.

De hecho, nuestro argumento sobre la interpretación igualitaria comenzó con esa distinción. Supusimos que el gobierno tiene un deber general que los ciudadanos privados, como individuos, no poseen. El gobierno examina y altera constantemente sus reglas de propiedad, en forma radical si es necesario, para acercarlas más al ideal de tratar a las personas como iguales bajo la mejor concepción. La simulación de mercado, que supone la adecuación del esquema ya en su lugar apropiado, sería un arma grotescamente circular y débil para ese propósito. De modo que nuestra explicación, que comienza con una división de responsabilidad, niega que el principio económico proporcione una prueba exclusiva para la legislación en lo concerniente a las principales estructuras del sistema económico o reglamentaciones más detalladas de éste.

Debemos finalizar este estudio sobre la igualdad y la propiedad volviendo una vez más a la distinción entre política y principio, porque agrega otra dimensión al contraste entre responsabilidad pública y privada que hemos estado analizando. Nuestro argumento principal supone que los ciudadanos privados deben considerar los conflictos entre derechos legales abstractos como cuestiones de principio acerca de los derechos concretos que posee cada una de las partes. Sin embargo, no por ello la legislatura deberá tratar cada decisión que tome al regular y distribuir la propiedad, o incluso sus estatutos acerca de perjuicios y negligencia, como cuestiones de principio en lugar de política. Insistimos en que el gobierno designa su sistema de propiedad para tratar a todos co-

mo iguales bajo una concepción apropiada; y ése es el fundamento para la interpretación igualitaria de esas ramas del derecho. Pero tal como vimos en el Capítulo 6, el gobierno debe tratar ese requisito como si fuera una cuestión de política, como si recomendara un objetivo colectivo general que respete la igualdad de interés tanto desde el punto de vista general como estadístico, en lugar de suponer que cada estatuto o regla individuales, juzgados en forma aislada, deben darle a cada ciudadano algo que tiene derecho a tener. Claro que cada decisión legislativa acerca de la propiedad debe respetar ciertos derechos políticos individuales. (En el Capítulo 10 tendremos que considerar hasta qué punto estos derechos políticos son derechos legales bajo la mejor interpretación de la Constitución de los Estados Unidos.) Pero una legislatura puede perseguir el interés colectivo general a través de distintas medidas y técnicas, cada una de las cuales logra una distribución diferente para cada persona. Ningún ciudadano tiene derecho a que se elija un programa en lugar de otro porque lo beneficie más. La elección es una cuestión de política más que de principio.

Un legislador no tiene necesidad de realizar elecciones políticas que produzcan esta distribución de derechos y oportunidades que habría sido negociada por las partes afectadas. Un legislador puede pensar, por ejemplo, que la mejor solución al problema de los trenes que quemar las cosechas debe ser sensible al transporte nacional y las políticas de la agricultura o aun a la defensa nacional y al equilibrio de pagos o la moneda extranjera. Puede considerar su decisión acerca de la contaminación por ruido como un aspecto de políticas más generales sobre el uso de la tierra y la planificación, o incluso como un aspecto de apoyo a la música o a las artes. Sus decisiones no necesitan ser todo-o-nada en la forma en que las circunstancias prácticas fuerzan las decisiones todo-o-nada en ciudadanos que actúan por sí mismos. La legislación brinda la oportunidad de desarrollar un complejo esquema de regulación cuya eficacia depende de una estrategia general. Puede regular la velocidad de los trenes de manera diferente en distintas partes del país, en respuesta a las miles de variaciones complejas del transporte y el uso y necesidad agrícola, por ejemplo, o puede dividir las ciudades en zonas donde se trata el ruido de modos distintos, siempre y cuando las divisiones no sean arbitrarias y no encubran discriminaciones ilegítimas que violarían los derechos individuales.

Sin embargo, una vez que la legislatura ha hecho su elección, los individuos tienen derechos legales con respecto a lo que les fue asignado, y bajo el derecho como integridad, estos derechos no sólo se extienden a las distribuciones explícitas sino a la extensión basada en principios en casos no decididos en forma expresa. En este capítulo, hemos estudiado el fundamento adecuado de dicha extensión para ciertos casos. Ahora, puedo volver a formular mi tesis de la siguiente forma. Cuando ciudadanos privados encuentran conflictos entre sus derechos consuetudinarios abstractos de propiedad (diferentes de sus derechos bajo ciertos estatutos reguladores en particular que encarnan políticas discretas como las que he imaginado) deben adjudicar estos conflictos reimplantando en el principio básico el esquema general que debe respetar, que es el principio de que debe tratarlos como iguales. Deben preguntarse qué concepción se interpreta que expresa el esquema en general, y asumir la extensión de derechos concretos que, de las elecciones que les queden en las circunstancias, sirva mejor a dicha concepción. Para poder ilustrar el carácter y complejidad de

ese problema interpretativo, he estado suponiendo que el recurso de igualdad proporciona la concepción adecuada para dicho propósito y sostengo que las principales líneas de la ley sobre negligencia y perjuicio anglo-norteamericana concuerdan con una solución verosímil del problema interpretativo sobre esa suposición. Ese proceso no es adecuado cuando surgen conflictos bajo ciertos estatutos reguladores con políticas bien señaladas, porque los derechos que poseen las personas bajo tales estatutos dependen demasiado de esas políticas especiales como para autorizar una modificación directa a la concepción de igualdad. La responsabilidad de los ciudadanos depende entonces de un grupo diferente de cuestiones, y esto conforma nuestro siguiente tópico.

9. Estatutos

La intención legislativa

Un día, el caso de la perca *snail darter* llega ante la corte de Hércules. Debe decidir si el Acta de las Especies en Peligro otorga al secretario del interior el poder para detener un proyecto vasto y casi terminado del poder federal para salvar un pez pequeño y nada interesante desde el punto de vista ecológico, de modo que en primer lugar, debe decidir cómo interpretar estatutos cuyo significado es incierto. Mi argumento es complejo, y de inmediato les diré cómo termina. Hércules utilizará las mismas técnicas de interpretación para los estatutos que utiliza para decidir casos de derecho consuetudinario, las técnicas que estudiamos en los últimos dos capítulos. Considerará al Congreso como un autor anterior en la cadena del derecho, aunque un autor con poderes y responsabilidades especiales diferentes de las suyas, y considerará que su propio rol es fundamentalmente creativo, como el de un socio que debe seguir desarrollando, de la mejor manera posible, el plan estatutario comenzado por el Congreso. Se preguntará qué interpretación del Acta (permitir o no al secretario detener un proyecto casi terminado) muestra la historia política que incluye y rodea el estatuto, bajo una mejor perspectiva. Su opinión de cómo debería ser interpretado dependerá de lo que dijeron algunos congresales al discutirlo. Pero también dependerá de la mejor respuesta a las preguntas políticas: hasta qué punto debe el Congreso trasladar a la opinión pública este tipo de cuestiones, por ejemplo, y si sería absurdo como cuestión política proteger una especie menor a un costo tan grande de fondos. (1) Por supuesto que al responder a estas preguntas deberá basarse en su propio juicio, no porque crea que sus opiniones sean automáticamente correctas, sino porque nadie puede responder adecuadamente cualquier pregunta si no confía, en lo más profundo de su ser, en lo que cree.

Sin embargo, antes de desarrollar la descripción general de cómo los jueces deberían interpretar estatutos bajo el derecho como integridad, debo considerar una objeción importante a éste, y la discusión que provoca esta objeción nos mantendrá ocupados durante unas cuantas páginas. El método Hércules ignora el importante principio, firmemente asentado en nuestra práctica legal, de que los estatutos no deberían interpretarse según aquello que los jueces creen los haría mejor, sino según aquello que los legisladores que los adoptaron quisieron decir en realidad. Supongan que Hércules decide, después de tomar en cuenta todo lo que su método interpretativo recomienda, que el acta es una me-

jor pieza legislativa si no se interpreta que le otorga al secretario el poder de detener proyectos costosos y casi terminados. Los congresales que la sancionaron pudieron haber querido conferirle al secretario exactamente ese poder. En estas circunstancias, nuestra práctica legal, apoyada por principios democráticos, insiste en que Hércules se someta a su intención y no a su propio punto de vista diferente.

Es cierto que en la práctica legal norteamericana, los jueces se refieren en forma constante a las distintas declaraciones que realizan los congresales y otros legisladores, ya sea en los informes de comité o en los debates formales, acerca del propósito de un acta. Los jueces sostienen que estas declaraciones, consideradas en conjunto, conforman la historia legislativa del acta, que ellos deben respetar. Sin embargo, podríamos tener una visión diferente de esta práctica de deferir a la historia legislativa. Una es la visión de Hércules. Este considera las distintas declaraciones que conforman la historia legislativa como actos políticos a los que su interpretación del estatuto debe adaptarse y explicar el texto del estatuto en sí. La otra es la perspectiva presupuesta por la objeción que acabo de describir. No considera estas declaraciones como hechos importantes en sí, sino como evidencia de estados mentales de aquellos legisladores que las hicieron, las considera representativas de los estados mentales de la mayoría de los legisladores cuyos votos crearon el estatuto.

A esta perspectiva la denominaré del "significado del orador" porque supone que la legislación es una ocasión o instancia de comunicación y que los jueces miran la historia legislativa cuando no es claro descubrir en un estatuto qué estado mental trataban los legisladores de comunicar a través de sus votos. Supone, en pocas palabras, que la interpretación correcta de un estatuto debe ser aquello que en el Capítulo 2 denominé interpretación de conversación en lugar de constructiva. El modelo principal de esta teoría es el del lenguaje ordinario. Cuando un amigo dice una cosa, podemos preguntar: "¿Qué quiso decir con eso?" y pensar que nuestra respuesta a esa pregunta describe algo de su estado mental al hablar, una idea que quería comunicarnos al hablar como lo hizo. Wittgenstein y otros filósofos nos advierten contra un terrible malentendido de este cuadro. Tener una idea y elegir las palabras para representar dicha idea no son dos actividades separadas. Tampoco las personas pueden expresar lo que quieren con las palabras que utilizan, de modo que la pregunta: "¿Qué quiso decir con esas palabras?" no es sólo una pregunta acerca de lo que tenía en mente al hablar. Sin embargo, este cuadro sirve como una cruda descripción de cómo concebimos el problema de comprender a alguien que ha hablado en forma ambigua, y la teoría del significado del orador propone que utilicemos este mismo cuadro para una legislación ambigua o poco clara.

Si una persona acepta el punto de vista del significado del orador, su teoría sobre cómo interpretar estatutos tendrá una estructura particular. Presentará sus conclusiones como declaraciones acerca de la intención del estatuto en sí. ¿El propósito o la intención del Acta de las Especies en Peligro es otorgar un cierto poder al secretario? Pero él considera la intención del estatuto como una construcción teórica, una declaración resumida de las intenciones discretas de algunas personas de verdad, pues sólo éstas pueden tener intenciones de conversación del tipo que tiene en mente. De modo que su teoría sobre estatutos debe responder el siguiente grupo de preguntas. ¿Qué personas históricas

cuentan como legisladores? ¿Cómo se descubrirán sus intenciones? ¿Cuando estas intenciones difieran unas de otras, cómo se combinarán en la intención institucional compuesta en general? Más aun, sus respuestas deben establecer el momento exacto en que fue hecho el estatuto y cuándo adquirió el significado que ha tenido desde entonces.

La perspectiva de Hércules no necesita dicha estructura. Comprende la idea de la intención o propósito de un estatuto, no como una combinación de los propósitos o intenciones de ciertos legisladores en particular, sino como el resultado de la integridad, de asumir una actitud interpretativa con respecto a los sucesos políticos que incluyen la sanción del estatuto. Toma nota de las declaraciones hechas por los legisladores en el proceso de aprobación y sanción, pero las considera sucesos políticos importantes en sí mismos, no como evidencia de un estado mental detrás de ellas. De modo que no tiene necesidad de puntos de vista precisos sobre qué estados mentales de los legisladores se cuestionan, cuáles son estos estados mentales, o cómo debería combinarlos en un estado super-mental del estatuto o la institución en sí. Tampoco supone un momento canónico del discurso hacia el cual se incline su estudio; la historia que interpreta comienza antes de que se sancione un estatuto y continúa hasta el momento en que debe decidir lo que ahora declara.

Los métodos de Hércules proporcionan una mejor interpretación de la práctica judicial actual que la teoría del significado del orador. Los defectos de esta última sólo pueden remediarse al ir transformándola, en etapas, al método de Hércules. Las tres preguntas cruciales que acabo de formular, que deben ser respondidas para poder poner en práctica la teoría del significado del orador, no pueden contestarse sondeando el modelo base de comunicación o explorando las relaciones internas entre intención y legislación concebidas como una forma de lenguaje. Deben responderse en teoría política, asumiendo distintos puntos de vista con respecto a las cuestiones polémicas de moralidad política. Entonces, la teoría del significado del orador no puede validar sus supuestos reclamos de moralidad política, su ambición de separar las convicciones personales de un juez de la forma en que lee un estatuto. Las respuestas más razonables a las preguntas cruciales nos alejan de la teoría del significado del orador y nos acercan a una perspectiva diferente, una cuyo objetivo es hacer cumplir las convicciones políticas más abstractas y generales a partir de las cuales actúan los legisladores en lugar de las expectativas u opiniones políticas más detalladas que tienen en mente al votar. Sin embargo, esta idea diferente no es más que una forma inestable y mal redactada del propio método de Hércules, ante el cual se derrumba.

El significado del orador

Hermes

Trataré estas declaraciones en una forma bastante detallada, no sólo porque la teoría del significado del orador sea tan popular sino porque el argumento que expone sus defectos proporciona distinciones que necesitaremos cuan-

do consideremos el propio método de Hércules de una manera más directa. Ahora imagino a un nuevo juez, Hermes, que es casi tan brillante como Hércules e igual de paciente, que acepta el derecho como integridad aunque también la teoría de legislación del significado del orador. Cree que la legislación es comunicación, que debe aplicar estatutos al descubrir el deseo comunicativo de los legisladores, qué es, por ejemplo, lo que trataban de decir cuando votaron el Acta de las Especies en Peligro. Como Hermes es cohibido en todo lo que hace, hará una pausa para reflexionar sobre cada una de las elecciones que deba hacer para poder poner en práctica la teoría del significado del orador.

Desde el principio es consciente de una dificultad en dicha teoría. Es bastante difícil descubrir las intenciones de amigos, colegas, adversarios y amantes. ¿Cómo espera descubrir las intenciones de personas extrañas en el pasado, que pueden estar muertas en el presente? ¿Cómo puede estar seguro de que había alguna intención útil que descubrir? Los gobernantes neoyorquinos que adoptaron la ley sobre testamentos tal vez nunca previeron el caso del heredero asesino; quizá, muchos senadores y congresistas jamás contemplaron el problema de los pececitos y terminaron casi por completo los diques. Sin embargo, Hermes comienza asumiendo una actitud práctica con respecto a estas dificultades probatorias. Acepta que debe esforzarse por descubrir las actitudes mentales que yacen detrás de la legislación en lugar de los estados mentales de las personas que encuentra en los bares, que a veces debe aceptar juicios de probabilidad especulativa y no de certeza práctica y que, en algunos casos, debe admitir que no posee ninguna evidencia útil de un estado mental pertinente y estar por lo tanto preparado para fallar un caso en particular en uno u otro sentido. No insistiré en esta dificultad probatoria. Es el menor de los problemas a los que debe enfrentarse Hermes.

¿Quiénes son los autores de un estatuto?

Antes de buscar evidencias de ideas del pasado debe decidir de quiénes eran estas ideas. ¿Los estados mentales de qué personas cuentan al fijar la intención detrás del Acta de las Especies en Peligro? ¿Cada uno de los miembros del Congreso que la sancionó, incluyendo aquellos que votaron en contra? ¿Las ideas de algunos, por ejemplo, las de aquellos que hablaron o hablaban más a menudo en los debates, son más importantes que las de otros? ¿Qué sucede con los funcionarios ejecutivos y asistentes que prepararon los borradores iniciales? ¿Qué pasa con el presidente que firmó el proyecto de ley y lo hizo ley? ¿Sus intenciones no deben contar más que las de cualquier senador? ¿Qué hay de los ciudadanos particulares que escribieron cartas a sus congresistas o que prometieron o amenazaron con votar a favor o en contra de ellos, o con hacer contribuciones para las campañas, dependiendo de la forma en que ellos votaran? ¿Y qué sucede con las camarillas o los grupos de acción que jugaron el rol que ahora se considera normal? Cualquier perspectiva realista del proceso legislativo incluye la influencia de estos grupos; si éstos contribuyeron en la formación del derecho estatutario, ¿tiene Hermes una buena razón como para no tomar en cuenta sus intenciones al determinar qué leyes hicieron?

Existe otra complicación. Un estatuto no sólo debe su existencia a la decisión tomada por las personas para sancionarlo sino también a la decisión de

otras personas para luego no enmendarlo o revocarlo. Claro que el término decisión puede ser demasiado fuerte para describir las actitudes negativas que permiten que sobreviva la mayoría de los estatutos, a veces mucho después de su utilidad. Sobreviven por desatención más que por cualquier decisión colectiva consciente. Pero aun la desatención puede reflejar un entendimiento común acerca del objetivo y las consecuencias detalladas de un estatuto que es diferente de la comprensión que tenían los legisladores que lo sancionaron en primer lugar; en los casos más dramáticos, cuando hay personas que han hecho campañas para su enmienda o reprobación, la decisión para permitir su continuidad puede ser más activa y explícita. ¿Debe Hermes considerar las intenciones de los distintos legisladores que podrían haber reprobado el estatuto durante el curso de los años y las décadas y que sin embargo no lo hicieron?

Estas no son preguntas académicas. Hermes tiene que responderlas antes de poner en práctica la teoría del significado del orador. No puede hallar respuestas preguntándose en qué forma las responderían aquellos cuyas intenciones son valederas. No tiene otra opción que hacer frente a dichas preguntas con el siguiente espíritu. Tiene opiniones formadas acerca de la influencia que las actitudes, creencias y ambiciones de ciertos grupos de funcionarios y ciudadanos en particular pueden tener en el proceso legislativo. Verá que la serie de elecciones que podría hacer acerca de las intenciones que cuentan para calcular la intención legislativa, si es aceptada por los jueces, acerca dicho proceso a su ideal y que otra lo aleja. Dado que la teoría del significado del orador no decide en sí cuáles son las intenciones que cuentan, sería petulante que Hermes eligiera cualquier respuesta del segundo grupo y por encima del primero. (2)

De modo que su juicio sobre cuáles son las ideas que tienen peso será sensible a su opinión acerca de si los legisladores representativos deben dejarse guiar por sus propias opiniones y convicciones y sobre una cuestión más moderna y es saber si las camarillas, los convenios de ayuda mutua entre políticos y los comités de acción política constituyen una corrupción del proceso democrático para hacer dicho proceso más eficiente y efectivo. Sus juicios también serán sensibles a sus convicciones sobre la importancia relativa de la equidad, tal como él la concibe, y la certeza en la legislación. Podría elegir una descripción más limitada sobre cuáles son las intenciones que cuentan (eliminando, por ejemplo, las camarillas contemporáneas y los legisladores que más tarde podrían haber reprobado el estatuto pero que sin embargo no lo hicieron) no porque crea más justo un proceso legislativo que ignore la presión del público o sea insensible al cambio sino porque una descripción más amplia haría que la idea de la intención legislativa fuera demasiado vaga o amorfa como para ser de utilidad en la aclaración de la legislación ambigua.

¿Cómo se combinan?

Supongan que Hermes decide por fin que sólo las intenciones de los verdaderos congresistas que votaron a favor del estatuto cuando fue adoptado son las que deben tenerse en cuenta y que las intenciones de todos ellos deben tener el mismo valor. Ahora supongan que descubre que las intenciones pertinentes diferían incluso dentro de este grupo selecto. Un grupo de congresistas propuso que el secretario tuviera el poder de detener cualquier tipo de proyecto, otro

que tuviera el poder de enervar un proyecto si dicha decisión no era totalmente irrazonable, y un tercero, que no tuviera ningún poder sobre un proyecto comenzado antes de que designara una especie amenazada por dicho proyecto. La teoría del significado del orador requiere que Hermes combine las distintas opiniones en alguna intención grupal mixta. ¿Debe utilizar un enfoque de "intención de la mayoría" de modo que la intención institucional sea aquella del grupo, si es que hay uno, que hubiese sido lo suficientemente grande como para aprobar el estatuto si sólo ese grupo hubiera votado a su favor? (3) ¿O un esquema de intención "por mayoría", de modo tal que la opinión del mayor de estos tres grupos contara como la opinión de la legislatura aun si los otros dos grupos juntos fuesen más? ¿O un enfoque de "intención representativa" que supone un promedio mítico o un legislador representativo cuya opinión se acerque más a aquella de la mayoría de los legisladores, a pesar de no ser igual a ninguna de ellas? En caso de elegir esta última, ¿cómo debe construirse este legislador de promedio mítico? Existen muchas otras maneras posibles de combinar las intenciones individuales en una intención grupal o institucional. ¿Cómo hace Hermes para elegir una?

Debe basarse, una vez más, en su propio juicio político. Supongan que cree que como una cuestión de sólidos principios de la teoría democrática no debe hacerse ningún cambio en el *statu quo* de los derechos legales de las personas a menos que una mayoría de legisladores propusiera dicho cambio. Esa opinión lo llevaría hacia la teoría de la intención de la mayoría. Pero imaginen que, por el contrario, piensa que los derechos legales de las personas deberían estar lo más cerca posible de aquellos considerados apropiados para una mayoría de legisladores. Esto lo llevaría al enfoque de la intención representativa por lo menos como oposición al enfoque de la intención de la mayoría, porque entonces preferirá que las personas se encontraran en la posición que contempla la intención representativa, a pesar de haber sido la intención de menos que una mayoría, a que permanezcan en un *statu quo* que nadie propuso.

¿Qué estado mental? Esperanzas y expectativas

Imaginen, en cambio, que el problema de combinar intenciones se resuelve de esta manera. Hermes sabe de alguna manera que cada uno de los miembros de la mayoría que votó a favor del Acta de las Especies en Peligro tenía exactamente las mismas opiniones, de modo que si descubre las intenciones de uno de ellos (por ejemplo, las del senador Smith) ha descubierto las intenciones de todos. Imaginen también que Smith nunca expresó sus opiniones de una manera formal, en debates legislativos o en los informes del comité por ejemplo, pero que Hermes tiene otra forma de descubrir cuáles eran. Ahora, debe hacer frente a la cuestión más difícil. La vida mental de Smith es compleja; ¿cuál de sus creencias, actitudes u otros estados mentales constituyen su "intención"? Investigamos la cuestión de la intención en el Capítulo 2; dije que en algunos contextos las intenciones no se limitan a los estados mentales conscientes. Sin embargo, la teoría del significado del orador une la intención al cuadro de los legisladores que tratan de comunicar una cosa en particular y por lo tanto, apunta a descubrir qué pudo haber tenido en mente un legislador al expresarse a través de su voto.

Sin embargo, en un aspecto el legislador ordinario (el diputado novel) no se encuentra en la misma posición que un orador ordinario. Las personas que hablan entre sí tal como lo hacen en forma habitual pueden elegir sus palabras y así elegir aquellas que esperan surtan el efecto que desean. Esperan ser comprendidas en la forma que desean. Pero algunas personas no son dueñas de sus propias palabras: un rehén que hace una llamada mientras lo están apuntando con un arma puede esperar no ser comprendido en la forma que desea. O alguien que firma una carta grupal que no puede reescribir para el grupo, o el autor de dicha carta que la redacta de forma tal que atraiga la mayor cantidad de firmas posibles. Los legisladores se hallan muchas veces en esa posición. Un congresista que haya votado a favor del Acta de las Especies en Peligro puede haber lamentado que ésta no incluyera una cláusula que especificara que el secretario no podría interrumpir proyectos costosos una vez comenzados, a pesar de no haber tenido el poder o el tiempo de hacer que se incluyera dicha cláusula. En ese caso, puede esperar que se interprete el acta tal como teme, aunque espera que eso no suceda. Por lo tanto, no es como alguien que elige comunicar una idea o un deseo. Ocupa una posición intermedia entre el orador y el oyente. Debe decidir qué ideas podría llegar a interpretarse que expresan las palabras que figuran en el papel que tiene delante de sí y luego decidir si quiere que ese mensaje llegue al público y sus funcionarios, incluyendo los jueces, con la única alternativa posible de no enviar ningún mensaje. Ese cambio de rol es importante pues trata el documento como si fuera el autor del mensaje que está de acuerdo en enviar.

Hermes piensa que debe decidir si la intención pertinente de un congresista es una cuestión de los deseos de éste o sus expectativas cuando estos deseos se destruyen. Supongan que Smith se dio cuenta de que el Acta de las Especies en Peligro, tal como estaba redactada, podría llegar a ser interpretada como que otorga al secretario el poder de detener proyectos casi concluidos, aunque espera que no suceda así, pero teme que así será. (Supongamos que no sugirió una enmienda porque no sabía cuántas otras personas compartían su opinión, o porque temía que se hicieran otras enmiendas si hacía la suya, o porque no creía que esa cuestión valiera el retraso.) Por un momento, a Hermes podría tentarlo la idea de que en estas circunstancias tendría que considerarse que las intenciones de Smith corresponden más a sus esperanzas que a sus expectativas. Hermes podría pensar que, después de todo, la legislación debería expresar la voluntad de la mayoría de legisladores, y la voluntad es más una cuestión de esperanza que de predicción. Pero sabe que las esperanzas de los congresistas a menudo no les dan crédito. Smith pudo haber votado a favor del Acta de las Especies en Peligro porque temía la oposición de la cámara conservadora en las próximas elecciones, o porque sabía que sus electores querían que votara de esa manera. Si las razones eran éstas, pudo haber esperado que el acta fuese interpretada con la mayor precisión posible porque creía que era algo tonto o porque el acta significaba malas noticias para las corporaciones que controlaban sus amistades. De modo que Hermes podría verse inclinado hacia la posición aparentemente opuesta, de considerar que las intenciones de Smith son una cuestión de cómo espera que se entienda el estatuto. Después de todo, si vota a favor de un estatuto del cual espera que tenga consecuencias particulares, entonces ha aceptado dichas consecuencias, aun cuando podría lamentarlas, como parte de

un compromiso inclusivo que prefiere en lugar de la alternativa. De modo que una teoría de intención legislativa construida sobre predicciones parece garantizar que una mayoría de legisladores habrá consentido en aprobar el estatuto tal como fue sancionado. Sin embargo, el entusiasmo de Hermes para la solución de la expectativa no durará mucho, porque así como las esperanzas de un legislador pueden reflejar ambiciones egoístas que no tienen lugar en ninguna teoría aceptable de interpretación legislativa, sus expectativas pueden basarse sobre predicciones que tampoco tienen lugar en dicha teoría. Smith puede esperar que el Acta de las Especies en Peligro sea interpretada con precisión sólo porque cree, tenga o no razón, que el primer caso que aplique el acta caerá ante jueces anticonservacionistas. En cualquier caso, la solución de la expectativa sería paradójica si fuera aceptada en forma general. Si se entiende que los jueces aplicarán un estatuto no muy claro en la forma que los congresistas predicen que se hará, como un hecho psicológico, un juez deberá entonces decidir aquello que Smith predijo que haría, lo que significa aquello que Smith predijo que él pensaría que Smith había predicho lo que él haría, y así sucesivamente en forma indefinida. Esto es más bien un acertijo para una teoría sobre juegos y no una técnica útil para entender los estatutos. Los legisladores sólo pueden predecir la forma en que los jueces interpretarán sus estatutos si creen que los jueces utilizan un método de interpretación independiente de las predicciones de los legisladores. (4)

Ahora Hermes se halla en dificultades. Comenzó aceptando que debería decidirse por la intención legislativa al descubrir, combinar y poner en vigor los estados mentales de ciertas personas en particular en el pasado. Pero no puede identificar estos estados mentales como esperanzas o expectativas de estas personas cuando las esperanzas y las expectativas son diferentes. Tampoco (tal como lo verá ahora) cuando concuerdan porque los distintos argumentos que lo llevaron a rechazar la técnica de las esperanzas o la de las expectativas, se sostienen con la misma firmeza contra las dos combinadas. Smith podría llegar a esperar que se interprete el estatuto con suma precisión, porque esto beneficiaría a sus amistades de las corporaciones y a sus contribuyentes, y predecir que sucederá porque cree que los primeros casos serán decididos por jueces anticonservacionistas. Parece incorrecto considerar que sus opiniones son decisivas aun cuando combinan sus esperanzas y predicciones en esa forma. Hermes pronto hallará una solución para este dilema aparente en una idea nueva: que la teoría sobre el significado del orador para la interpretación de estatutos requiere que se considere que las intenciones de Smith se basan en sus *convicciones*, es decir, sus creencias acerca de aquello que requiere la justicia o una política firme, lo que, por supuesto, puede ser diferente de sus esperanzas o expectativas. Cuando Hermes llegue a esta conclusión desarrollará un método diferente para interpretar estatutos de los que han sido considerados hasta el momento.

Estados mentales contrafácticos

Sin embargo, quiero suponer que aún no ha tenido esta idea y sigue luchando con las esperanzas y expectativas. Hasta el momento ha hecho la irrazonable suposición de que Smith tenía en realidad una esperanza pertinente o había hecho algún tipo de predicción al emitir su voto. Se da cuenta de que esto puede

no ser así, de que pudo no haber pensado en absoluto acerca de las represas sin terminar, del mismo modo que los legisladores que votaron a favor del estatuto de testamentos no pensaron en los asesinos como Elmer. ¿Cómo podrá entonces Hermes calcular cuáles eran sus intenciones? Muchos abogados sostienen que en estas circunstancias los jueces deberían formular una pregunta *contrafáctica* de este tipo: ¿Cuál habría sido la intención de Smith si hubiese pensado en el problema? La mejor respuesta a una pregunta contrafáctica es que tal respuesta no existe. Si Smith no pensó jamás en la variedad de perca denominada *snail darter*, podría no ser ni verdadero ni falso el hecho de que habría querido que esa variedad se salvara si hubiese pensado en ello. (5) Sin embargo, a veces las preguntas contrafácticas tienen buenas respuestas. Podemos imaginar con facilidad cualquier evidencia de que si hubiese pensado en el problema habría querido salvar al pez o, por el contrario, que se terminara y abriera el dique. O evidencia de que habría esperado que las cortes protegieran ese pez o, por el contrario, esperado que permitieran abrir el dique. Pero como Hermes ya ha decidido que la intención de Smith no es cuestión de sus verdaderas esperanzas o expectativas, tampoco pensará que es una cuestión de sus esperanzas o expectativas falsas. Por lo tanto, puede verse tentado a interpretar la pregunta contrafáctica pertinente de la siguiente manera: si se ha introducido una enmienda, que especifica que el secretario no tenía el poder de detener el dique de la AVT (Agencia del Valle de Tennessee) una vez que el dique estaba casi terminado, ¿Smith habría votado a favor o en contra de dicha enmienda? Después de todo, fue un lamentable accidente que ninguno hubiese pensado en el problema e introducido dicha enmienda, y parece sensato preguntar qué habría sucedido si no hubiera ocurrido ese accidente.

Pero Smith podría haber votado a favor o en contra de dicha enmienda por distintas razones: porque estaba ansioso por retrasar un receso del Congreso, por ejemplo, o no quería antagonizar con su patrocinador porque necesitaba su ayuda en otras cuestiones, o porque un funcionario de la AVT lo estaba extorsionando. Parece extraño permitir que la aplicación de un estatuto dependa de su voto contrafáctico por cualquiera de estas razones. Existe una dificultad más importante: cómo habría votado podría depender de cuándo y en qué circunstancias fue introducida la enmienda y también de cómo estaba redactada. Podría haber votado a favor si hubiera sido presentada en el proceso legislativo, pero no al final porque entonces no habría querido demorar la aprobación del proyecto. O habría votado a favor a pesar de sus reservas si hubiese sido presentado como un conjunto de enmiendas que contenía otras que Smith deseaba. Hermes debe entonces formular una pregunta contrafáctica más precisa: debe decir con gran claridad que fue accidental que no se hubiera introducido ninguna enmienda; y debe declarar qué enmienda supone que se habría introducido de no haber sido por el accidente. Esa pregunta no posee una respuesta razonable. Sería arbitrario suponer, por ejemplo, que de haberse conocido el problema se habría agregado una enmienda antes de la votación final. ¿Debe decir entonces que la intención de Smith incluía un punto de vista particular sobre esa variedad de perca sólo si hubiera votado a favor de una enmienda a dicho efecto sin importar cuándo ni bajo qué circunstancias fue ofrecida? Esto es demasiado estricto: ninguna previsión pasaría esta prueba. De hecho, sería incluso demasiado fuerte decir que los legisladores de Nueva York habrían aprobado una enmien-

da que impidiera que los asesinos heredaran, sin importar cuándo ni bajo qué circunstancias fue agregada dicha enmienda.

La segunda eventualidad que mencioné (sobre el texto de una enmienda hipotética) es aun más complicada. Supuse que a Smith le habían pedido que votara a favor de una enmienda que excluía el proyecto de la AVT del control del secretario. Pero es bastante improbable que se hubiese propuesto una enmienda tan específica. Es más probable que una enmienda hubiera eximido cualquier proyecto autorizado antes de que se designara en peligro la especie en cuestión o bien cualquier proyecto cuya construcción hubiese comenzado antes de ese momento, o de lo contrario, un proyecto que hubiera estado sustancialmente terminado. O que una enmienda hubiese previsto que en el caso de proyectos ya autorizados (o tal vez empezados), el secretario debe ejercer su poder en forma "razonable", teniendo en cuenta la importancia de la especie y del proyecto, el estado de la obra, el dinero invertido en el proyecto, etcétera. Podía haber habido innumerables enmiendas más que, si se adoptaban, podrían considerarse que justificaban una excepción para el proyecto de la AVT. Smith habría votado a favor de alguna de estas enmiendas si se hubiesen propuesto o si hubiese estado presente para poder votar, y contra otras. Una vez más, Hermes tendría que elegir una forma particular de enmienda que fuera tan canónica como para poder decidir si Smith hubiese votado a favor o en contra de la AVT en caso de proponerse una enmienda adecuada; cualquier elección sería entonces arbitraria.

Convicciones

Un nuevo comienzo

Ahora volvamos a la idea que Hermes comenzaba a formarse antes de que lo hiciera pensar en las intenciones contrafácticas. No buscará las esperanzas o expectativas de Smith o aquello que habría hecho en circunstancias que no sucedieron sino las convicciones políticas por las que Smith votó a favor del acta, o lo habría hecho si hubiese votado basándose en sus principios. Podemos suponer que Smith tenía una variedad de creencias y actitudes con respecto a la justicia y la equidad y a cuáles políticas de conservación serían las más efectivas para mejorar la comunidad. No me refiero a que tuviera una completa teoría política, moral y económica. Sus convicciones acerca de la justicia, la equidad y una buena política podrían haber estado equivocadas o ser incompletas o haber sido más una cuestión de intuición o instinto que de conclusiones filosóficas. Sin embargo, tenía convicciones de este tipo y esto concuerda a la perfección con que tenga los otros motivos que mencioné anteriormente: el deseo de avanzar en su carrera política o financiera, la fortuna política de su partido o la prosperidad de sus amigos que controlan grandes corporaciones. También se relaciona con el hecho de que actúe, cada tanto o en forma asidua, impulsado por estos otros motivos en lugar de hacerlo por sus propias convicciones.

La nueva propuesta de Hermes considera la "intención" de Smith al votar a favor del Acta de las Especies en Peligro como la consecuencia de sus convic-

ciones que justificarían el voto, si es que alguna lo haría. Pero cuando descubre que no pensó en el *snail darter*, no tiene necesidad de especular sobre lo que habría esperado o deseado o sobre cómo habría votado. Puede formular una pregunta directa que nada tiene de contrafáctica: ¿Qué posición acerca del poder del secretario de detener una represa casi terminada surge naturalmente de sus convicciones políticas, mientras haya podido descubrir cuáles son éstas? Aun si Smith no oyó hablar nunca del *snail darter* podía haber tenido convicciones acerca de dicho problema: podía haber creído, por ejemplo, que la conservación de las especies es una cuestión de capital importancia, que sería una deshonra nacional permitir que muriera siquiera una especie si había la posibilidad de salvarla. En ese caso, Hermes estaría justificado al concluir que sus convicciones actuales, que fueron reveladas hasta el momento, se verían más favorecidas al proteger a los peces y no la represa. De modo que el enfoque de las convicciones evita los a menudo misteriosos y siempre arbitrarios artificios contrafácticos tan populares en los libros de texto acerca de la interpretación de estatutos. Hermes preferirá la interpretación de las convicciones a las otras que consideró también en forma más general, porque esta interpretación se adapta mejor a los objetivos de una comunidad de principio. Los miembros de dicha comunidad esperan que sus legisladores actúen sobre una base de principios y de integridad, y ese objetivo se estimula si la legislación se hace cumplir a la luz no de las ambiciones personales de los legisladores sino de las convicciones dominantes en toda la legislatura. Cuando por estas razones Hermes elige la interpretación de las convicciones, se ha alejado bastante del cuadro original de la legislación como comunicación. Los votos de Smith deberían ser una evidencia de sus convicciones, pero no son sus manifestaciones en la forma que las oraciones de un orador son manifestaciones de la idea que utiliza para expresarlas.

Convicciones conflictivas y dominantes

Sin embargo, esta idea de Hermes origina nuevos problemas. Las convicciones políticas de Smith, a pesar de lo primitivas o incompletas que puedan ser, no son sólo una lista de creencias y actitudes al azar. Posee una variedad de opiniones sobre lo que es justo y lo que es injusto, inteligente o tonto, a favor o en contra del interés nacional o colectivo, pero también piensa que tienen una estructura jerárquica: considera algunas más básicas o fundamentales que otras, y algunas dependientes de otras, o apoyándolas, o ambas cosas. A menos que sea un moralista herculeano, estas distintas opiniones no serán totalmente coherentes. O (más relacionado con este tema) no parecerán perfectamente coherentes para alguien que desee, al igual que Hermes, basar en ellas la estructura simple, coherente y justificadora que requiere la integridad. Sus opiniones acerca de la política de conservación podrían parecerle en profundo conflicto con sus opiniones acerca de hasta qué punto resulta justo y razonable que el gobierno imponga normas estéticas a nivel nacional, tal como lo expresan sus declaraciones o votos sobre la ley urbanística o de viviendas. O con sus convicciones, reflejadas en declaraciones o votos sobre el gobierno local o la política impositiva, acerca de hasta qué punto debe sacrificarse el interés económico de una discreta localidad a los gustos de una mayoría nacional, cuya mayor parte no sufrirá pérdidas financieras comparables. O con sus opiniones acerca de la equidad

política, sobre hasta qué punto se permite que el gobierno lidere en lugar de seguir la opinión nacional al fijar una concepción acerca de lo que es el interés público, tal como lo sugieren sus opiniones y votos sobre subsidios nacionales para las artes, por ejemplo.

Ninguno de estos conflictos potenciales preocupó a Hermes cuando consideró tratar las distintas opiniones de Smith como sus esperanzas o expectativas o cuando se preguntó cómo habría votado en caso de haber surgido la cuestión del *snail darter*. Sus razones iniciales para considerar importante si Smith hubiera votado a favor de una enmienda en particular de haber sido presentada no se habrían debilitado si ese voto contrafáctico no hubiese estado relacionado con otros votos. Sin embargo, el nuevo enfoque de Hermes sobre las convicciones es diferente. Ahora cree que deberían interpretarse los estatutos como promoviendo los objetivos de una comunidad de principio, es decir, que deberían interpretarse como la expresión de un esquema coherente de convicción dominante dentro de la legislatura que los sancionó. Está suponiendo que las opiniones de Smith son representativas de las opiniones de sus colegas; si sospecha que algunas de sus opiniones concretas están en conflicto con, y son condenadas por sus convicciones políticas más generales y fundamentales, debe preguntar cuál de las interpretaciones del estatuto se adaptaría mejor a todas sus convicciones consideradas en conjunto, como un sistema de ideas estructurado, coherente hasta donde sea posible.

Esta es una conclusión importante porque, tal como lo veremos a continuación, conducirá a Hermes directamente hacia los métodos interpretativos de Hércules para interpretar un estatuto, aquellos métodos que Hermes comenzó por rechazar. Sin embargo, deberíamos detenernos un momento para señalar un error lógico que podría tentar a cualquiera a negar su importancia: me refiero al error de pensar que las distintas convicciones de Smith nunca pueden estar en conflicto entre sí. Comienzo por describir una forma imperfecta de este error que nadie estaría tentado a cometer. Supongan que Smith cree, tal como acabamos de imaginar, que la conservación de especies es una cuestión de tal importancia que la nación debe hacer un gran sacrificio por alcanzar este propósito. Ha pensado acerca del caso del *snail darter* y cree que la represa de la AVT debe terminarse y ponerse en funcionamiento. Es obvio que ha cometido un error de hecho: pudo no haberse dado cuenta de que, por ejemplo, la represa eliminaría los únicos lechos de esa especie de pez. Una vez que sabemos que ha cometido ese tipo de error, creemos correcto afirmar que su convicción concreta, de que debería abrirse la represa, está en conflicto con su otra convicción más abstracta, de que las especies deberían ser salvadas sin importar el costo. Consideren ahora esta absurda objeción a esa conclusión. "Las opiniones de Smith no están en conflicto porque su primera convicción no condena todos los actos que en realidad ponen en peligro las especies sino sólo aquellos que *cree* que lo hacen. De modo que a pesar de haberse equivocado sobre el impacto de la represa en el *snail darter*, no es culpable de ninguna contradicción, y Hermes apoya sus convicciones al permitir que se abra la represa." Lo absurdo yace en la visión que esta objeción tiene del contenido de una convicción. Podemos decir que Smith *sabe* que se opone a actos que cree ponen en peligro las especies; nos referimos a que éstos son los únicos actos que Smith *reconoce* que sus convicciones condenan. Sin embargo, es erróneo considerar su convicción (el

significado que tiene para Smith) como aquella de que sólo los actos que cree amenazan las especies están equivocados. Para que algo sea considerado la convicción de una persona, ésta debe reconocer que aquello que surge de ella depende de lo que en realidad es verdad, y no de aquello que cree que constituye la verdad.

El contraste entre conocimiento y convicción es crucial. Comparen el siguiente par de argumentos. a) Edipo mató al hombre que encontró en la encrucijada. El hombre que encontró en la encrucijada era su padre. De modo que Edipo mató a su padre. b) Edipo sabía que estaba matando al hombre que encontró en la encrucijada. El hombre que encontró en la encrucijada era su padre. De modo que Edipo sabía que estaba matando a su padre. El primer argumento es válido, pero el segundo no, porque no podemos sustituir diferentes descripciones, a pesar de que se refieren a lo mismo, en proposiciones que describen aquello que alguien pensó o sabía en lugar de aquello que hizo. (Los filósofos los denominan contextos de pensamiento o conocimiento "opacos" en lugar de contextos "transparentes".) (6) El siguiente argumento carece de validez por la misma razón: como Smith cree que los proyectos que ponen en peligro las especies deberían ser interrumpidos, y este proyecto pone en peligro a una especie, Smith cree que este proyecto debería ser interrumpido. Sin embargo, las declaraciones de las convicciones, hechas por las personas a quienes pertenecen dichas convicciones, son transparentes a la sustitución y por lo tanto no es erróneo sino correcto afirmar que Smith "está comprometido" a detener el proyecto de la represa, o que de sus convicciones "surge" que debe detenerse la construcción de la represa.

Nos deshacemos entonces de la objeción que denominé absurda porque se basa en un error sobre la lógica de las declaraciones de convicción. Sin embargo, debemos hacer una advertencia con respecto a la misma objeción, que se basa en el mismo error, en un medio diferente donde en principio podría parecer razonable. Supongan que Smith posee convicciones más moderadas. Piensa que es importante preservar las especies, pero no de una importancia extrema y que por lo tanto, el secretario no debería tener el poder de proteger especies sin importancia cuando esto fuera totalmente "irrazonable", dado el efecto en las finanzas y otros objetivos públicos. También piensa que el proyecto de la AVT debe ser interrumpido para salvar al *snail darter*. Suponemos que no ha cometido ningún error "de hecho", pero su juicio de que no sería irrazonable detener el proyecto de la represa en estas circunstancias no tendría relación con sus opiniones. Hermes puede tranquilamente atribuirlo a Smith. Pudo haber votado en otras ocasiones en formas que suponen un juicio muy distinto sobre la importancia relativa de la conservación y el gasto público. Pudo haber votado en contra de medidas mucho menos costosas y a favor de reducciones en importantes gastos públicos que ahorrarian mucho menos dinero del que se gastaría al detener el proyecto de la represa. Hermes pensará entonces que su opinión específica sobre el *snail darter* no concuerda con sus convicciones generales, que una vez más ha cometido un error al aplicar estas convicciones generales a este caso en particular, a pesar de que su error es ahora de un carácter distinto.

También podría objetarse que las opiniones de Smith no están en conflicto porque aunque crea que los proyectos no deberían interrumpirse cuando fuera irrazonable hacerlo, no cree que sería irrazonable interrumpir la construcción

de la represa de la AVT. Pero ésta no resulta una mejor objeción de lo que fue hace un momento. Asume el punto de vista equivocado del contenido de las convicciones abstractas de Smith. Smith no cree que el secretario deba tener el poder de tomar decisiones que considera irrazonables (sería una opinión extraordinaria) sino que el secretario no debería tener el poder de tomar decisiones que de hecho son irrazonables. Ninguna otra interpretación de su convicción tiene sentido como convicción, y no hay diferencia en que la convicción sea expresada en un lenguaje “de juicios” sobre la racionalidad en lugar de un lenguaje “basado en hechos” sobre las verdaderas consecuencias del nuevo dique. A Hermes le queda por preguntarse si esta convicción específica sobre el *snail darter* no tiene relación alguna con sus convicciones más abstractas acerca de la racionalidad en general, y si no, cuál de estas convicciones debe hacer cumplir.

Hacia Hércules

Si considera un problema interpretativo el hecho de tratar de encontrar la asignación de opiniones sobre la importancia relativa de las especies y otros objetivos que dan sentido a su conducta política en general, es probable que tenga que decidir que la opinión de Smith acerca del *snail darter* es, dentro del cuadro más amplio de sus opiniones generales, un error. Creará entonces que la mejor forma de respetar sus convicciones en general es ignorar su opinión concreta acerca del *snail darter* y permitir que se abra la represa. ¿Qué razón podría tener para la decisión contraria, de que respeta mejor sus convicciones al someter a consideración esa opinión en particular? (Recuerden que Smith jamás expresó esa opinión concreta en forma oficial; Hermes sabe que la tiene así como sabe que tiene las convicciones más generales que él considera no relacionadas con la primera.) Alguien podría decir: cuando los jueces y legisladores no están de acuerdo sobre un asunto cualquiera, el principio de supremacía legislativa sostiene que debe prevalecer la opinión de los legisladores. Smith y Hermes disienten acerca de algo, a saber, si su opinión sobre el *snail darter* está relacionada con sus opiniones más generales sobre un gobierno razonable. Smith no las considera incoherentes. De modo que si ignora su opinión específica sobre el *snail darter*, reemplaza la opinión de Smith sobre la coherencia con la propia, y eso es exactamente lo que no deben hacer los jueces.

Esta objeción repite, sin embargo, el error que ya hemos señalado varias veces. Un juez debe confiar en sus propias opiniones al desarrollar y aplicar una teoría sobre la manera de interpretar un estatuto. No puede remitir una parte de dicha tarea a la legislatura de la cual utilizará las aprobaciones y sanciones para comprender su teoría. Hermes ha alcanzado un punto en su argumento donde debe decidir bajo qué circunstancias debe entenderse que las distintas convicciones de un legislador están en conflicto y, cuando lo hacen, qué convicciones debe preferir. No puede remitir esa pregunta a los legisladores a quienes pertenecen estas convicciones. Esta pregunta es sobre si sus opiniones están en conflicto, y no si ellos piensan que lo están, y ésta es una pregunta que debe responder por sí solo. Sabe, por supuesto, que su opinión acerca de qué convicciones de Smith son incoherentes es bastante polémica, y que distintos jueces tomarían distintas decisiones. Pero esto es algo inevitable y no podemos evitarlo tal como no evitamos decidir otras cuestiones que hemos señalado, como por

ejemplo, quién cuenta como legislador. Sus propias convicciones políticas, que comprometen estas preguntas, son las únicas que posee.

De modo que a Hermes no le queda otra opción que estudiar las convicciones de Smith en una forma más general e interpretativa (teniendo en cuenta la forma en que vota y qué dice en otras ocasiones sobre cuestiones que parecen estar muy alejadas de la conservación de las especies) para poder ver qué decisión en el caso del *snail darter*, respeta mejor las convicciones de Smith como un conjunto o sistema. Puede terminar no teniendo en cuenta lo que conoce como su opinión específica sobre el *snail darter*. Por supuesto que la evidencia que necesita para este proyecto interpretativo la conseguirá en su mayor parte a través de sus votos y declaraciones, su historia o registro legislativo a lo largo de su carrera o, si sus opiniones parecen haber cambiado, su carrera reciente. Preguntará qué sistema de convicciones proporciona la mejor justificación para lo que ha hecho en su función. Ahora vean cómo esto afecta su decisión acerca de un problema que había enfrentado con anterioridad: el problema de combinar las “intenciones” de legisladores discretos en una intención general o institucional de la legislatura misma.

Nosotros “resolvimos” ese problema por él con una suposición imposible: que el problema no surge porque todos los legisladores que votaron a favor del acta tenían exactamente las mismas “intenciones”. Si hubiésemos seguido utilizando esa suposición para resolver problemas combinatorios, tendría que haber sido revisada para tomar en cuenta las nuevas conclusiones de Hermes. Ahora tendríamos que suponer no sólo que cada legislador tenía las mismas opiniones concretas acerca del caso del *snail darter* sino que cada uno tenía el mismo sistema más general de convicciones políticas y morales, expuesto en votos similares en todas las cuestiones legislativas, lo que resulta absurdo. De modo que el problema de las combinaciones está presente una vez más y Hermes podría llegar a considerar, aunque por un segundo, la siguiente nueva respuesta a éste. Debe estudiar los antecedentes políticos de cada legislador por separado para descubrir qué opinión surgiría, a partir del sistema general de convicciones del legislador, sobre el poder del secretario para detener la construcción de la represa, una vez que los conflictos se hubiesen identificado y resuelto. Luego, debe elegir algún método para consolidar estas distintas opiniones en la opinión general de la misma legislatura. Sin embargo, de repente se da cuenta de que existe una estrategia alternativa que podría utilizar, que ofrece un camino más directo y moldeable hacia el mismo objetivo. Puede entrenar su imaginación interpretativa, no en los antecedentes legislativos de cada legislador en particular sino en los antecedentes de la legislatura en sí, preguntándose qué sistema coherente de convicciones políticas justificaría mejor lo hecho por la legislatura.

Parecía un error metafísico considerar tan fundamental la “intención” de la legislatura mientras Hermes estuviera atrapado por una versión sobre el estado mental de la teoría del significado del orador con propósito legislativo. Mientras pensemos que la intención legislativa es sobre lo que una persona tiene en mente e intente comunicar a través de su voto, debemos considerar fundamentales los estados mentales de ciertas personas en particular porque las instituciones no poseen mente, y entonces debemos preocuparnos por la manera de consolidar las intenciones individuales en una ficticia intención grupal colectiva. Sin

embargo, Hermes abandonó la búsqueda de estados mentales cuando decidió que la intención pertinente de un legislador es cuestión de sus convicciones generales, organizadas por una interpretación constructiva y no sus esperanzas o expectativas particulares o discretas opiniones concretas. La interpretación constructiva puede estar dirigida a los antecedentes de instituciones y prácticas como a individuos, y Hermes no tiene razón alguna para atribuir convicciones directamente a la legislatura misma.

De modo que Hermes tiene dos estrategias que comparar. Puede construir una "intención" legislativa en dos pasos, al interpretar los antecedentes de legisladores individuales para descubrir las convicciones que justificarían lo hecho por cada uno, y luego combinar estas convicciones individuales en una convicción institucional general. O, en un solo paso, al interpretar los antecedentes de la legislatura para descubrir las convicciones que justificarían lo que ha hecho. Hermes elegirá la segunda estrategia por la siguiente razón. Si elige la primera, necesita una fórmula para combinar las convicciones individuales en una intención grupal y esa fórmula debe respetar sus razones para acudir a la estructura general de convicciones de un legislador, en lugar de acudir a las esperanzas, expectativas u opiniones concretas de un legislador, más pertinentes al caso. Sus razones son razones de integridad; acude a convicciones generales porque hasta donde fuera posible, la legislación en una comunidad de principio debería entenderse como la expresión de un esquema de principio coherente. De modo que la fórmula que necesita para la primera estrategia es la siguiente: debería combinar las convicciones individuales en la manera que produzca el conjunto de convicciones más verosímil posible para atribuírselo a la legislatura en conjunto, actuando como el servidor de una comunidad de principio. Pero ello significa que la primera estrategia (inverosímil e inmanejable) fracasaría a menos que, de alguna manera, alcanzara el mismo resultado que la segunda logra en forma directa. El problema de la combinación que parecía tan amenazador se ha convertido en un problema falso; Hermes no necesita una función combinatoria de las convicciones de los legisladores individuales porque desde el comienzo interpreta los antecedentes de la institución y no sus antecedentes uno por uno. La doctrina celebrada en la retórica judicial (que se debe hacer cumplir los estatutos teniendo en cuenta las intenciones detrás de ellos) muestra ahora su verdadera naturaleza. No es más que el principio de integridad adjudicativa que abarcamos en el Capítulo 6 que aparece como un lema para los jueces que interpretan estatutos. Podemos dejar a Hermes. Su nuevo método necesita una cuidadosa elaboración, pero no por él ya que se ha convertido en el gemelo de Hércules.

El método de Hércules

El método señalado, que utiliza Hércules para interpretar estatutos, parecía, a primera vista, prestar muy poca atención a las verdaderas opiniones y deseos de aquellos que los convirtieron en ley. Así que tomamos en cuenta la versión más ortodoxa de la intención legislativa que denominé la teoría del signifi-

cado del orador. Pero esto nos llevó poco a poco a la idea de Hércules de que los estatutos deben interpretarse en la forma que surja de la mejor interpretación de todo el proceso legislativo. Tenemos que ver qué significa esto en la práctica. Tenemos una idea porque sabemos cómo interpreta Hércules los precedentes del derecho consuetudinario. Pero los estatutos son diferentes de las decisiones judiciales de precedente y por lo tanto, debemos estudiar cómo procede Hércules cuando se encuentra ante un estatuto en lugar de un conjunto de compilaciones de decisiones judiciales. ¿Qué haría en el caso del *snail darter*?

Supongo que tiene sus propias opiniones sobre todas las cuestiones en juego en la controversia del *snail darter*. Tiene opiniones formadas acerca de la conservación en general, el poder público, la mejor manera de desarrollar la zona de los Apalaches, la conservación de las especies, en resumen, sobre si sería mejor, tomando todo en cuenta, detener la construcción de la represa de la AVT. Supongan que quiere interrumpir la represa, no porque esté interesado en el *snail darter* o en la conservación de especies, sino sobre una base estética porque prefiere dejar los cursos de agua que la represa modificaría tal como están. (Algunos de aquellos que presionaron al secretario para que declarara el *snail darter* una especie en peligro sin duda tenían ese motivo.) ¿Su método le permitiría decir que, como la comunidad estaría mejor si se interrumpiera la represa, debería interpretarse el acta como que le otorga dicho poder al secretario? ¿Esa decisión no hace del acta (por lo menos en su opinión) la mejor demostración estadista posible?

No, no es así. Pues Hércules no está tratando de alcanzar lo que considera el mejor resultado sustantivo sino de encontrar la mejor justificación posible de un hecho legislativo del pasado. Trata de mostrar un pedazo de historia social (la historia de una legislatura elegida en forma democrática que sanciona un texto en particular en circunstancias particulares) bajo la mejor perspectiva posible, y esto significa que su descripción debe justificar toda la historia y no sólo su conclusión. Su interpretación debe ser sensible no sólo a sus convicciones acerca de la justicia y de una política de conservación inteligente, sino también a sus convicciones sobre los ideales de la integridad y la equidad política y el debido proceso en cuanto a que éstos se aplican en forma específica a la legislación en una democracia.

Integridad textual

Para Hércules, la integridad y la equidad restringirán la justicia y sabiduría en distintas formas. La integridad le exige que construya, para cada estatuto que le piden que ponga en vigor, una justificación que se adapte y fluya a través del estatuto y, de ser posible, sea coherente con otra legislación en vigor. (7) Esto significa que debe preguntarse qué combinación de principios y políticas, con qué asignaciones de relativa importancia cuando éstos compiten, llegan a proporcionar el mejor caso para aquello que las palabras simples del estatuto requieren. Como ahora Hércules está justificando un estatuto en lugar de un conjunto de precedentes del derecho consuetudinario, la restricción que identificamos en el Capítulo 7 ya no es válida: debe considerar justificaciones de política, así como también de principio, y en algunos casos podría llegar a ser problemático qué forma de justificación sería la más apropiada. (Una ley que subvencio-

nara la anticoncepción podría justificarse por el respeto de presuntos derechos que se violan cuando no hay anticonceptivos disponibles, que es una cuestión de principio, o por la preocupación de que la población no crezca demasiado rápido, que es una cuestión de política o de ambas cosas.) Sin embargo, la justificación de política que imaginamos dando a Hércules, que el objetivo del estatuto es proteger las áreas rurales de desarrollo que molesten o no tengan relación con el paisaje circundante, no se adapta en absoluto al texto. Pues es absurdo sugerir que un gobernante ansioso por asegurar que la política elija el método fortuito, incluso irracional, de prohibir sólo y todos los proyectos que pusieran en peligro las especies, ya sea que fueran útiles o no al medio rural.

Cualquier justificación competente del Acta de las Especies en Peligro debe apelar a una política de protección de las especies en peligro. Ninguna interpretación que desconociera esa política o la considerara de poca importancia podría ni siquiera comenzar por justificar las estipulaciones del acta y mucho menos su nombre. (8) Supongan que Hércules la acepta pero sigue pensando que ninguna política razonable sobre la conservación de especies requeriría que se interrumpiera la construcción de un dique ya casi terminado. No le resultará difícil describir una política rival que justificara esa calificación: la política de que no se derrochen los fondos públicos. Pero la cuestión sigue siendo si puede atribuir el peso suficiente a esa política rival, dentro de las dimensiones del texto del estatuto, para incluir dicha calificación en su justificación general; que a su vez dependerá de qué peso deberá asignar a la principal política sobre la conservación de especies para poder justificar el resto del estatuto. (Esa interdependencia de política y peso explica gran parte del debate en la Corte Suprema sobre el caso del *snail darter*.) Si el texto hace otras excepciones o calificaciones con respecto al poder del secretario, aun si no tuvieran nada que ver con su poder para interrumpir proyectos comenzados, ello sugerirá un menor grado de importancia para la política principal y así mejorará el caso para la calificación por derroche. Si, por el contrario, el estatuto subraya la importancia de la política principal al aceptar en forma expresa sacrificios en otras políticas importantes o incluso principios para poder promover la política principal (por ejemplo, si alguna otra sección del acta declara que el secretario no necesita considerar el impacto en el desempleo al dar sus órdenes de protección) entonces esto sostendría que ninguna política que pudiera eximir el proyecto de la AVT tiene lugar en la interpretación general.

Equidad

Volveremos a las restricciones de la integridad. Pero ahora nos ocuparemos un momento de la equidad. Supongan que Hércules se dedica a la conservación de especies: cree que la pérdida de sólo una es un daño incalculable. Piensa que es mucho mejor detener la construcción del dique que perder el *snail darter*, de hecho, preferiría que se desmantelaran los diques ya existentes si eso ayudara a salvar al pez. Imaginen que está satisfecho de que nada en el Acta de las Especies en Peligro contradice su punto de vista acerca de la importancia de conservar las especies. El poder del secretario no está calificado en ninguna forma explícita que sugiera la menor preocupación con respecto a la conservación. De ello no surge que Hércules pensará que la mejor interpreta-

ción del estatuto, la interpretación que hace de la historia del gobierno lo mejor posible, salva al *snail darter*. Sabe que sus propias opiniones (y es contundente consigo mismo) son excéntricas. Casi ninguna otra persona las comparte. De modo que debe preguntarse si es mejor para la legislación buscar el resultado correcto aun cuando sus votantes lo consideren el resultado equivocado.

Por supuesto que sabe que los votantes pueden sacar a un legislador de su puesto al finalizar su período si es que disienten con lo que ha hecho. Pero ése no es argumento: un error no se justifica con la oportunidad de venganza. Y tampoco el destino del *snail darter*, por importante que lo considere Hércules, compromete cualquier cuestión de principio, de derechos que podría pensarse tienen algunos ciudadanos en particular contra otros o contra toda la comunidad. Se trata aquí de qué situación es la más favorable para todos: Hércules cree que la vida de cada uno disminuye cuando se extingue una especie, pero no cree que el hecho de permitir que una especie desaparezca injustamente favorezca a algunas personas a expensas de otras. De modo que la conservación de especies es un paradigma sobre el tipo de decisión que debería ser gobernada por la voluntad de la gente, el tipo de decisión que hasta los legisladores que aceptan el modelo burkeano de responsabilidad legislativa no deberían imponer a sus electores cuando estos últimos están unidos en la opinión contraria. Si Hércules está de acuerdo, llegará a la conclusión de que una historia legislativa que supone que el Congreso ha permitido un paternalismo injustificado sería peor que una historia donde se respetara la elección de la gente, a pesar de que Hércules considere que ésta es la elección incorrecta.

De modo que en estas circunstancias las convicciones de Hércules sobre la equidad colocan importantes obstáculos entre sus propias preferencias, incluso aquellas que no están relacionadas con el lenguaje del estatuto, y su juicio acerca de cuál interpretación es mejor, tomando todo en cuenta. Dado que en esta situación su juicio es sensible a la opinión pública en general, también es sensible, por otras razones, a las convicciones concretas de los distintos legisladores que hablaron en los debates, que redactaron informes, etcétera. Estas declaraciones suelen ser una buena evidencia de la opinión pública en toda la comunidad. Los políticos son a menudo iguales, por lo menos en sus convicciones, a las personas que los votaron; es decir, son típicamente hábiles para juzgar las convicciones de sus constituyentes y elegir sus declaraciones públicas para reflejarlas. Si los debates sobre el Acta de las Especies en Peligro expresaran una convicción ampliamente aceptada sobre la importancia relativa de la conservación de una especie menor, sería una fuerte evidencia de un sentimiento público general en el mismo sentido.

Historia legislativa

Tal como lo dije antes, Hércules respeta la integridad textual de modo que no creará que mejora un estatuto con sólo proyectar en él sus propias convicciones; respeta la equidad política y por lo tanto no ignorará por completo la opinión pública tal como lo expresan las declaraciones legislativas. El argumento a

partir de la equidad nos lleva a explicar por qué Hércules le prestará una atención considerable a las convicciones concretas que expresan los legisladores. Volvemos a la integridad para considerar una razón diferente y más poderosa para dicha práctica, a pesar de que hace una discriminación entre dichas expresiones.

La práctica legal norteamericana considera especialmente importantes algunas declaraciones de propósito legislativo para decidir de qué manera interpretar un estatuto. Estas incluyen declaraciones realizadas por senadores o congresistas que son los patrocinadores de un proyecto de ley o sus administradores a través del proceso del Congreso, y también declaraciones que figuran en los informes formales de los comités especiales del Congreso a través de los cuales pasan los proyectos de ley. Las cortes norteamericanas prestan mucha atención a estas declaraciones privilegiadas, y los legisladores norteamericanos se esfuerzan por asegurar que las declaraciones que aprueban se hallan entre ellas. La historia legislativa dominó la discusión de la Corte Suprema en el caso del *snail darter*, tal como lo vimos en el Capítulo 1, a pesar de que los magistrados no estuvieron de acuerdo sobre qué partes de la historia eran de particular importancia.

¿Por qué algunas declaraciones del Congreso, aquellas consideradas partes esenciales de la historia legislativa, son más importantes que otras? Si nos ocupamos sólo de la equidad, las creeríamos más importantes porque son una buena evidencia de la opinión pública. Las declaraciones que realizan los patrocinadores en una asamblea o en informes de comité son estudiadas con atención. Otros legisladores las escuchan o las leen con un cuidado mayor que el ordinario. Pero la importancia que la mayoría de los jueces otorga a la historia legislativa no puede ser explicada de esta manera. Pues el discurso de un patrocinador ante una cámara vacía es parte del corazón de la historia legislativa, a pesar de que sus comentarios en un discurso televisado en toda la nación, que son una mejor evidencia de lo que se invita al público a pensar sobre un estatuto, no son parte de la historia legislativa. Por razones que trataré de describir, Hércules se ocupará de que las declaraciones de propósito oficiales, hechas en la forma canónica establecida por la práctica de la historia legislativa, sean también consideradas actos del Estado personificado. Son en sí decisiones políticas, de modo que la principal exigencia de la integridad, que el Estado actúe sobre una base de principios, las abarca como así también las decisiones más discretas captadas en los estatutos. El objetivo de Hércules es hacer de la historia legislativa la mejor posible; en cambio, la empeoraría si su interpretación mostrara al Estado diciendo una cosa y haciendo otra.

Promesas y propósitos

Sería absurdo considerar cada declaración que hace un legislador acerca del propósito de un estatuto como el acto del Estado; si dos senadores discuten acerca de lo que es o debería ser el Estado, al sancionar un proyecto de ley, están discutiendo sobre el acto del Estado, y no ellos actuando por él. Pero un informe formal de comité, o la declaración del administrador de un proyecto de ley es diferente; éstos pueden ser considerados parte de lo producido por el proceso legislativo, algo con lo cual toda la comunidad está comprometida. (9) Pue-

den ser considerados de esa forma si la práctica los designa como especiales, tal como lo hace la práctica norteamericana. Para poder comprender esta práctica y aplicarla cuando se discute su fuerza, como en el caso del *snail darter*, Hércules debe interpretarla: debe encontrar una descripción de la práctica que se adapte a ella y la justifique. ¿Puede iniciarse una acción por moralidad política por considerar algunas declaraciones formales de intención como los actos del Estado mismo? Deberíamos comenzar por plantear el argumento más evidente en contra de hacerlo. El proceso legislativo ya posee medios disponibles para hacer de dichas declaraciones parte de la decisión formal del Estado cuando esto fuera conveniente: pueden estar escritas en el texto del mismo estatuto. Los abogados ingleses utilizan dicho argumento para la práctica inglesa, que insiste en que las declaraciones hechas por el Parlamento no deben ser utilizadas como guías en la interpretación de estatutos. Es un debate importante, no porque es decisivo contra la práctica norteamericana que es diferente sino porque demuestra que esta última sólo está justificada si establece algún rol especial para la historia legislativa, un nivel intermedio entre las observaciones informales de los legisladores, hechas tácticamente en el punto culminante del debate, y el texto formal del mismo estatuto.

No es difícil identificar un estado intermedio pues tenemos uno disponible en la moralidad personal. Hacemos una distinción entre las promesas de una persona y otros compromisos y las explicaciones que la misma persona ofrece de ellos, su descripción de cómo se adaptan y fluyen de sus creencias y propósitos más generales; consideramos que ambas cosas poseen una importancia moral, aunque pensamos que las explicaciones son más inciertas, más abiertas a la revisión y al cambio. Supongan que le doy 100 dólares a mi sobrino y le explico que admiro su elección de una carrera militar y que deseo ayudarlo en ella. El puede entonces esperar que lo ayude en su carrera en otras formas; se sorprenderá cuando más tarde le diga que considero que su carrera es desagradable y me opongo a ella de todas las maneras posibles, por ejemplo, negándome a presentarlo ante mis amigos de la guerra. O supongan que abro una nueva fábrica y le prometo a la comunidad que instalaré y mantendré cualquier implemento "razonable" para que mi fábrica no aumente la contaminación. En una entrevista por televisión me preguntan si un implemento en particular es razonable y yo respondo que sí. Pero luego decido no instalarlo: declaro que, contrario a mi opinión previa, me he convencido de que no es razonable porque puedo ofrecer la misma protección con otras medidas mucho menos costosas. En cada caso, mi declaración explicativa anterior es parte de mis antecedentes morales, algo por lo cual debo asumir la responsabilidad porque hice la declaración sabiendo que otros probablemente se basarían en ella y los alentaría a hacerlo. La historia habría sido mejor, desde el punto de vista moral, si yo hubiera llegado a mis últimas opiniones y las hubiese expresado en un comienzo. Le debo una disculpa a mi sobrino y a la comunidad. Pero la situación es diferente de lo que habría sido si hubiera prometido ayudar en la carrera de mi sobrino en forma explícita en la forma que más tarde me pidió, o hubiera prometido instalar el dispositivo que en un principio consideré razonable. Entonces, no habría podido cambiar de opinión con tanta libertad.

Podemos explicar la diferencia de esta forma. Una promesa posee un carácter ejecutable y por lo tanto, vida propia. (10) Expresa, aunque no registra, pro-

pósitos, creencias o convicciones. Puede que no sea sincera porque el prometedo no tiene la genuina intención de mantenerla, pero no es incorrecta ni aun en la forma que puede serlo la autocomprensión. Por otra parte, una declaración de intención es más un anuncio que una ejecución, y puede ser incorrecta o simulada como lo son otros comunicados personales. Si una declaración interpretativa de intención tuviera la misma fuerza ejecutable que una promesa, no podría ser usada tal como lo es, para situar una promesa en un contexto de creencias y propósitos verdaderos y así ayudar a otras personas a valorar al prometedo y predecir qué otra cosa puede llegar a hacer. Convertir la declaración en una promesa exprimiría el anuncio y aumentaría el acto ejecutable. Surgiría entonces una nueva pregunta, de qué propósitos y creencias más generales apoyaría la promesa agrandada y esto no podría responderse porque cualquier otra declaración se derrumbaría de la misma manera en el mismo agujero negro de la promesa.

Propósitos y principio

Podemos guiarnos por este aspecto de la moralidad personal al construir un rol político para la historia legislativa. Una comunidad de principio no ve la legislación de la misma manera que lo hace una comunidad que se basa en los códigos, como las promesas negociadas que no tienen otro significado, o más profundo, que el del texto que declara el estatuto; considera la legislación como si surgiera del compromiso actual de la comunidad a un esquema de fondo de moralidad política. La práctica de la historia legislativa, de declaraciones formales de un propósito institucional general y convicciones hechas en representación del mismo Estado, expresa y confirma dicha actitud. La práctica protege también una de las ventajas prácticas de una comunidad de principio: alienta a los ciudadanos a que se crean en una descripción en particular del esquema público cuando ellos mismos lo desarrollan y lo ponen en vigor. Pero estas ventajas dependen del tipo de distancia moral entre las decisiones explícitas del estatuto y el sistema explicativo de la historia legislativa que encontramos en la moralidad personal. Dependen de que traten las distintas declaraciones oficiales que conforman el sistema explicativo como poseedoras de una función de información más que de ejecución. La historia legislativa ofrece una interpretación contemporánea del estatuto que rodea, una interpretación que más adelante podrá ser revisada por las cortes o la misma legislatura, a pesar de que cualquier revisión importante haría, en retrospectiva, de la historia legislativa algo de qué lamentarse.

Se sirve mejor a una comunidad de principio con una estructura de legislación compleja como ésta, una estructura que incluye una distinción entre los actos legislativos ejecutables y las explicaciones interpretativas de estos actos. De modo que Hércules tiene razones para considerar las declaraciones formales que conforman la historia legislativa como actos del Estado y no considerarlas como parte del mismo estatuto. Debe tenerlas en cuenta al decidir qué historia del hecho legislativo es la mejor, pero debe hacerlo en la forma correcta. Reconoce que la legislatura es vista desde una mejor perspectiva cuando el Estado no ha engañado al público; por esa razón preferirá una interpretación que iguale las declaraciones formales de propósito legislativo, en especial cuando los

ciudadanos podrían haber tomado decisiones cruciales que se basaran en estas declaraciones. Si los debates legislativos sobre el estatuto de testamentos hubieran estado salpicados con declaraciones innegables de que los testamentos deben interpretarse sin ningún contexto en particular, es decir, otorgando a las palabras el significado que les asignaría la gente si no supiera nada especial sobre el contexto de su uso, entonces, el público habría recibido el estatuto, y los testamentos podrían haber sido redactados bajo dicha suposición. Hércules consideraría entonces el hecho como un argumento fuerte, aunque no necesariamente decisivo, a favor de dicha construcción. Pero tal como veremos, es un argumento cuya fuerza se debilita con el correr del tiempo.

La historia legislativa que rodea el Acta de las Especies en Peligro era mucho más compleja. La revisamos en el Capítulo 1 y señalamos que los magistrados de la Corte Suprema disientan acerca de si la historia legislativa debía incluir el hecho que el Congreso trató de explicar en varias decisiones tomadas después de que se pasara el acta, de que la represa de la AVT no corría peligro alguno. Hércules no tiene razón para dudar de que estas decisiones del Congreso se deben tomar en cuenta. Son parte del registro público, futuras decisiones políticas sobre la importancia relativa, en el esquema general de propósitos de la comunidad, de los diferentes intereses en juego. La opinión contraria, que no se tomen en cuenta estas decisiones, supone la restricción temporal que consideraremos a continuación, que el significado de un estatuto se fija en un acto de creación inicial. No es difícil entonces ver cómo Hércules decidirá el caso del *snail darter* si comparte la opinión sustantiva que parecía dominante en la Corte, que el mejor camino a seguir sería sacrificar los peces por la represa. Piensa que interpretar el estatuto de forma tal que se salve la represa lo haría mejor desde el punto de vista de una política razonable. No tiene una razón de integridad textual para oponerse a dicha interpretación, ni tampoco una razón de equidad, porque nada sugiere que el público se sentiría ofendido por dicha decisión. Nada de la historia legislativa del proyecto de ley, bien entendido y tomado como el registro de una decisión pública, sostiene lo contrario y las últimas decisiones legislativas del mismo carácter apoyan la interpretación que él considera mejor. Se une a los magistrados que no estuvieron de acuerdo en el caso.

Los estatutos a través del tiempo

La teoría del significado del orador parte de la idea que señalé como la base de sus problemas: que la legislación es un acto de comunicación que debe ser entendido en el modelo simple de orador y audiencia, de modo que la pregunta más importante en la interpretación legislativa es qué "quiso decir" un orador o grupo en particular en algún acto de expresión canónica. He aquí el catálogo de misterios que comencé por revisar. ¿Quién es el orador? ¿Cuándo habló? ¿Qué estado mental proporcionó su significado? Estos misterios son producidos por una sola suposición predominante: que sus soluciones deben converger con un momento en particular de la historia, el momento cuando se fija una vez y para siempre el significado del estatuto, el momento cuando nace el verdadero esta-

tuto. Esa suposición tiene una secuela: que a medida que pasa el tiempo y el estatuto debe ser aplicado en distintas circunstancias, los jueces se enfrentan a una elección entre hacer cumplir el estatuto original con el significado que siempre tuvo o enmendarlo para actualizarlo. Este es el dilema que a menudo presentan los viejos estatutos: los jueces deben elegir entre la mano muerta, pero legítima, del pasado y el encanto ilícito del progreso.

El método de Hércules desafía ese aspecto de la teoría del significado del orador junto con todo el resto. Rechaza la suposición de un momento canónico en el que nace un estatuto y tiene todo y el único significado que siempre tendrá. Hércules no sólo interpreta el texto del estatuto sino también su vida, el proceso que comienza antes de que se convierta en ley y se extiende mucho más allá de dicho momento. Intenta hacer lo mejor que puede de esta historia continua, y por lo tanto, su interpretación cambia a medida que se desarrolla la historia. No identifica a ciertas personas en particular como los “forjadores” exclusivos de un estatuto y luego atiende sólo a sus esperanzas, expectativas, convicciones concretas, declaraciones o reacciones. Cada una de las consideraciones políticas que toma en cuenta en su cuestionamiento general, cómo mejorar al máximo la historia del estatuto, identifica a una variedad de personas, grupos e instituciones cuyas declaraciones o convicciones podrán ser relevantes en distintas formas.

Consideren el debate por la equidad que le hizo prestar atención a convicciones legislativas concretas hasta donde pudiera descubrirlas, aun cuando no estuvieran de acuerdo con las propias. Ese argumento no requiere que Hércules identifique como cruciales a ciertos legisladores en particular, o que se base en las opiniones de un número de legisladores decisivos como si las convicciones contaran como si fueran votos. La equidad le indica a Hércules que tome en cuenta cualquier expresión de puntos de vista políticos que le parezca importante para decidir si un estatuto en especial, construido según una interpretación que esté considerando, sería equitativo, dado el carácter y alcance de la opinión pública. En este contexto, el hecho de que aparezca la dirección de un importante político en televisión podría ser *más* importante que una buena impresión de un informe de comité.

Ahora piensen en la forma en que el paso del tiempo afecta este debate por la equidad. La teoría del significado del orador se fija en las convicciones presentes y expresadas cuando fue aprobado el estatuto e ignora cambios posteriores. Sólo las intenciones “originales” pueden ser pertinentes para descubrir el significado de un estatuto en el momento de su concepción; un llamado a una opinión cambiada debe ser un anacronismo, una excusa absurda para una enmienda judicial. La actitud de Hércules es muy diferente. Supongan que el Acta de las Especies en Peligro fue sancionada en un clima de opinión pública muy diferente del que encuentra cuando debe decidir el caso del *snail darter*. Pregunta qué interpretación proporciona la mejor descripción de la historia política que ahora no sólo incluye el acta sino el fracaso de luego anularla o enmendarla, y por lo tanto, no buscará la opinión pública en un comienzo, cuando la conservación estaba en flor, sino ahora, cuando se debe decidir si el secretario puede gastar una fuerte suma de los fondos públicos para salvar a una especie menor. El debate a causa de la equidad tendrá un impacto muy diferente del que habría tenido si el caso se le hubiera presentado mucho antes.

El debate por la integridad textual también será sensible al tiempo porque tomará en cuenta otras decisiones que el Congreso y las cortes hayan tomado en el entretiem po; si los cambios en la opinión pública o en las circunstancias económicas o ecológicas han sido grandes, las decisiones políticas intervinientes habrán sido hechas con un espíritu diferente, de modo que una interpretación que las abarque y el acta serán diferentes de una interpretación que sólo tuviera que adaptarse al acta. El debate por la historia legislativa será nuevamente sensible al tiempo, pero de una manera distinta. Ese debate es lo opuesto al debate por la equidad: ignora las convicciones particulares; se basa en declaraciones públicas formales que califica como declaraciones de la misma comunidad. Estas declaraciones no son, sin embargo, parte del estatuto; son informes de propósito y convicción públicos y son por lo tanto vulnerables a una nueva evaluación.

La gente va teniendo menos razones para confiar en estas declaraciones a medida que el estatuto envejece porque habrán sido suplementados y tal vez, reemplazados, como interpretaciones formales de compromiso público, por otras explicaciones interpretativas relacionadas con estatutos posteriores sobre cuestiones que tengan que ver entre sí. Estas últimas declaraciones proporcionan una descripción más contemporánea de la forma en que los funcionarios de la comunidad entienden sus compromisos de principio permanentes y las estrategias políticas en funcionamiento. (11) De modo que Hércules prestará cada vez menos atención a la historia legislativa original, y aquí, una vez más, su método contrasta con la teoría del significado del orador, que sólo se ocupa de las declaraciones contemporáneas a la sanción de un estatuto. Hércules interpreta la historia en movimiento porque la historia que debe hacer y de la mejor manera posible es toda la historia a través de su decisión y más allá de ella. No enmienda estatutos anticuados para adaptarse a nuevas épocas, como lo sugiere la metafísica del significado del orador. Reconoce en qué se han convertido los viejos estatutos desde entonces.

¿Cuándo es claro el lenguaje?

Debo ahora pagar una deuda que se ha ido incrementando. He estado preguntando cómo debería interpretar Hércules un estatuto cuando su lenguaje no es claro, es decir, cuando no se hace cumplir por sí mismo. ¿Pero cómo decide si es claro, en cuyo caso no tiene nada más por hacer, o confuso, en cuyo caso debe desplegar el complejo y sofisticado, desde el punto de vista político, aparato que acabo de describir a grandes rasgos? Esta parece una distinción muy importante. ¿Cómo debe hacerse?

No necesita hacerse. La distinción sobre la que me basé es un artificio explicativo que no necesita tener un lugar en la teoría final de Hércules. Noten las distintas formas o sentidos en que podría decirse que el texto de un estatuto es confuso. Podría contener una palabra ambigua cuyo significado no esté resuelto por el contexto. Podría declarar, por ejemplo, que será considerado delito ser encontrado dentro de los cincuenta metros de distancia de un banco cuando

anochece, sin nada que indique si el banco en cuestión es un edificio donde se guarda dinero o un lugar junto a un río. Podría contener una palabra vaga que en la práctica no puede mantenerse vaga: por ejemplo, podría declarar que los ancianos están exentos de pagar el impuesto a las ganancias. Podría utilizar una palabra abstracta como "razonable" o "equitativo" de forma tal que pueda esperarse que la gente disienta si una decisión o un acto alcanza la norma que la palabra abstracta suele enunciar. Estos son tipos u ocasiones familiares de confusión lingüística. Ninguna de ellas se adapta a los dos casos que hemos tomado como ejemplo para nuestros problemas en la aplicación de estatutos. Tanto en el caso de Elmer como en el del *snail darter* los jueces no estuvieron de acuerdo sobre la forma en que debería interpretarse un estatuto, y los estudiantes de derecho y los estudiosos siguen sin ponerse de acuerdo. Pero no podemos situar la poca claridad del texto en la ambigüedad, vaguedad o abstracción de una palabra o frase en particular en los estatutos que provocaron estos casos.

¿El estatuto de testamentos es confuso sobre la cuestión de si los asesinos pueden heredar? Si pensamos que sí, esto sólo puede deberse a que nosotros mismos tenemos alguna razón para pensar que los asesinos no deberían heredar. Ningún lenguaje en el estatuto de testamentos de Nueva York declara en forma específica que las personas de ojos azules pueden heredar; sin embargo, nadie piensa que el estatuto es confuso sobre la cuestión de si pueden o no. ¿Por qué es diferente en el caso de los asesinos, o más bien, por qué fue diferente cuando se decidió el caso Elmer?

Si siguiéramos la teoría del significado del orador, nos veríamos tentados a decir: porque tenemos razones para pensar que aquellos que adoptaron el estatuto no tuvieron la intención de que los asesinos heredaran. Sólo podemos ver el sentido de dicho reclamo de forma contrafáctica y luego ver que es demasiado fuerte. ¿Es confuso si los nazis pueden heredar si pensamos que los autores originales del estatuto no habrían querido que los nazis heredaran si lo hubieran previsto? Sólo es porque somos *nosotros* quienes pensamos que el caso de excluir a los asesinos del estatuto de testamentos es un caso fuerte, sancionado por principios respetados por la ley en otras partes, que consideramos que el estatuto no es del todo claro en dicha cuestión.

Esto ocurre también con el Acta de las Especies en Peligro. Nuestras dudas sobre si ese estatuto le otorgó al secretario el poder para detener proyectos ya avanzados no puede situarse en la ambigüedad, vaguedad o abstracción de alguna palabra o frase. Nadie declararía que es confuso si el acta se aplica a todas las represas, a pesar de que éstas no estén mencionadas en forma explícita. Una vez más consideramos que un estatuto no es claro acerca de los proyectos comenzados porque a muchas personas les parece tonto que se gaste tanto dinero para salvar una especie sin interés ni importancia alguna para el mundo científico. Sin embargo, debemos cuidarnos de no generalizar este punto en la forma indebida: Hércules no considerará confuso un estatuto cada vez que su significado fuera de contexto proponga una decisión que muchos consideran inapropiada. Esa es también una prueba más profunda: muchos consideran que el Acta de las Especies en Peligro es un error, algo tonto de cabo a rabo. Pero nadie afirmaría que es confuso si el acta tiene peso, si el secretario tiene el poder de detener cualquier proyecto, bajo cualquier circunstancia.

La descripción "confusa" es más el resultado que la "ocasión" del método

de Hércules para interpretar estatutos. No consideramos confuso un estatuto hasta que pensemos que existen buenos argumentos disponibles para cada una de las dos interpretaciones rivales. (12) Esto explica por qué nadie (aun si considera que el Acta de las Especies en Peligro es algo tonto) se ve tentado a decir que es confuso saber si dicha acta otorga al secretario el poder para detener cualquier proyecto. Ninguna interpretación decente del acta podría sugerir que no dicta nada, a pesar de su lenguaje y a pesar de los debates e informes de comité, las declaraciones presidenciales y los anuncios en el Congreso que la lanzó. No me refiero a que nadie dirá que un estatuto es confuso a menos que haya decidido que la interpretación fuera de contexto es incorrecta. Aceptará que es confuso si cree que la cuestión interpretativa es compleja o discutible, aun si en el fondo, termina creyendo que es mejor la interpretación fuera de contexto. Sin embargo, la distinción entre estatutos claros y estatutos confusos no necesita tener un lugar formal en la teoría de legislación de Hermes. En especial, no serviría tal como la he utilizado en la discusión hasta esta sesión, para sugerir un punto de cambio teórico, de forma tal que la interpretación seguirá en un sentido si se hiciera el cambio y en otro, si esto no sucediera.

Hércules tampoco necesita una distinción preanalítica entre declaraciones claras y confusas cuando la confusión putativa se sitúe en una palabra o frase en particular. Un estatuto que limite los depósitos en los bancos no nos resulta confuso, aunque pudo haberlo sido en una comunidad keynesiana de bandos piratas. Para Hércules un estatuto le causa dificultades debido a la ambigüedad, vaguedad o abstracción de alguna palabra sólo cuando haya por lo menos una duda sobre si el estatuto sería una mejor actuación de la función legislativa interpretada en una forma y no en otra. Cuando no existe duda alguna, el estatuto es claro, y no porque Hércules tenga una distinción, aparte de su método general, para distinguir los usos claros o confusos de una palabra, sino porque el método que siempre utiliza es tan fácil de aplicar que se aplica solo.

En esta discusión tenemos otro ejemplo de un problema que aparece con frecuencia en este libro, y que ahora podríamos denominar el problema del caso fácil. Hemos prestado atención principalmente a los casos difíciles, cuando los abogados disienten sobre si una propuesta de ley es verdadera o falsa. Pero a veces, las cuestiones de derecho son muy fáciles para los abogados y los no-abogados. Resulta "obvio" que el límite de velocidad en Connecticut es de 88 km por hora y que la gente en Inglaterra tiene el deber legal de pagar la comida que ordena en un restaurante. Al menos esto resulta obvio salvo en circunstancias inusuales. Un crítico podría entonces verse tentado a decir que la descripción compleja que hemos desarrollado del razonamiento judicial bajo la ley como integridad es sólo para casos difíciles. Podría agregar que sería absurdo aplicar el método a casos fáciles (ningún juez necesita considerar cuestiones de adaptación y de moralidad política para decidir si alguien debe pagar su cuenta telefónica) y luego declarar que además de su teoría sobre casos difíciles, Hércules necesita una teoría sobre cuándo los casos son difíciles, y así podrá saber cuándo es apropiado y cuándo no su complejo método para casos difíciles. El crítico anunciará entonces un problema serio: puede ser difícil saber si el caso actual es un caso fácil o difícil, y Hércules no puede decidirlo al utilizar su técnica para casos difíciles sin dar por sentado lo que queda por probar. (13)

Este es un pseudoproblema. Hércules no necesita un método para casos di-

fíciles y otro para fáciles. Su método funciona también en los casos fáciles, pero como las respuestas a las preguntas que hace son entonces obvias, o al menos parecen serlo, no nos damos cuenta de que está funcionando una teoría. (14) Pensamos que la pregunta sobre si alguien puede conducir más rápido de lo que estipula el límite de velocidad es una pregunta fácil porque suponemos de inmediato que ninguna descripción del registro legal que negara dicho paradigma sería competente. Pero una persona cuyas convicciones sobre justicia y equidad fueran muy diferentes de las nuestras no hallaría tan fácil esa pregunta; aun si terminara aceptando nuestra respuesta, insistiría en que nos equivocamos al estar tan confiados. Esto explica por qué las preguntas consideradas fáciles durante un período se tornan difíciles antes de volver a ser otra vez fáciles, pero con respuestas opuestas.

10. La Constitución

¿El derecho constitucional está basado en un error?

Comenzamos con un informe desalentador sobre el estado del popular debate acerca de cómo deben los jueces decidir sus casos. En los Estados Unidos, el debate alcanza su punto culminante y de mayor confusión cuando los jueces en cuestión pertenecen a la Corte Suprema y los casos oportunos son hechos constitucionales que prueban si el Congreso, algún Estado o el Presidente tienen el poder legal de hacer algo que uno u otro ha tratado de hacer. La Constitución sólo otorga poderes limitados a estas instituciones y establece importantes impedimentos en cada una. Niega al Senado el poder de crear un proyecto de ley para otorgar fondos y le niega al comandante en jefe el poder de acuartelar soldados en casas particulares en tiempos de guerra. Otras restricciones son notoriamente abstractas. La Quinta Enmienda insiste en que el Congreso no tome "vida, libertad o propiedad" sin el "debido proceso del derecho", la Octava, proscribía castigos "cruels e inusuales" y la Decimocuarta, que dominó nuestro ejemplo en el caso Brown, exige que ningún Estado le niegue a ninguna persona "igual protección bajo la ley".

De ello no surge como una cuestión lógica que la Corte Suprema debería tener el poder de decidir cuándo se han transgredido estos límites. La Constitución podría haber sido interpretada como si le diera órdenes al Congreso, al Presidente, y a funcionarios estatales y que estos funcionarios tuvieran el deber tanto legal como moral de obedecer, pero convirtiéndolos en sus propios jueces. La Constitución habría jugado entonces un papel muy diferente y mucho más débil dentro de la política norteamericana: habría servido como antecedente para los debates políticos entre las distintas instituciones acerca de los límites de su jurisdicción constitucional en lugar de constituirse en una fuente de autoridad de una de estas instituciones, las cortes, para fijar dichos límites para el resto. En 1803, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de rechazar ese rol más débil. (1) El presidente del tribunal supremo John Marshall dijo que el poder y el deber de la Corte de hacer cumplir la Constitución provenía de la propia declaración de dicho documento de que constituye la *ley* suprema de esa tierra.

A menudo, Marshall ha sido acusado, en los largos debates que aún continúan, de dar por sentado todas las preguntas importantes. Ese cargo es fácil de sostener bajo el cuadro del derecho que consideramos y rechazamos al comien-

zo de este libro, el cuadro que insiste en una firme distinción analítica entre cuestiones legales acerca de qué es el derecho y cuestiones políticas acerca de si las cortes deben hacer cumplir la ley. Si esta distinción fuera razonable, no podríamos llegar a ninguna conclusión sobre qué debería hacer una Corte a partir de la proposición de que el derecho norteamericano incluye la Constitución, que no es más que una declaración acerca de qué es el derecho. Por otra parte, el derecho como integridad apoya el argumento de Marshall. Tenía razón al pensar que la interpretación más verosímil de las prácticas legales en desarrollo del joven país, así como también de sus raíces coloniales e inglesas, suponía que una parte importante del objetivo del derecho era proporcionar normas para la decisión de las cortes. La historia ha reivindicado la dimensión sustantiva de dicha interpretación. Los Estados Unidos constituyen una sociedad más justa de lo que habría sido si se hubieran dejado los derechos constitucionales a la conciencia de las instituciones mayoritarias. (2) De cualquier manera, Marshall decidió que las cortes en general y la Corte Suprema en el último análisis tienen el poder de decidir por todo el gobierno qué significa la Constitución y declarar inválidos los actos de otros departamentos del gobierno si excedieran los poderes otorgados por la Constitución, correctamente entendida. Su decisión fue aceptada, por lo menos en esa forma abstracta, y la práctica constitucional subsecuente se ha coagulado con firmeza a su alrededor. Ninguna interpretación se adaptaría a esa práctica si negara los poderes que declaró Marshall. Aun aquellos que piensan que cometió un error, aceptan que casi dos siglos de práctica lo han dejado más allá de todo desafío como propuesta de ley, y las guerras constitucionales ahora se pelean en el terreno que define.

La cuestión capital no es ahora saber qué poder posee la Constitución sino cómo debe ejercerse ese vasto poder. ¿Debe comprometerse a hacer cumplir toda la Constitución, incluyendo aquellas disposiciones que requieren un juicio casi puramente político para ser interpretadas? ¿Debe decidir, por ejemplo, si los detalles de la estructura constitucional de un Estado proporcionan la "forma republicana de gobierno" que exige la Constitución federal, o debe dejarlo a juicio del Congreso o del mismo Estado? ¿Qué estrategia debe utilizar la Corte al interpretar y aplicar las disposiciones constitucionales que tiene la autoridad de hacer cumplir? ¿Debe deferir, en cierto grado, al juicio del Congreso o una legislatura estatal sobre si una forma de castigo, como la muerte, es "cruel e inusual" dentro del significado de la Octava Enmienda o si un esquema de división racial en la educación proporciona o no "igual protección" a los niños de la Decimocuarta? ¿Debe aceptar el juicio de estas instituciones a menos que las considere totalmente equivocadas o debe reemplazarlas cada vez que hubiese preferido una decisión diferente? En cualquiera de los casos, ¿qué test debe utilizarse para decidir qué decisiones están equivocadas por completo o sólo equivocadas en el balance?

Liberales y conservadores

La imaginación popular divide a los jueces en áreas según las respuestas

que supone darían a preguntas de este tipo. A algunos jueces los consideran “liberales” y a otros “conservadores” y en general, parecen preferir a estos últimos. Sin embargo, la base para esta distinción es bastante evasiva, y una interpretación familiar ha contribuido al carácter lamentable del debate público. El público sostiene que los jueces conservadores obedecen la Constitución mientras que los liberales tratan de reformarla según sus convicciones personales. Sabemos cuál es la falacia en esa descripción. Esta ignora el carácter interpretativo del derecho. Los jueces denominados liberales y aquellos llamados conservadores están de acuerdo en cuáles son las palabras que conforman la Constitución como si se tratara de un texto preinterpretativo. Disienten acerca de qué es la Constitución como cuestión de derecho posinterpretativo, sobre qué normas despliega para probar los actos oficiales. Cada tipo de magistrado trata de hacer cumplir la Constitución como ley, según su propio juicio interpretativo de aquello que es, y cada uno piensa que el otro está trastocando la verdadera Constitución. De modo que resulta inútil e injusto clasificar a los jueces según el grado de fidelidad a su juramento.

Tampoco es claro que la distinción popular entre jueces conservadores y liberales sea una distinción útil. Aquellos jueces que fueron considerados liberales al ser designados y luego, conservadores (Felix Frankfurter es el ejemplo más citado) y los jueces que parecen conservadores en cierta forma porque toman decisiones que agradan a las personas de opiniones políticas conservadoras, parecen liberales, incluso radicales, en otra porque pasan por alto el precedente constitucional para hacerlo. (3) El derecho como integridad proporciona una clasificación un tanto más precisa a través de su distinción analítica entre las dimensiones de la interpretación. Si insistimos en clasificar a los jueces a lo largo de un espectro liberal/conservador, debemos distinguir las dos dimensiones por separado y crear cuatro casilleros en lugar de dos. Un juez será considerado conservador en la primera dimensión si sus convicciones sobre la concordancia son estrictas: si, por ejemplo, requiere que cualquier interpretación de la doctrina constitucional esté de acuerdo con las convicciones concretas de los “autores” de la Constitución o, de los magistrados anteriores de la Corte Suprema. Será considerado liberal en la primera dimensión si sus opiniones sobre concordancia son más relajadas. Podría trazarse una distinción paralela a la dimensión sustantiva. Un juez será considerado conservador si las convicciones políticas que expresa al hacer una elección entre las interpretaciones aceptables sobre una base de concordancia son aquellas que asociamos con el conservadurismo político: si favorece una filosofía retributiva de castigo, por ejemplo, o la libre empresa en el campo económico. Será considerado liberal en esta dimensión si sus convicciones políticas son aquellas que suelen tener los liberales.

Este nuevo esquema clasificatorio es menos rígido que la simple distinción entre jueces liberales y conservadores. Sin embargo, puede suceder que un juez en particular no se adapte a sólo dos de los cuatro casilleros que define. Puede combinar posiciones conservadoras sobre algunos aspectos de concordancia con opiniones más relajadas sobre otros. Podría pensar, por ejemplo, que la Constitución no puede ser interpretada como que prohíbe la pena de muerte porque los autores no pensaron explícitamente que estaban interpretando la pena capital a partir de la jurisprudencia norteamericana, y sin embargo, podría negarse a aceptar como argumento las decisiones anteriores de la Corte

que consideraban la pena de muerte inconstitucional en ciertas circunstancias. Otro juez podría cambiar estas premisas interpretativas; podría mostrarse muy interesado en las opiniones de los remotos autores y sin embargo estar ansioso por preservar la continuidad en la cadena de decisiones de la Corte Suprema sobre cualquier cuestión. Y un juez podría combinar puntos de vista tradicionalmente liberales y conservadores sustantivos. El presidente del tribunal supremo Earl Warren, por ejemplo, tenía al parecer convicciones igualitarias sobre la justicia económica y un enfoque conservador en lo referente a la pornografía. (4)

Historicismo

La intención del autor como significado del orador

La distinción entre jueces liberales y conservadores es por lo tanto inexacta y es improbable que pueda contribuir a una descripción seria de la adjudicación constitucional. La erudición académica ha explorado recientemente una distinción diferente: ésta divide a los jueces en dos campos: el interpretativo y el no-interpretativo. Sin embargo, estos nombres también pueden conducir a error. Sugieren una distinción entre jueces que creen que las decisiones constitucionales deberían tomarse sólo o en su mayor parte, al interpretar la Constitución misma y otros que piensan que deberían basarse sobre un terreno extra-constitucional. (5) Esta es una forma académica del grave error popular de sostener que algunos jueces obedecen la Constitución y otros la pasan por alto. Con esto se ignora el carácter filosófico de la interpretación del derecho. Cada juez escrupuloso, en cualquiera de los dos campos supuestos, es un intérprete en el sentido más amplio de la palabra: cada uno trata de imponer la mejor interpretación sobre nuestra estructura y práctica constitucionales, para poder ver todo esto desde la mejor perspectiva posible. Disienten acerca de cuál es la mejor interpretación, pero es un error analítico, una infección localizada dejada por el vigor semántico, confundir esto con un desacuerdo sobre si la adjudicación constitucional debe ser interpretativa. Los grandes debates sobre el método constitucional son debates dentro de la interpretación y no sobre su importancia. Si un juez cree que las intenciones de sus autores son mucho más importantes de lo que considera otro, éste es el resultado de un desacuerdo interpretativo de base. El primero piensa que la equidad o la integridad requiere que cualquier interpretación razonable esté de acuerdo con el estado mental de los autores; el último no.

Sin embargo, resulta fácil reparar la distinción académica en esta forma. Podríamos utilizar la expresión "historicista" para referirnos a aquellos que ésta denomina intérpretes. Un historicista se basa en un estilo de adjudicación constitucional que limita las interpretaciones idóneas de la Constitución a los principios que expresan las intenciones históricas de los autores. No aceptará que la cláusula de igual protección proscriba la segregación impuesta por el Estado a menos que quede convencido de que aquellos a quienes considera los autores, pensaban así. O, un poco más débil, a menos que quede convencido de que los

autores no pensaban que la cláusula no proscribía la segregación. De hecho, la Decimocuarta Enmienda fue propuesta por legisladores que creían no estar proscribiendo la educación racialmente segregada. El líder parlamentario de la carta de los derechos civiles que precedió la enmienda le comunicó a la Cámara que "derechos civiles no significa que todos los niños asistirán a la misma escuela", (6) y el mismo Congreso siguió segregando las escuelas del distrito de Columbia después de agregar la Decimocuarta Enmienda a la Constitución. Para el historicista, la cláusula de igual protección no hace inconstitucional a la segregación.

A primera vista, el historicismo parece ser sólo una forma constitucional de una teoría popular que estudiamos en el Capítulo 9: la teoría de que los estatutos deben ser interpretados según las intenciones de sus autores. Si lo entendemos como la versión del significado del orador de dicha teoría, hace que los estados mentales de aquellos que debatieron y sancionaron la Constitución sean decisivos sobre la manera en que debe ser interpretado su lenguaje abstracto. Identifica para cada cláusula un momento canónico de creación, e insiste en que aquello que los autores pensaron entonces, sin importar lo peculiar que pueda parecer ahora, agota la Constitución que tenemos. En el Capítulo 9 rechazamos la versión del significado del orador de la teoría de intención legislativa por razones que también están contenidas en el teatro constitucional. Consideramos una versión diferente y más atractiva: que los estatutos deberían ser interpretados como si estuvieran de acuerdo con las convicciones a partir de las cuales votaron sus autores. Cuando Hermes investigó dicha versión descubrió que era necesario identificar y reconciliar conflictos dentro de las convicciones de cada legislador, al interpretar los antecedentes del legislador, y luego, combinar las convicciones reestructuradas de distintos legisladores individuales en un esquema de convicción institucional, utilizando una fórmula apropiada para dicha combinación. Pronto se dio cuenta de que sería mejor interpretar un estatuto en forma directa, preguntándose qué conjunto de convicciones proporcionaría la mejor justificación para ello en lugar de la mejor interpretación de los votos a su favor, pues ninguna fórmula para combinar convicciones individuales sería apropiada a menos que produjera el mismo resultado que una interpretación constructiva del estatuto mismo.

Un historicista que insiste en que la interpretación constitucional debe estar de acuerdo con las intenciones de los autores tendrá las mismas dificultades que Hermes, y si es cuidadoso llegará a la misma conclusión. En primer lugar, dirá que la Decimocuarta Enmienda debe ser interpretada en la forma que mejor sirva a las convicciones de los congresales y otros legisladores que votaron por ella. Luego, descubrirá que estos estadistas tenían una variedad de opiniones políticas pertinentes a la segregación racial. Su convicción dominante era abstracta: que la Constitución debería requerir que la ley tratara a todos los ciudadanos como iguales. Esa es la convicción que describieron en el lenguaje que exigía "igual protección de las leyes". Muchos de ellos tenían también la convicción de que la segregación racial no violaba dicho requisito, pero el historicista, que está comprometido a cumplir con las convicciones de éstos en general, debe preguntar si esa convicción en concreto era coherente con la dominante, o era más bien una mala interpretación, entendible en dichas circunstancias, de aquello que en realidad requería la convicción dominante. Si el historicista cree

que la segregación racial no concuerda con la concepción de igualdad que los autores aceptaron a un nivel más abstracto, pensará que la fidelidad a sus convicciones requiere que la segregación sea considerada inconstitucional. (Puede tener una opinión distinta: que las circunstancias han cambiado de modo que a pesar de que la segregación era coherente con dicha concepción a fines del siglo XIX, ahora no lo es. Luego, también creará que la fidelidad exige que la segregación sea declarada inconstitucional.) Sería una confusión filosófica, tanto aquí como en los casos estatutarios que consideramos en el Capítulo 9, negar que las convicciones de los autores podían haber estado en conflicto. Estaban comprometidos con el principio de que la ley debe tratar a todas las personas como iguales, y los compromisos son, en el lenguaje que utilicé en dicho capítulo, transparentes y no opacos. Tenemos razones para pensar que los autores mismos lo entendían así, que no creían que la Constitución debía ser interpretada en forma opaca, o que nada podía violar la Decimocuarta Enmienda excepto aquello que ellos pensaban que la violaba. (7) Pero aun si pensaban que las constituciones deberían ser interpretadas como opacas, un historicista deberá decidir si dicha convicción era coherente con su convicción más abstracta y necesariamente transparente de que Norteamérica debería tratar, a partir de entonces, a todas las personas como iguales ante la ley. (8)

De modo que el problema interpretativo de los historicistas no queda resuelto sino sólo planteado al señalar que los autores no pensaban que su cláusula proscribía las escuelas con segregación racial. Todavía debe recuperar sus convicciones más abstractas al preguntar qué concepción se entiende que establecieron con respecto a tratar a las personas como iguales. Podría tratar de hacer esto para cada uno de los autores, al estudiar sus escritos y declaraciones pertinentes, si es que hay alguna, y sus votos en otras cuestiones. Pero sería mejor que mirara directamente la estructura general de las enmiendas que siguieron a la Guerra Civil que crearon todos en conjunto, considerada como parte del sistema constitucional más general que dejaron en el lugar, y preguntar qué principios de igualdad son necesarios para justificar dicha estructura. Sólo cuando ha identificado y refinado estos principios podrá decidir, si, en su opinión, la opinión concreta de los autores sobre la segregación está de acuerdo con sus convicciones más abstractas sobre igualdad. Si decide que no lo está, su voto de fidelidad le exigiría que las ignorara. Su historicismo está arruinado; está lejos de tomar como referencia exclusiva aquello que los autores pensaron acerca de esa cuestión en particular.

Historia, equidad e integridad

Podríamos encontrar un caso más fuerte a favor del historicismo al suponer que el historicista rechaza cualquier forma de la teoría del significado del orador y sigue el método tan distinto de Hércules para interpretar estatutos. No considera las declaraciones sobre la segregación racial en los debates legislativos originales como claves de las convicciones o estados mentales internos sino como sucesos políticos, y tiene una teoría política que mejora la historia constitucional cuando la Constitución es interpretada exactamente como lo manifiestan estas declaraciones. ¿Pero qué teoría política justificaría esa extraña conclusión? Es fácil hallar malos argumentos políticos que serían por completo inad-

cuados. El historicista podría decir que las declaraciones históricas de los autores deben ser decisivas porque la Constitución es ley y el contenido de la ley está establecido por las intenciones declaradas en forma pública por sus autores. Eso da por sentado la cuestión en forma demasiado cruda. Su tarea es demostrar por qué la Constitución como ley debe ser entendida como aquello que los autores pensaron concretamente que era, y no puede tan sólo suponer lo que debería ser. Podría decir que las declaraciones de los autores son decisivas porque ellos así lo quisieron. Eso es tonto por dos razones: no tenemos evidencia alguna de esta meta-intención y aunque la tuviéramos, (9) hacerla cumplir daría por sentado la cuestión una vez más. (Supongan que un congresista dijo "oui" cuando le preguntaron si sus estatutos eran válidos al estar escritos en francés.)

El historicista podría decir que la democracia, según su comprensión del referido concepto, requiere que los gobernantes que han sido seleccionados por el pueblo para crear una constitución deben tener el poder de decidir qué quiere decir. Pero la descripción abstracta de democracia, que el pueblo debe elegir a sus gobernantes, no indica en sí hasta qué punto las declaraciones extraestatutarias de dichos gobernantes entran en la ley que han elaborado. De modo que debe agregar un argumento más concreto de equidad a su apelación general a la democracia. Debe demostrar por qué la suposición de la democracia de que las personas deben tener más o menos la misma influencia sobre la legislación da por resultado su método de decidir qué quiere decir la Constitución. No puede tener muchas esperanzas de éxito. Los autores de la Constitución original no eran representativos de todo el pueblo. No fueron elegidos en una forma sancionada por una ley nacional y una mayoría de la población, incluyendo a las mujeres, los esclavos y los pobres quedaron excluidos del proceso que los eligió y ratificó la Constitución. Tampoco la democracia estaba lo suficientemente avanzada, aun en la época de las enmiendas que sucedieron a la Guerra Civil, como para proporcionar un argumento democrático de equidad para tomar las opiniones concretas de los legisladores como una buena evidencia de la opinión pública de la época. Aparte de estos defectos, la equidad no puede explicar por qué las personas deberían estar ahora gobernadas por convicciones políticas detalladas de funcionarios elegidos mucho tiempo atrás, cuando la moralidad popular, las circunstancias económicas y casi todo lo demás era diferente. ¿Cómo puede la equidad sostener que la Constitución permite que los Estados individuales practiquen la segregación racial en forma oficial, sólo porque esto fue una vez aceptable para aquellos que estaban en el poder en toda la nación sin importar lo que la mayoría piensa ahora en la mayor parte de los Estados?

En el último capítulo, prestamos mayor atención a un argumento diferente para tomar en cuenta las declaraciones legislativas, por lo menos, cuando éstas se hacían de manera formal. Este es el argumento de la integridad en el proceso político: que estas declaraciones son parte de los antecedentes políticos de la comunidad y que la historia política aparece bajo una mejor luz cuando los estatutos y (ahora podemos agregar) las constituciones son interpretadas en forma tal, que conformen las declaraciones formales de propósito y convicción. Pero hemos señalado lo sensible que este argumento es al tiempo. No podría ser más débil de lo que es en el contexto actual, cuando las declaraciones fueron hechas

no sólo en circunstancias políticas diferentes sino por y para una forma de vida política totalmente distinta. Sería tonto considerar que las opiniones de aquellos que votaron por primera vez la Decimocuarta Enmienda son representativas de la moralidad pública de los Estados Unidos un siglo después, cuando la cuestión racial ha sido transformada en casi todos los aspectos. También sería perverso, ya que negaría a dicha comunidad el poder de cambiar su sentido público de propósito, lo que significa negar que pueda tener algún propósito público.

Estabilidad

Deberíamos dejar de imponer malos argumentos al historicista y tratar de construir el mejor que podamos. Supongo que esto es un argumento muy parecido al argumento principal que consideramos para el convencionalismo como una concepción general del derecho. (10) "El derecho sirve mejor a su comunidad cuando es lo más preciso y estable posible, y esto es particularmente cierto para el derecho fundamental, constitucional. Ello proporciona una razón general para ligar la interpretación de estatutos y de una constitución a un hecho histórico que, por lo menos en principio, es identificable e inmune a las convicciones y alianzas cambiantes. La prueba del autor-histórico satisface mejor esta condición que cualquier alternativa. En su versión más fuerte, que no permite la interpretación de una disposición constitucional que no haya sido extraída de las intenciones concretas de los autores históricos, otorga al derecho constitucional un saber unilateralista y por lo tanto, logra la mayor estabilidad y grado de predicción posibles. No se invocará la Constitución para trastornar una decisión legislativa o ejecutiva a menos que la erudición histórica haya demostrado que este resultado era intencional en una forma concreta. Pero si se cree que esta restricción unilateralista es demasiado restrictiva, la forma más débil proporcionará, sin embargo, una mayor estabilidad que cualquier estilo interpretativo que pase por alto las intenciones históricas concretas. Ningún estatuto o decisión será trastornado si se puede demostrar, sobre una base histórica, que los autores esperaban que no lo fuera."

¿El historicismo, apoyado por este argumento de la estabilidad, ofrece una interpretación decente de la práctica constitucional norteamericana? La versión más fuerte del historicismo no se adapta en absoluto a dicha práctica. La Corte Suprema no ha adoptado una actitud unilateralista con respecto a la adjudicación constitucional; ha reconocido derechos constitucionales que los autores no contemplaron. La versión más débil se adapta mejor a la práctica sólo porque es más débil, y su adaptación es suficiente como para sobrevivir si el argumento de la estabilidad es lo suficientemente fuerte en sustancia. A menudo, la Corte ha aplicado la Constitución con resultados que, sin lugar a dudas, habrían desalentado a sus patrocinadores del siglo dieciocho y diecinueve. Brown es un ejemplo; la pena capital, el aborto y las decisiones de proporción son otro. Pero tal vez, éstos no son tan numerosos y son demasiado locales a ciertas cortes y periodos en particular como para permitir que el historicista los considere errores. No podemos simplemente rechazar esa declaración por no ser ingeniosa, como si escondiera lo que en realidad es invención en lugar de interpretación. El argumento de la estabilidad es bastante independiente de cualquier punto de vista en particular acerca de la justicia o equidad de la segregación, la pena capi-

tal, y la legislación en contra del aborto, de modo que un juez que acepta un historicismo débil, puede sentirse obligado a dar efecto a sus instintos y actitudes políticas.

Por lo tanto, debemos considerar el argumento de la estabilidad como un argumento de moralidad política. Y éste sostiene lo siguiente: una comunidad política con una constitución escrita será mejor a largo plazo, una comunidad más justa, equitativa y de mayor éxito, si asegura estabilidad al hacer que la correcta interpretación de esa constitución dependa de las opiniones concretas de sus autores, sin importar cuán anticuados sean, en lugar de las decisiones interpretativas contemporáneas que pueden contradecirlas. ¿Esto es razonable? A veces, la certeza del derecho es más importante que aquello que el derecho es; esto es cierto, por ejemplo, en cuanto a las reglas de tránsito y tal vez, para las reglas que definen derechos y obligaciones en papeles comerciales negociables. Aunque no siempre es así. El derecho como integridad es sensible al diferente valor marginal de la certeza y el grado de predicción en distintas circunstancias. Cuando la certeza es en especial importante, como en el caso de instrumentos negociables, el hecho de que una regla en particular haya sido reconocida y aplicada en casos anteriores proporcionará un fuerte argumento para el lugar que ocupe en la mejor interpretación de esa parte del derecho. Cuando la certeza tiene una importancia relativa, su poder en el argumento interpretativo es más débil; cuando señalé esto por primera vez en el Capítulo 4, cité casos constitucionales como paradigmas.

El argumento político del historicista se basa en la importancia de la certeza cuando esa virtud es menos importante para el buen gobierno. Sobre algunas cuestiones constitucionales, importa más que se establezca el derecho que saber aquello que es el derecho. Es mucho más importante que el término del mandato de un presidente sea fijo y no abierto a consideración por la Corte Suprema de tanto en tanto que saber con exactitud qué es el término. La certeza es de la esencia y la cuestión debe estar aislada del interés propio y del oportunismo político de corto plazo. Si los autores no lo hubiesen entendido, si no hubieran redactado sus decisiones organizativas básicas en un lenguaje que sólo admitiera una interpretación, su constitución no habría sobrevivido para convertirse hoy en una jurisprudencia que es motivo de preocupación. Sin embargo, no todas las cuestiones constitucionales son así. En algunas, es más importante que se llegue a un acuerdo, aunque no siempre importe más que los detalles de ese acuerdo. Es obviamente fundamental para el funcionamiento de un sistema de gobierno federal que la adjudicación del poder entre las jurisdicciones nacionales y locales sea lo más precisa y estable posible. Pero también es importante saber a qué unidad política se le asigna un poder o responsabilidad en particular: el poder de reglamentar una forma particular de comercio, por ejemplo, o la responsabilidad de financiar la educación pública o una política de educación directa. Cuando el derecho como integridad interpreta la práctica constitucional para decidir de qué manera la Constitución distribuye una responsabilidad en particular entre sus jurisdicciones, toma en cuenta la estabilidad, pero también señala que una decisión podría concordar con el esquema general de federalismo que construye la práctica.

Existe una tercera clase de cuestiones constitucionales cuyo balance es diferente. Algunas cláusulas, de cualquier interpretación aceptable, reconocen

derechos individuales contra el Estado y la nación: la libertad de palabra, el debido proceso en procedimientos criminales, el tratamiento de igualdad en la disposición de recursos públicos, incluyendo la educación. La estabilidad en la interpretación de cada uno de estos derechos tomados uno por uno posee una importancia práctica. Pero como éstas son cuestiones de principio, la sustancia es más importante que ese tipo de estabilidad. En cualquier caso, la estabilidad crucial es la que corresponde a la integridad: el sistema de derechos debe interpretarse, hasta donde sea posible, como la expresión de una visión de justicia coherente. Podría ser que no se lograra esto a través de una forma de historicismo débil que atara a los jueces a las opiniones concretas de los gobernantes históricos que crearon cada derecho, hasta donde puedan descubrirse estas opiniones concretas, pero les pide que utilicen otro método de interpretación cuando los autores no tenían ninguna opinión o su opinión se perdió en la historia. Esa es una fórmula segura para producir incoherencia en el esquema constitucional que genera, porque los autores en períodos diferentes tenían opiniones distintas sobre aquello que requiere la justicia, y porque los jueces que utilizan métodos no-históricos cuando no se pueden recuperar estas opiniones, tendrán opiniones concretas diferentes de las que tuvieron los autores. El historicismo fuerte ata a los jueces a las intenciones históricas concretas con mayor firmeza aun: les exige que traten estas intenciones como si agotaran toda la Constitución. Pero esto es equivalente a negar que la Constitución expresa principios, pues no se puede hacer que los principios se detengan allí donde se detuvieron el tiempo, la imaginación y el interés de un gobernante histórico. La Constitución toma los derechos en serio; el historicismo no.

Pasivismo

Algunas confusiones familiares

Debe diferenciarse el historicismo de otra teoría de la práctica constitucional de mayor influencia que denominaré pasivismo. Sus partidarios hacen una distinción entre aquello que denominan un enfoque "activo" y uno "pasivo" de la Constitución. Los jueces "pasivos" muestran una gran deferencia con respecto a las decisiones de otras ramas del gobierno, que es propia de un estadista, mientras que los "activos" declaran estas decisiones como inconstitucionales cada vez que no están de acuerdo con ellas, y esto es tiranía. He aquí una declaración representativa y defensa del credo pasivo. "Las grandes cláusulas constitucionales que invocan nuestros hermanos activos para destruir aquello que el Congreso, el Presidente o cualquier legislatura estatal ha hecho fueron redactadas en un lenguaje muy general y abstracto. Cada uno tendrá una opinión diferente de lo que quisieron decir. Tampoco puede fijarse el sentido en la forma que piensan los historicistas, es decir, al consultar las intenciones concretas de los autores, porque los autores a menudo no tenían ninguna intención pertinente y no tenemos ninguna manera confiable de descubrir qué intenciones tenían. En estas circunstancias, la teoría democrática insiste en que las personas mismas deberían decidir si la Constitución proscribiera la segregación, garantiza la li-

bertad de aborto o prohíbe la pena de muerte. Eso significa permitir a las legislaturas estatales y nacionales la última palabra en estas cuestiones. Las personas sólo pueden invalidar a la Corte Suprema por el difícil e inverosímil proceso de una enmienda constitucional que, de cualquier manera, requiere algo más que una simple mayoría. Pueden vencer a la legislatura en la siguiente elección. (11)

Sin embargo, esta declaración del pasivismo mezcla otras cuestiones, y debemos comenzar nuestra inspección distinguiéndolas. Parece responder a tres cuestiones diferentes a la vez. La primera es la cuestión de la sanción. ¿Quién debe hacer una Constitución? ¿El derecho fundamental debe ser seleccionado por jueces no elegidos, designados de por vida o de alguna manera democrática por legisladores elegidos por el pueblo y responsables ante él? La segunda es la cuestión jurisdiccional. ¿Qué institución, bajo el esquema político norteamericano, tiene la autoridad de decidir qué requiere en realidad la actual Constitución, correctamente interpretada? La tercera es la cuestión legal. ¿Qué requiere en realidad la Constitución, correctamente interpretada? Algunos pasivistas creen que responden a la segunda cuestión; la mayoría actúa como si respondiera a la primera. Pero la tercera, la cuestión legal, es la cuestión a la que deben dirigirse si quieren que su teoría tenga una importancia práctica.

Marbury contra Madison resolvió la segunda cuestión, la jurisdiccional, por lo menos para un futuro previsible: la Corte Suprema, de buen o mal grado, debe decidir por sí misma si la Constitución prohíbe a los Estados considerar criminal el aborto en determinadas circunstancias. El pasivismo dice que la Corte debe ejercer ese poder al adoptar la respuesta de la legislatura como propia, pero ese consejo es válido sólo si proviene de la respuesta correcta a la tercera cuestión, es decir, la cuestión legal. Si la respuesta correcta a dicha cuestión es que la Constitución prohíbe a los Estados considerar criminal el aborto, entonces ceder ante la opinión de una legislatura contraria sería *enmendar* la Constitución en la forma que el pasivismo considera consternante. La primera cuestión, la cuestión de la sanción, depende de la tercera, la cuestión legal, en la misma forma. Pero la importancia de esa atractiva propuesta presupone, una vez más, una respuesta en particular a la cuestión legal. Si la Constitución, correctamente interpretada, no prohíbe la pena capital, entonces es obvio que un juez que haya declarado que es inconstitucional que los Estados ejecuten criminales sería cambiar la Constitución. Pero si la Constitución, correctamente interpretada, prohíbe la pena capital, un juez que se haya negado a eliminar estatutos estatales que provean la pena de muerte estaría cambiando la Constitución por mandato, usurpando autoridad y desafiando el principio constitucional. La cuestión del derecho, en otras palabras, es inevitable. Debemos entender el pasivismo para declarar que, como cuestión de derecho, las cláusulas abstractas de la Constitución no otorgan a los ciudadanos ningún derecho excepto los derechos concretos que provienen indiscutiblemente del lenguaje de estas cláusulas solamente. De lo contrario, toda su indignación sobre la usurpación judicial, todo su fervor por la democracia, es irrelevante a la práctica legal, una confusión que proviene de tomar indicios falsos.

Si el convencionalismo estricto fuera la mejor interpretación general de la práctica legal norteamericana, ese punto de vista austero de los derechos constitucionales sería el hecho correcto. Como es polémico, el hecho de si la cláusula

la del debido proceso a la cláusula de igual protección prohíbe a los Estados considerar criminal el aborto y no existe consenso ni siquiera entre los constitucionalistas acerca de cómo resolver esa cuestión, un convencionalista debe negar que la Constitución prohíbe dicha legislación como una cuestión legal. De modo que un convencionalista que haya declarado que la Corte Suprema debería declarar inconstitucionales los estatutos en contra del aborto, de hecho, estaría suponiendo que el derecho fundamental de una nación debería ser redactado por funcionarios designados para el ejercicio de por vida y revisado sólo por mayorías extraordinarias requeridas por el proceso de enmiendas. Pero eso sólo agrega otro argumento a los señalados en el Capítulo 4 de por qué el convencionalismo es una mala interpretación del derecho norteamericano; si el pasivismo depende del convencionalismo, ya lo hemos rechazado. Bajo el derecho como integridad, las cuestiones constitucionales polémicas necesitan una interpretación y no una enmienda. Cortes y legislaturas, funcionarios y ciudadanos hacen frente a estas cuestiones bajo la suposición reguladora de que una interpretación (un punto de vista sobre aquello que requiere la libertad de palabra, la protección equitativa o el debido proceso) proporciona una mejor justificación de la práctica constitucional permanente que cualquier otra: es decir, que una interpretación es una mejor respuesta a la tercera cuestión, la cuestión de derecho. Por supuesto que las cuestiones del primer tipo, cuestiones de sanción, son apropiadas en algunos contextos. Tal vez la nación no debería tener la Constitución que tiene; tal vez no debería continuar siendo gobernada por los principios que proveen la mejor justificación de su historia constitucional hasta el momento. Pero la Constitución es innegablemente clara acerca de cómo estas cuestiones de sanción deben ser decididas. Son cuestiones de enmienda y no de interpretación y la Constitución es clara en cuanto a que no deben sancionarse las enmiendas en la forma desatinada que prescribe. Tal vez eso fue en sí un error. Quizá, contrario a lo que piensa en la actualidad la mayoría de los norteamericanos, una mayoría contemporánea debería tener el poder de cambiar el derecho fundamental, por ejemplo, por un *referendum*. Pero ésa tampoco es nuestra cuestión.

¿El pasivista puede defender su respuesta austera a la cuestión legal sin tener que apelar al convencionalismo? Algunos pasivistas se basan en el escepticismo. Sostienen que la mejor interpretación de las cláusulas abstractas de la Constitución, incluso bajo el derecho como integridad, es la interpretación escéptica de que éstas no permiten y prohíben nada más allá de lo que surge a partir de la interpretación más estricta de su lenguaje. Si eso fuera cierto, cualquier decisión de la Corte sobre el aborto, por ejemplo, sería una enmienda constitucional no reconocida. Entonces, la cuestión de la sanción sería relevante: podría llegar a ser mejor, porque de alguna manera sería más democrático, que la Corte aceptara el enfoque de una legislatura estatal acerca de cómo debe ser enmendada la Constitución en lugar de imponer su propia opinión contraria. ¿Pero el pasivista tiene algún argumento para su escepticismo?

El argumento que tiene en mente es bastante familiar; ya lo hemos visto antes: "Una persona considerará que una interpretación de la cláusula de debido proceso o de la protección equitativa es mejor que otra sólo porque cree que una teoría de justicia o igualdad es mejor que otra. Pero las teorías de justicia e igualdad sólo son subjetivas; no existe una respuesta correcta sobre cuál es la

mejor, sólo respuestas diferentes.” (12) Sin embargo, si esto es una apelación al escepticismo externo acerca de la moralidad política, es irrelevante para la práctica constitucional por las razones que estudiamos en el Capítulo 2 y otra vez en el Capítulo 7. Y también es contraproducente, porque supone que existe una respuesta correcta a la cuestión que se plantea, la cuestión de equidad sobre cuyas opiniones debería gobernar cuando una cuestión es sólo una cuestión de opinión. Si el escepticismo del pasivista es en cambio un escepticismo global interno sobre la moralidad en general, entonces es enteramente dogmático, porque no proporciona ninguno de los argumentos morales que exige el escepticismo moral interno, y sigue siendo contraproducente porque exime su propia posición moral, de que es más equitativo que una legislatura realice las enmiendas constitucionales en lugar de una Corte, por su escepticismo depurador. ¿Si la respuesta correcta a todas las preguntas sobre los derechos políticos de las minorías es que no existe una respuesta correcta, entonces cómo puede haber una respuesta correcta a la pregunta de cuáles opiniones deberían gobernarlos? Por toda su popularidad, el argumento del escepticismo es totalmente inadecuado.

Justicia, equidad y gobierno por mayoría

De modo que el pasivismo no tiene ningún atajo a la respuesta negativa que siempre da en casos constitucionales polémicos. Supone que todas las cláusulas abstractas que garantizan los derechos individuales contra las decisiones mayoritarias son correctamente interpretadas en forma muy detallada, y que sólo prohíben aquello que su lenguaje prohíbe de manera indiscutible. Debe defender dicha suposición por medio de un argumento interpretativo del tipo que requiere el derecho como integridad. ¿Esa interpretación detallada es una interpretación válida de la práctica constitucional norteamericana? Se adapta mejor a dicha práctica que el historicismo, aunque no se adapte muy bien: muchas decisiones anteriores de la Corte Suprema, incluyendo la de Brown, no podían ser justificadas con una descripción pasivista y por lo tanto, tendrían que ser consideradas como errores. Por otra parte, la mayoría de los abogados piensa que algunas de las decisiones a las que el pasivismo no se ajusta eran equivocadas: el caso Dred Scott, (13) donde los jueces rompieron el *Missouri Compromise* porque pensaban que los dueños de esclavos poseían derechos protegidos por la Constitución sobre sus esclavos, y el caso Lochner, (14) en el cual sostenían que si un Estado limitaba el número de horas que un panadero podía llegar a trabajar corrido violaba la libertad. Y la doctrina pasiva ha tenido un apoyo considerable en las opiniones judiciales y tratados científicos en casi todas las etapas de la historia constitucional. Por lo tanto, podríamos pensar que el pasivismo pasa la prueba inicial de concordancia en la primera dimensión de interpretación; por lo tanto, deberíamos dedicarnos a la cuestión más compleja de qué sucede con las demás pruebas. ¿La práctica constitucional sería de alguna manera más solemne si las restricciones constitucionales fueran muy estrechas, permitiendo así que las legislaturas hicieran todo lo que quiere la mayoría?

Esa pregunta exige un juicio complejo cuya estructura ya hemos estudiado en capítulos anteriores. Reconocemos distintas virtudes políticas, que pueden rivalizar unas con otras, al decidir qué interpretación de la cláusula de la protec-

ción equitativa o el debido proceso, por ejemplo, las mejorarían en cuanto a moralidad política. La justicia es una de esas virtudes: una interpretación de igual protección es mejor, por tanto, si se acerca más a darse cuenta de aquello que la justicia requiere en realidad. Pero la equidad es otra: una interpretación también es mejor, por tanto, si refleja convicciones dominantes o por lo menos, populares en toda la comunidad que si expresa convicciones que son rechazadas o que carecen de popularidad. Podemos utilizar esta estructura para identificar los argumentos que podría hacer el pasivista para demostrar por qué su descripción general de la Constitución, que interpreta sus restricciones sobre el mayoritarismo en forma detallada, la convierte en un documento más atractivo.

¿La Constitución es más justa si sus restricciones sobre el gobierno mayoritario son mínimas? Podría pensarse que sí por dos razones diferentes: La primera es directa. Si una persona está de acuerdo con Bentham (y con algunos marxistas y partidarios de pequeñas cooperativas) de que las personas no tienen derechos como individuos, podría pensar que la Constitución es mejor cuanto menos restricciones imponga sobre la voluntad de la mayoría. O por lo menos, que cualquier restricción debería estar destinada a proteger el carácter democrático del proceso legislativo en lugar de verificar aquello que la mayoría quiere o requiere en realidad. (15) Pero este argumento directo para el pasivismo no carecería de valor de persuasión para la mayoría de los norteamericanos, que no aceptan ese punto de vista de la justicia.

El segundo argumento de la justicia no niega que los individuos tengan derechos, como una cuestión de justicia, contra la mayoría. Se opone a las restricciones constitucionales por la razón más complicada de que a largo plazo, las legislaturas pueden desarrollar una teoría más razonable de cuáles son los derechos que exige la justicia en vez de que las cortes traten de interpretar el lenguaje vago de las disposiciones constitucionales abstractas. Existe una objeción obvia a dicho reclamo. Es más probable que los legisladores que han sido elegidos, y deben ser reelectos por una mayoría política, se pongan del lado de la mayoría en cualquier discusión seria acerca de los derechos de una minoría en su contra; si se oponen a los derechos de la mayoría con demasiada firmeza, serán reemplazados por aquellos que no lo hagan. Por dicha razón, es menos probable que los legisladores lleguen a decisiones razonables sobre los derechos de la minoría que los funcionarios menos vulnerables en ese sentido. De ello no surge que los jueces, aislados de la censura de la mayoría, son las personas ideales para decidir acerca de estos derechos. Los jueces tienen sus propios intereses ideológicos y personales en el resultado de los casos y también pueden ser tiranos. Pero no existe una razón *a priori* para considerarlos teóricos políticos menos competentes que los legisladores estatales o fiscales de distrito.

La historia tampoco sugiere que lo sean. Los pasivistas citan el caso Lochner y otros donde la Corte Suprema, ahora se piensa que equivocadamente, apeló a los derechos individuales para impedir o debilitar programas legislativos deseables y justos. Pero tendríamos que lamentar mucho más si la Corte hubiera aceptado el pasivismo en forma sincera: las escuelas del Sur aún estarían segregadas, por ejemplo. De hecho, si tuviéramos que reunir las decisiones tomadas por la Corte más lamentadas a través del curso de la historia constitucional, hallaríamos más en aquellas donde el error consistió en su no intervención cuando, según lo vemos ahora, los principios constitucionales de justi-

cia requerían intervención. Los norteamericanos se sentirían más orgullosos de su historia política si no incluyera, por ejemplo, el caso Plessy o Korematsu. (16) En ambos casos, la decisión de una legislatura mayoritaria fue muy injusta y también, tal como ahora cree la mayoría de los abogados, inconstitucional; lamentamos que la Corte Suprema no haya intervenido para obtener justicia en nombre de la Constitución.

De modo que si existe un buen caso político para el pasivismo, debe encontrarse en la segunda línea de argumento que señalamos, en la idea de equidad política. Pero un pasivista que apela a la equidad debe defender los afirmaciones dudosas. Primero, debe demostrar que la equidad, correctamente entendida, requiere que la mayoría de los votantes de cualquier jurisdicción legislativa se sienta obligada, en aquello que puede hacerle a la minoría, sólo por principios que ellos mismos aprueban o por lo menos aceptan en el modelo en que se arguye dicha restricción en su contra. En segundo lugar, debe demostrar que la equidad política, así entendida, posee una importancia fundamental en el contexto constitucional, y que debe prevalecer sobre la justicia cuando se considere que ambas están en conflicto. Estos dos reclamos juntos no se adaptan tan bien a la estructura general de la Constitución como se adaptan las conclusiones del pasivismo sobre deferencia en la práctica constitucional, porque no pueden explicar en forma clara y precisa restricciones tales como los requisitos procesales de la Constitución para los juicios criminales. Si los dos reclamos fueran válidos, serían innecesarias las restricciones cuando la mayoría las aceptara como correctas, e injustas cuando no. Cualquier interpretación competente de la Constitución en general debe por lo tanto reconocer, contrariamente a los dos reclamos del pasivista, que algunos derechos constitucionales fueron reconocidos para impedir que las mayorías sigan sus propias convicciones sobre qué requiere la justicia. La Constitución insiste en que la equidad, entendida tal como debe entenderla el pasivista, debe dar preferencia a ciertos derechos fundamentales. Pero una vez que se rechaza el punto de vista del pasivista acerca del carácter y la importancia de la equidad en la interpretación constitucional porque no puede explicar los derechos constitucionales explícitos, no puede reaparecer como decisivo sobre casos polémicos que se plantean hasta qué punto la integridad requiere que estos derechos explícitos se extiendan a los derechos implícitos aún no reconocidos.

Los dos reclamos pasivistas tampoco son válidos en sustancia como una descripción de aquello que debería significar la equidad en una estructura constitucional ideal. La equidad en el contexto constitucional requiere que la interpretación de una cláusula sea penalizada si se basa en principios de justicia que no tienen fundamento en la historia y la cultura norteamericanas, que no han desempeñado ningún papel en la retórica del autoexamen y el debate nacional. La equidad exige referencia a características estables y abstractas de la cultura política nacional, es decir, no a los puntos de vista de una mayoría política local o transitoria sólo porque éstas hayan triunfado en una ocasión política en particular. Si la segregación racial ofende principios de igualdad que son aceptados en casi toda la nación, la equidad no sufre ninguna violación cuando a las mayorías en algunos Estados se les niega el poder de segregar. Si la historia de la nación aprueba la idea de independencia moral pero niega dicha independencia a los homosexuales, a pesar de que dicha distinción no pueda ser justificada en

principio, no se ofende la equidad al insistir en un cumplimiento coherente de dicha idea.

Podemos resumir: el pasivismo parece, a primera vista, una teoría atractiva pero hasta el punto en que los jueces designados deben imponer su voluntad sobre las mayorías políticas. Sin embargo, cuando desentrañamos con cuidado las diferentes cuestiones que combina, sus fundamentos teóricos se debilitan. Debe ser o contener una teoría acerca de qué es la Constitución como ley fundamental, y ello significa que debe ser una interpretación de la práctica constitucional ampliamente entendida. El pasivismo no se adapta muy bien a esa práctica y sólo la muestra desde su mejor perspectiva si suponemos que como una cuestión de justicia los individuos no tienen derechos contra las mayorías políticas, que no pertenece a nuestra cultura constitucional, o que la equidad, definida en una forma especial que ridiculiza la idea misma de los derechos constitucionales, es la virtud constitucional más importante. Si rechazamos esas ideas nada atractivas, rechazamos el pasivismo. ¿Eso significa que debemos aceptar la teoría opuesta, la teoría que los pasivistas denominan "activismo"?

El activismo es una forma virulenta del pragmatismo legal. Una justicia activista ignoraría el texto de la Constitución, la historia de su sanción, las decisiones previas de la Corte Suprema al interpretarla, las viejas tradiciones de nuestra cultura política. Ignoraría todo esto para poder imponer su propio punto de vista sobre qué requiere la justicia en otras ramas del gobierno. El derecho como integridad condena el activismo y cualquier práctica de adjudicación constitucional que se le parezca. Insiste en que la justicia hace cumplir la Constitución a través de la interpretación, no *fiat*, y esto quiere decir que sus decisiones deben adaptarse a la práctica constitucional y no ignorarla. Un juicio interpretativo compromete la moralidad política, en la forma compleja que hemos estudiado en varios capítulos. Pero no sólo da efecto a la justicia sino también a una variedad de virtudes políticas, algunas de las cuales están en conflicto con otras o las verifican. Una de éstas es la equidad: el derecho como integridad es sensible a las tradiciones políticas y la cultura de una nación y por lo tanto, a una concepción de equidad adecuada para una Constitución. La alternativa al pasivismo no es un activismo crudo atado sólo al sentido de justicia de un juez, sino un juicio mucho más discriminatorio y fino que da lugar a varias virtudes políticas pero que, a diferencia del activismo o el pasivismo, deja fuera la tiranía.

Hemos terminado nuestra breve revisión del estado actual de la teoría constitucional académica en los Estados Unidos. Una última observación podría resultar útil. He estado argumentando en contra del historicismo y el pasivismo como interpretaciones generales de la práctica constitucional norteamericana. No he dicho que cada nación debe tener una Constitución escrita con disposiciones abstractas sobre los derechos individuales o que cada una de esas constituciones debe ser interpretada por una Corte cuyos miembros sean elegidos de la misma manera que los jueces de la Corte Suprema. Puede haber muchos otros arreglos que no sean los que ahora están fijos en la práctica legal norteamericana, y algunos pueden ser mucho mejores desde el punto de la teoría ideal. En este punto de nuestro argumento general, nos enfrentamos a una cuestión interpretativa de teoría ordinaria y no ideal. Los jueces y abogados norteamericanos necesitan una interpretación de la práctica constitucional que poseen, una buena interpretación en conjunto, juzgada sobre las dimensiones de

cualquier interpretación.. El pasivismo y el historicismo no pueden proporcionar una interpretación razonable. Pero podemos aprender de su fracaso: debemos sospechar, *a priori*, de cualquier estrategia interpretativa con un solo propósito para decidir qué es una Constitución. Una vez más está listo el escenario, gracias a esa amigable advertencia, para un nuevo análisis.

Hércules en el Olimpo

Hércules logra su promoción a pesar de la extraordinaria y a veces tediosa duración de sus opiniones en las cortes inferiores. Ingresa en la Corte Suprema de los Estados Unidos como el Juez Hércules. Supongamos que el caso Brown, el último de los casos citados como ejemplo en el Capítulo 1, aún no fue decidido. Ahora llega a la Corte de Hércules en la postura que tomó en 1953. Los escolares demandantes sostienen que el esquema de escuelas públicas con segregación racial de Kansas es inconstitucional porque les niega la igual protección de la ley a pesar de la larga historia de dicho esquema a través de los Estados del Sur y a pesar de la aparente decisión contraria de la Corte en un caso donde se plantearon las mismas cuestiones de principio, Plessy contra Ferguson, que ha estado vigente desde 1896. (17) ¿Cómo responde a estos reclamos el campeón del derecho como integridad?

La Constitución es, después de todo, un tipo de estatuto, y Hércules tiene una manera especial de considerar los estatutos. Interpreta cada uno de ellos de modo que su historia sea la mejor posible, teniendo todo en cuenta. Eso requiere juicios políticos, pero éstos son especiales y complejos y de ninguna manera los mismos que haría si tuviera que votar en el caso de un estatuto que tratara las mismas cuestiones. Sus propias convicciones sobre la justicia o la buena política están restringidas en su propio juicio interpretativo, no sólo por el texto del estatuto sino también por una variedad de consideraciones de equidad e integridad. Seguirá utilizando su estrategia en su nueva posición, pero como la Constitución es un estatuto muy inusual elaborará una aplicación especial de la estrategia para casos constitucionales. Desarrollará su estrategia para estatutos y la convertirá en una teoría de adjudicación constitucional.

La Constitución tiene una gran diferencia con los estatutos ordinarios. La Constitución es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretación de Hércules de todo el documento, y de sus cláusulas abstractas, también debe ser fundamental. Debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política. Los abogados siempre son filósofos, porque la jurisprudencia es parte de la descripción de cualquier abogado sobre qué es el derecho, incluso cuando la jurisprudencia es mecánica y difícil de distinguir. En la teoría constitucional, la filosofía está más cerca de la superficie del argumento y, si la teoría es buena, se hace explícito en ella.

Es hora de repetir una de las advertencias que hice anterioremente. Hércules sirve a nuestro propósito porque puede concentrarse en las cuestiones de principio que, según el derecho como integridad, constituyen el derecho consti-

tucional que administra. No necesita preocuparse por la presión del tiempo y del sumario, y no tiene problemas, a diferencia de cualquier juez mortal, para hallar el lenguaje y el argumento que sean lo suficientemente discriminatorios como para hacer las modificaciones que crea necesarias en sus caracterizaciones iniciales del derecho. Ahora podemos agregar que tampoco se preocupa por el problema práctico que es muy serio en los casos constitucionales. Un juez de verdad debe a veces ajustar aquello que considera correcto como una cuestión de principio, y por lo tanto como una cuestión de derecho, para poder ganar los votos de los otros jueces y hacer que su decisión conjunta sea bastante aceptable para la comunidad de modo que pueda seguir actuando en el espíritu de una comunidad de principio, a nivel constitucional. Utilizamos a Hércules para hacer una abstracción de esas cuestiones prácticas, como debe hacerlo cualquier análisis válido, para que podamos ver qué compromisos los jueces verdaderos consideran necesarios como vínculos con el derecho.

Teorías de igualdad racial

Ahora estamos interesados en la teoría del trabajo de Hércules de aquellas partes de la Constitución que declaran los derechos individuales constitucionales contra el Estado, y en particular, en su teoría de la cláusula de igual protección. Hércules comenzará con la idea igualitaria abstracta ya discutida en el Capítulo 8. Esta sostiene que el gobierno debe tratar a todos sus ciudadanos como iguales en el siguiente sentido: las decisiones y acuerdos políticos deben mostrar igual preocupación por el destino de todos. En el Capítulo 8 consideramos la forma en que un Estado que respetara ese principio abstracto debería distribuir y reglamentar el uso de la propiedad privada. Distinguimos varias concepciones de igualdad (concepciones liberales, utilitaristas y basadas en el bienestar y en los recursos) cada una de las cuales proporcionaba una respuesta diferente a esa pregunta. También señalamos una distinción que aquí debemos elaborar.

Hicimos la distinción entre las estrategias generales, colectivas, que un gobierno utiliza para asegurar el interés general como una cuestión de política y los derechos individuales que reconoce, como una cuestión de principio, como triunfos sobre esas estrategias colectivas. Hércules plantea ahora una pregunta olvidada y de fundamental importancia para la teoría constitucional. ¿Hasta qué punto la Constitución limita la libertad del Congreso y de los distintos Estados para tomar sus propias decisiones sobre cuestiones de política y de principio? ¿La Constitución, correctamente interpretada, establece una concepción de igualdad en particular que cada Estado debe seguir en sus juicios políticos colectivos, en su esquema general de distribución y reglamentación de la propiedad, por ejemplo? ¿Si no fuera así, estipula, en nombre de la igualdad, algunos derechos individuales que cada Estado debe respetar, como triunfos sobre sus decisiones políticas colectivas, sea cual fuere la concepción de igualdad que el Estado haya elegido?

Estas son preguntas separadas y su distinción es importante. Hércules res-

ponderará primero en forma negativa. La Constitución no puede ser interpretada como si exigiera que la nación y cada Estado siguiera una concepción de igualdad utilitaria, liberal, de igualdad de recursos o de cualquier otro tipo para fijar estrategias con el objeto de conseguir el bienestar general. La Constitución insiste en que cada jurisdicción acepte el principio igualitario de que las personas deben ser tratadas como iguales y que por lo tanto, cada una debe respetar una concepción *razonable* de igualdad en cada una de sus decisiones sobre la propiedad y otras cuestiones de política. (Esa norma constitucional relativamente permisiva es por lo menos parte de aquello que los abogados constitucionalistas denominan, un tanto equivocadamente, el requisito de “racionalidad”.) La segunda pregunta, acerca de los derechos constitucionales individuales sobre cualquier justificación colectiva, es una cuestión diferente. Hércules llegará a esta conclusión a partir de la historia y la práctica constitucionales: a pesar de que la Constitución deja en libertad a cada Estado en cuestiones de política, sujeto sólo a la restricción que acabamos de describir, insiste en que cada Estado reconozca ciertos derechos que califiquen cualquier justificación colectiva que utilice, cualquier punto de vista que adopte del interés general. La cuestión interpretativa crucial es entonces saber cuáles son estos derechos.

Hércules se preocupa ahora por un conjunto de derechos constitucionales putativos. Parece evidente que la Constitución otorga mandato sobre un derecho individual para que no sea víctima de una discriminación racial oficial, impuesta por el Estado. ¿Pero cuál es el carácter y cuáles las dimensiones de dicho derecho? Hércules elabora tres descripciones de un derecho contra la discriminación racial. Probará cada uno como una interpretación competente de la práctica constitucional bajo la Decimocuarta Enmienda.

1) *Clasificaciones sospechosas*. La primera descripción supone que el derecho en contra de la discriminación es sólo una consecuencia del derecho más general que tienen las personas de ser tratadas como iguales según la concepción de igualdad que sostenga su Estado. Supone, en otras palabras, que las personas no tienen el derecho de ser víctimas de la discriminación racial o de cualquier otro tipo más allá de aquello que ya exige la restricción racional. Si un Estado adopta en forma general una postura acerca del bienestar general, como la propuesta por el utilitarismo o la igualdad de recursos en el ejemplo del mercado, donde las ganancias de unos están equilibradas por las pérdidas de otros, entonces cumple con la norma constitucional en contra de la discriminación al contar el bienestar de cada uno o las elecciones en la misma forma. La raza y otros rasgos de distinción similares son especiales sólo porque la historia sugiere que algunos grupos son más propensos a que se les niegue la consideración debida, de modo que las decisiones políticas que actúan en su contra deberían ser tomadas en cuenta con especial sospecha. A pesar de que las cortes revisarán las decisiones políticas que benefician más a unos grupos que a otros, a menos que se demuestre que son “irracionales” en la forma descrita, inspeccionará estas decisiones con mayor atención cuando las minorías históricamente maltratadas se encuentren en desventaja.

A pesar de ello, la norma requiere que sólo estos grupos reciban la consideración adecuada en el balance general, y un Estado puede cumplir con esa norma a pesar de tratarlos de manera distinta que otros. Podría, por ejemplo, llegar a justificar la segregación en las escuelas demostrando que la integración pro-

porcionaría un medio educativo inferior porque ultrajaría antiguas tradiciones de separación racial y el daño producido a los niños blancos sería muy superior a cualquier ganancia que pudieran obtener los niños negros, aun si estas ganancias se consideran de igual importancia en sí mismas, niño por niño. Podría agregar que las instalaciones asignadas a los negros, a pesar de estar separadas, son de igual calidad. O, si no son iguales, que no pueden ser mejoradas salvo un gasto especial que consideraría, en el cálculo general, más importantes los intereses de cada niño negro que los intereses de los niños blancos que son más.

2) *Categorías prohibidas.* La segunda teoría en la lista de Hércules insiste en que la Constitución reconoce un derecho bien definido en contra de la discriminación como un triunfo sobre la concepción de cualquier Estado acerca del interés general. Este es el derecho que ciertas propiedades o categorías, incluyendo la raza, los antecedentes étnicos y tal vez el género, no sean utilizadas para distinguir grupos de ciudadanos para un tratamiento diferente, aun cuando esta distinción adelantaría el interés general sobre una concepción de lo contrario permisible. Un sistema escolar con segregación racial es inconstitucional bajo toda circunstancia.

3) *Fuentes prohibidas.* La tercera teoría reconoce un derecho especial y diferente en contra de la discriminación. La mayoría de las concepciones de igualdad, incluyendo el utilitarismo y la igualdad de recursos, hacen que el interés público, y por lo tanto la política correcta, sea sensible a los gustos, preferencias y elecciones de las personas. Una comunidad comprometida con esta concepción pensará que ciertas decisiones políticas son válidas sólo porque las preferencias y elecciones están distribuidas en una forma en particular: el hecho de que la mayoría de la gente quiera estadios deportivos en lugar de teatros líricos, o que aquellos que quieren el estadio lo quieren mucho más, justificarán esa elección, sin ninguna suposición de que aquellos que lo prefieren son más valiosos o sus preferencias son más admirables. La tercera teoría insiste en que las personas tienen el derecho, contra este tipo de justificación colectiva, de que ciertas fuentes o tipos de preferencias o elecciones no cuenten en esa forma. Insiste en que las preferencias basadas en algún tipo de prejuicio en contra de un grupo nunca pueden contar a favor de una política que incluya la desventaja de dicho grupo. Este derecho, al igual que el derecho propuesto por la segunda teoría, condena el programa de educación con segregación racial presentado en el caso Brown, aunque no en forma tan automática. La segregación trata a los negros en forma distinta, y la historia demuestra que la base del tratamiento diferente yace en el prejuicio. De modo que según la tercera descripción, no se puede evitar la segregación con el tipo de argumento que pensamos podría evitarla en la primera descripción. No tendría importancia que un cálculo que considerara todas las preferencias de cada persona con la misma importancia, incluyendo aquellas basadas en el prejuicio, podría demostrar que la segregación era en pos del interés general, así entendido.

Cuando Hércules considera cada una de estas teorías sobre la fuerza del requisito de la Decimocuarta Enmienda sobre la igual protección, utilizará la distinción que usamos en el Capítulo 8. Hará la distinción entre la elaboración académica y la elaboración práctica de cada teoría: no sólo preguntará cuál es el atractivo abstracto de cada teoría, tal como la elaboraría y aplicaría un sofisticada-

do filósofo político, sino de qué manera podrían ser puestas en práctica en una comunidad como la suya, como una norma constitucional que las cortes podrían utilizar en forma efectiva para decidir qué legislación descalifican. Tomé en cuenta los requisitos de elaboración práctica para describir la primera teoría. Esta establece ciertas clasificaciones "sospechosas" que, al ser usadas en la legislación, plantean la suposición de que no se han tomado en cuenta en la forma correcta los intereses de un grupo en especial. Pero dicha suposición puede ser refutada al demostrar que la clasificación da igual efecto a todas las preferencias demostradas en la comunidad, sin ninguna distinción en cuanto al carácter u origen de estas preferencias.

La segunda teoría, de las categorías prohibidas, no necesita una elaboración práctica especial, porque su elaboración académica ya es bastante práctica. Esta establece categorías especiales e insiste en que el derecho constitucional ha sido violado cada vez que el derecho hace distinciones entre los grupos de ciudadanos que utilizan cualquiera de estas categorías. La segunda teoría insiste en que (en la máxima a menudo utilizada para expresarlo) la Constitución es ciega en lo referente a colores y también en lo referente a otras propiedades que distinguen distintos grupos. La tercera teoría, de las fuentes prohibidas, no necesita ninguna elaboración práctica especial porque su principio fundamental sería muy difícil para que los jueces y otros funcionarios lo aplicaran directamente en cada una de las causas. Ese principio prohíbe la legislación que sería justificada al contar, dentro del cálculo general para determinar en qué consiste el interés general, preferencias que surgen directa o indirectamente de los prejuicios. Aun en teoría, a menudo será difícil decidir cuáles son estas preferencias, porque los deseos de las personas suelen tener orígenes complejos y a veces indeterminados. También será difícil decidir, caso por caso, qué legislación habría sido justificada si no se hubiesen tomado en cuenta en el cálculo las preferencias contaminadas. Sería imposible decidir, por ejemplo, hasta qué punto el deseo de un padre en especial de que sus hijos sean educados con otros hijos de medios similares, expresa un punto de vista neutral desde una postura racial de que la educación siempre es más efectiva en estas circunstancias y hasta qué punto refleja prejuicio racial.

De modo que los jueces que aceptan la teoría de las categorías prohibidas tendrían que construir una elaboración práctica basada en juicios sobre los tipos de preferencias, que a menudo han sido generados a través del prejuicio y sobre los tipos de decisiones políticas que en circunstancias normales no podrían ser justificadas donde dichas preferencias no contaran como parte de la justificación. Esta elaboración práctica designaría un conjunto de clasificaciones "sospechosas" parecidas a aquellas de la primera teoría, clasificaciones que por lo general ponen en desventaja a grupos como los negros, los judíos, algunas mujeres o a los homosexuales, que históricamente han sido blanco de prejuicios; originaría la suposición de que cualquier decisión política que causara una desventaja especial a estos grupos viola el derecho constitucional contra la discriminación. Pero el caso necesario para refutar dicha suposición, según la elaboración práctica de la tercera teoría, sería muy distinto del caso necesario para refutar la sospecha de violación bajo la primera teoría. Según la primera, se puede hacer a un lado la sospecha al demostrar que un cálculo neutral entre todas las preferencias justificaría la distinción de raza. Bajo la tercera, esto no

sería suficiente: sería necesario demostrar que la clasificación estaba justificada por preferencias populares sin ningún tipo de prejuicio, o proporcionar una forma distinta de justificación que no se basara en las preferencias. La tercera teoría, aun cuando es elaborada en esta forma, es también diferente de la segunda, de las categorías prohibidas. Ambas se separan al enfrentar la legislación cuyo propósito y efecto es beneficiar a las personas que históricamente han sido víctimas del prejuicio, y no dañarlas. La teoría de las fuentes prohibidas haría una distinción entre programas de acción afirmativa destinados a ayudar a los negros y las leyes de Jim Crow, destinadas a mantenerlos en un estado de subyugación económica y social. La teoría de las categorías prohibidas trataría ambos en la misma forma.

La decisión del caso Brown

¿Qué teoría es la teoría de la Constitución?

Hércules está listo para probar estas tres descripciones del derecho constitucional contra la discriminación al preguntar hasta qué punto cada una de ellas se adapta y justifica, proveyendo así una interpretación válida a la estructura y la práctica constitucional norteamericana. Hércules rechazará la primera teoría, que niega cualquier derecho especial contra la discriminación e insiste sólo en que el bienestar o las preferencias de cada ciudadano sean considerados en la misma escala, sin restricción en cuanto a la fuente o el carácter. Tal vez, esta teoría habría sido inadecuada bajo pruebas de equidad y adaptación en algún momento de nuestra historia; tal vez habría sido adecuada en el momento en que se decidió el caso Plessy. Ahora no es adecuada, y tampoco lo fue en 1954 cuando Hércules tuvo que decidir el caso Brown. No cuenta con mucho apoyo de parte de los ideales de la equidad política. El pueblo norteamericano la habría rechazado casi en forma unánime, aun en 1954, por no ser leal a sus convicciones sobre justicia racial. Las personas que apoyaron la segregación racial no trataron de justificarla apelando al hecho de sus preferencias, tal como podrían apoyar una decisión a favor de un estadio deportivo en lugar de un teatro de ópera. Pensaban que la segregación era voluntad de Dios, o que cada uno tenía el derecho a vivir con su propia gente, o algo parecido. Y aquellos que se opusieron a la segregación tampoco basaron su caso sobre cálculos de preferencia irrestricta: no habrían considerado más fuerte el caso de la segregación si hubiesen sido racistas o si los racistas se deleitarán más con él. Hércules también considerará inadecuada en lo concerniente a la justicia la primera descripción, de modo que la descartará si alguna de las otras dos se adapta a la práctica constitucional de manera tal que pueda ser aceptable.

Necesita desarrollar su teoría de la adjudicación constitucional con los suficientes detalles como para decidir el caso Brown, de modo que no tendría que hacer una elección entre las categorías prohibidas y las fuentes prohibidas, la segunda y la tercera teoría de su lista. Ambas condenan la segregación racial dentro de las escuelas conforme fue avalada por el gobierno. Ambas se adaptan lo suficiente a las pautas de las decisiones anteriores de la Corte y la estructura

general de la Constitución como para ser aceptables. Ambas eran coherentes, en 1954, con las actitudes éticas difundidas en la comunidad; ninguna teoría se adaptó mejor a estas actitudes que la otra, porque la diferencia entre ellas sólo aparece a un nivel de análisis que la opinión popular aún no se había visto forzada a alcanzar. El creciente sentimiento en los Estados Unidos de que la segregación racial era errónea en principio, por ser incompatible con la decencia el tratar una raza como inherentemente inferior a otra, puede apoyarse ya sea sobre la base de las fuentes prohibidas, de que algunas preferencias deben ser pasadas por alto en cualquier cálculo aceptable de lo que mejora en su conjunto a la Constitución, o sobre la base de las categorías prohibidas, de que algunas propiedades, incluyendo la raza, nunca deben ser la base de una distinción legal.

Hércules está entonces listo para fallar a favor de los demandantes: la segregación racial impuesta por el Estado en la educación es inconstitucional. Sabe que los congresistas que propusieron la Decimocuarta Enmienda tenían una opinión diferente, la cual fue declarada en la historia legislativa oficial. Pero por razones que señalamos al describir el historicismo y el pasivismo, no cree que esto importe mucho ahora. No puede ser evidencia de cualquier opinión contemporánea profunda y dominante a la cual deba referirse por razones de equidad. La vieja historia legislativa ya no es un acto de la nación personificada declarando algún propósito público contemporáneo. Tampoco es el tipo de cuestión donde es más importante que esté establecida la práctica institucional que el hecho de que ésta esté establecida en la forma correcta. La Corte ya ha dado razones, en casos anteriores, para que las personas duden de que las pautas establecidas de distinción racial seguirán estando protegidas mucho tiempo más. (18) Los escolares demandantes están siendo engañados en lo que respecta a aquello que la Constitución, correctamente interpretada, define como una postura independiente e igual en la república; éste es un insulto que debe ser reconocido y eliminado. De modo que si el caso *Plessy* es realmente un precedente contra la integración, ahora debe ser invalidado. Todo conspira contra la misma decisión. Las escuelas públicas con segregación racial no tratan a los estudiantes negros como iguales bajo cualquier interpretación competente de los derechos que la Decimocuarta Enmienda despliega en nombre de la igualdad racial, y por lo tanto, la segregación oficial es inconstitucional.

Derechos y recursos

Ahora viene la cuestión de los recursos. ¿Debe Hércules votar para proscribir las escuelas segregadas de inmediato, de modo que todas las escuelas de distrito ahora segregadas terminen prontamente con la segregación? ¿O debe votar por un proceso de cambio más gradual, en cuyo caso tendrá que encontrar algún lenguaje para describir qué plazos se permitirán? He aquí algunos argumentos a favor del retraso. Un sistema escolar no puede revertir estructuras institucionales importantes de la noche a la mañana. Si las escuelas segregadas en junio tratan de reabrir sus puertas en setiembre como escuelas integradas habrá caos, y la educación de un grupo de estudiantes, tanto negros como blancos, se verá dañada o quedará destruida. Deben trazarse nuevos límites de captación y puede ser difícil respetar la tradición de vecindarios o incluso la educa-

ción territorial; deben volver a asignarse tanto maestros como alumnos y los costos personales de estas decisiones serán variados y difíciles. Los problemas por las reacciones violentas serán más urgentes y amenazadores. La segregación racial de largos años es una parte importante de las vidas de aquellos que desean mantenerla; su sentido de identidad se ve amenazado por cualquier debilitamiento sustancial de la segregación y éstas son las semillas tanto de la violencia como de la desesperación. Un proceso de cambio gradual podría mejorar aunque no resolver por completo estos problemas.

Una persona que revisara estos argumentos podría describir su resultado de la siguiente manera. "El derecho requiere que se elimine la segregación de inmediato, pero varias razones de política práctica como las que se acaban de describir aconsejan en contra de ello, de modo que Hércules debe decidir si debe o no comprometer el derecho con la política." Sin embargo, esta descripción es en parte errónea; algunas de las razones para la postergación que mencioné son razones de política práctica del tipo que señalé que Hércules no atendería, a pesar de que los jueces de verdad podrían tener que hacerlo, pero otros se refieren a la cuestión de principio, la cuestión de qué es lo que requiere la Constitución como una cuestión de derecho. Cualquier interpretación razonable de los derechos que tienen las personas bajo la Constitución debe ser lo suficientemente compleja como para referirse tanto al recurso como a la sustancia. De modo que la decisión de Hércules sobre el recurso es una decisión de derecho, una decisión sobre los derechos secundarios que tienen las personas en cuanto al método y la manera de hacer cumplir sus derechos primarios sustantivos. (19) Hércules debe decidir, como una cuestión inicial general, si la mejor interpretación de las prácticas de recursos de las cortes en general y de la Corte Suprema en particular insiste en que los derechos de las personas a los recursos sean sensibles a las consecuencias. Hércules decidirá que así es: el objetivo de la adjudicación constitucional no es sólo nombrar derechos sino asegurarlos y hacerlo por aquellos a quienes corresponden esos derechos.

De forma tal que debe preguntar qué decisión procesal será la mejor para proteger a los escolares negros que buscan una educación integrada, y descubrirá que exigir una integración inmediata no es la solución adecuada. Pero a pesar de que su decisión debe ser sensible a las consecuencias, también debe discriminar entre las consecuencias y así tratará los problemas mecánicos y técnicos de la integración en forma diferente del problema de la amenaza de una reacción violenta, por deferencia a esto último, recompensará actos y actitudes que la Constitución proscribe y deplora. La decisión de Hércules, ni siquiera sobre el recurso, no es simple o directamente de consecuencia tal como lo sería una decisión política común. Su intención es desarrollar una teoría general de ejecución que se adapte y justifique el poder que la Constitución le otorga, y esto significa una teoría que no contradiga a través del procedimiento aquello que el documento exige en sustancia. Podría llegar a la siguiente teoría o al menos, algo parecido: las estrategias de decreto de la Corte deben buscar la ejecución más efectiva e inmediata de los derechos constitucionales sustantivos que estén relacionados con los intereses de aquellos que los sostienen, pero principalmente, tratando de acomodar los intereses de aquellas personas que quieren trastocar esos derechos.

La Corte Suprema estableció en el caso Brown una fórmula de ejecución

que, al menos en retrospectión, no cumplió con esa norma. (20) Sostenía que la supresión de la segregación debe proceder "a toda velocidad", y este lenguaje probó ser un vehículo para la obstrucción y la postergación. Habría sido mejor que la Corte hubiera intentado proporcionar un programa más preciso, a pesar de que esa estrategia podía haber puesto en peligro la unanimidad de su decisión. Gran parte de la discusión que siguió al caso Brown habría sido inevitable de cualquier modo, porque la revolución social que ese caso anunciaba era a la vez nacional y fundamental y requería docenas de otras decisiones en circunstancias y un terreno muy distintos de los del caso Brown. Pero los problemas de derecho más difíciles no aparecieron de hecho en los Estados sureños con una larga historia de segregación por ley sino en los Estados del Norte, donde la segregación en las escuelas no se había alcanzado por una separación racial explícita sino por decisiones más sutiles, como por ejemplo, la delimitación de los distritos escolares. Las cortes federales tenían que decidir bajo qué circunstancias el fracaso de un Estado de revertir esta historia de segregación más sutil era una violación de los principios anunciados en el caso Brown, y cuando lo era, qué ordenes podían y debían hacer las cortes por medio del recurso.

Las cortes desarrollaron una jurisprudencia definida de integración racial que no fue ni demasiado exitosa ni demasiado coherente pero que, sin embargo, resultó un gran crédito para el derecho. (21) Durante un tiempo, los jueces federales publicaron y revisaron decretos que los internaron en la jurisdicción normal de los inspectores escolares y otros funcionarios locales. Exigían cambios severos en la organización escolar y establecieron programas detallados para dichos cambios; también crearon programas para transportar a los niños negros a escuela de vecindarios blancos y viceversa. En ningún momento de la historia norteamericana sus decisiones parecieron tan diferentes del trabajo normal de los jueces o atrajeron tanta hostilidad por parte del público y de la prensa. Algunos eruditos, incluso varios a favor del proyecto, declararon que sus decisiones marcaron un cambio importante en la naturaleza y el carácter de la función judicial. (22) En cierta forma, estos eruditos tenían razón. Los jueces han ejercido tradicionalmente roles de supervisión dependientes de la adjudicación (por ejemplo, al administrar juicios de concurso o decretos antimonopolistas o custodiales). Pero la escala y el detalle de la supervisión eran mucho mayores en los decretos en contra de la segregación e hicieron que los jueces se comprometieran con mayor firmeza en los terrenos convencionales de los funcionarios ejecutivos elegidos.

Pero bajo el derecho como integridad, esta inusual transgresión judicial de las funciones administrativas sólo es consecuencia, en circunstancias muy especiales y sísmicas, de una visión tradicional de la función judicial. La tesis de Hércules es por lo menos razonable: los jueces tienen el deber de hacer cumplir los derechos constitucionales hasta el punto donde la ejecución deja de ser provechosa para aquellos cuyos derechos se supone debe proteger, y esta tesis proporciona una interpretación aceptable y atractiva de la práctica constitucional del pasado. Sus aplicaciones más dramáticas en los casos raciales pueden ser desafiadas como aplicaciones equivocadas y este desafío parecerá razona-

ble para los abogados en dos niveles distintos. Ellos creen que la Corte Suprema y las cortes federales inferiores han ido demasiado lejos al reconocer un derecho constitucional a una educación integrada en Estados que no segregaron por ley, y que muchos de los recursos que las cortes ordenaron en apoyo de estos derechos no eran, después de todo, en provecho de los negros. Debemos tener cuidado al distinguir estos dudosos desafíos de las recientes aplicaciones de la tesis de Hércules de un desafío a la tesis en sí.

La decisión del caso Bakke

No continuaré con la historia de la progenie de Brown o con esta defensa de las decisiones más intervencionistas que siguieron al caso, porque ninguna de esas historias posee una particular importancia para el guardarropa constitucional del derecho como integridad. En cambio, nos ocuparemos de un problema diferente, hijo del éxito más que del fracaso de la revolución que comenzó con el caso Brown. Las guerras raciales de la década de 1960 agitaron la conciencia de la educación y la empresa norteamericanas, y también su prudencia, y los programas denominados en forma colectiva de acción afirmativa o de discriminación invertida eran parte de su respuesta. Podemos conformarnos con una descripción a grandes rasgos de estos programas: su objetivo era mejorar el lugar y la cantidad de negros y otras minorías en el trabajo, el comercio y las profesiones otorgándoles alguna forma de preferencia al ser tomados como empleados o en las promociones y las admisiones a las universidades y escuelas profesionales. La preferencia era a veces indistinta, y la raza o antecedentes étnicos de una persona se consideraba una ventaja que podría asegurarle un puesto, "todo lo demás era igual", que por supuesto, nunca lo era. Pero a veces, esa preferencia era explícita y mecánica.

La escuela de medicina de la Universidad de California en Davis, por ejemplo, utilizaba un sistema bifurcado para juzgar a sus aspirantes: se separaba un cupo para los aspirantes de una minoría que sólo competían entre sí para un número determinado de vacantes, con la consecuencia de que se aceptaban a algunos negros cuyo rendimiento y calificaciones convencionales estaban muy por debajo de los blancos rechazados. Alan Bakke fue uno de estos últimos, y en el litigio que inició se reconoció que habría sido aceptado si hubiese sido negro. Bakke declaró que este sistema de cupos era ilegal porque no lo trataba como un igual en el concurso por las vacantes y la Corte Suprema, justificando su decisión en un conjunto de opiniones divididas y algo confusas, estuvo de acuerdo. (23)

¿Cómo habría votado el juez Hércules? El caso lo lleva a hacer frente a la cuestión que halló innecesario decidir a favor del caso Brown. ¿La teoría de las categorías prohibidas es una mejor interpretación de la práctica constitucional pertinente, tomando todo en cuenta, que la teoría de las fuentes prohibidas? Una norma constitucional práctica que pone en vigor la teoría de las fuentes prohibidas designaría a ciertas clasificaciones raciales como sospechosas. Pero no sería necesario incluir en la lista de clasificaciones sospechosas una distinción obviamente destinada a ayudar a las víctimas históricas del prejuicio. Tal

vez, las instituciones que utilizaron los cupos raciales deberían tener que demostrar, bajo esa teoría, que éstos no reflejaban un prejuicio encubierto contra algún otro grupo. Pero Davis podría haber cumplido con ese requisito, de modo que bajo la teoría de las fuentes prohibidas no habría violado el derecho constitucional de Bakke. Sin embargo, habría violado sus derechos según la teoría de las categorías prohibidas. La elaboración tanto práctica como académica de dicha teoría no es más que una lista de cualidades que no deben ser utilizadas para distinguir grupos uno de los cuales ganaría una ventaja sobre el resto. La raza debe ser prominente en este tipo de lista, y Davis utilizó clasificaciones raciales que pusieron en desventaja a blancos como Bakke.

Entonces Hércules debe elegir entre dos teorías, y preferirá la teoría de las fuentes prohibidas por encima de la otra. A pesar de que la teoría de las categorías prohibidas se adapta a las decisiones sobre la discriminación racial como la del caso Bakke tal como lo hace la teoría de las fuentes prohibidas (se adapta al lenguaje utilizado mejor en estas decisiones), no se adapta a la práctica constitucional o política en forma más general. La teoría de las categorías prohibidas es demasiado arbitraria como para ser considerada una interpretación genuina bajo el derecho como integridad. Debe estar apoyada por una descripción basada en principios de por qué las propiedades en particular que prohíbe son especiales, y el único principio disponible es que las personas nunca deben ser tratadas de manera diferente en virtud de propiedades más allá de su control. Esta propuesta fue rechazada en la política y el derecho norteamericanos. Los estatutos casi invariablemente establecen divisiones entre las diferencias naturales de geografía, salud y capacidad: por ejemplo, otorgan subsidios a trabajadores que por casualidad llegan a trabajar en una industria o una firma en lugar de otra y restringen licencias para conducir o practicar la medicina a personas con ciertas capacidades físicas o mentales. Siempre se han otorgado las oportunidades educativas en las universidades y escuelas profesionales en particular sin ningún desafío constitucional y en total violación del supuesto principio. Los candidatos son elegidos sobre una base de pruebas que se considera revelan diferencias en la capacidad natural y en muchas escuelas se los elige para que promuevan el equilibrio geográfico en las clases o incluso el éxito deportivo de la escuela. Los candidatos no son más responsables por su capacidad para obtener un puntaje alto en las pruebas de inteligencia convencionales o por su lugar de nacimiento o habilidad en el fútbol que por su raza; si la raza fuera una categoría prohibida porque las personas no pueden elegir su raza, entonces la inteligencia, el medio geográfico y la capacidad física también tendrían que ser categorías prohibidas. La discriminación racial que pone en desventaja a los negros es injusta, no porque las personas no puedan elegir su raza sino porque esa discriminación expresa prejuicio. Esta injusticia se explica a través de la teoría de las fuentes prohibidas y no de las categorías prohibidas.

Supongan que los abogados de Bakke sostienen que la estrategia de las categorías prohibidas debe ser aceptada para el caso de la raza (y tal vez para ciertos casos especiales como los antecedentes étnicos y el sexo) a pesar de que no puede apoyarse en ningún principio general de que nunca debe dividirse a las personas según propiedades que no pueden controlar. No deben decir que esta postura especial para la raza y otras propiedades es sólo un hecho constitucional, que la Constitución elige y descalifica sólo a la raza y estas otras propieda-

des. Eso da por sentado lo que queda por probar: la correcta interpretación de nuestra práctica constitucional es exactamente lo que ahora está en discusión, y ellos necesitan un argumento que justifique su reclamo sobre qué quiere decir la Constitución, no un argumento que comience con ese reclamo. Supongan que dicen: los autores de la cláusula de igual protección tenían especialmente en mente el caso de la raza porque después surgió la Decimocuarta Enmienda que fue provocada por la esclavitud y la Guerra Civil. Esto es historicismo y todos nuestros argumentos anteriores en su contra vienen ahora al caso. Pero es una forma en particular débil de historicismo en este contexto. Sabemos que los autores de la Decimocuarta Enmienda no creían que fuera inconstitucional la discriminación racial en la educación, ni siquiera la segregación dirigida a los negros, y no podemos considerar sus opiniones como un argumento de que toda distinción racial, incluso la destinada a ayudar a los negros, está fuera de la ley.

Supongan que ahora los abogados de Bakke dicen que sean cuales fueren las intenciones que pudieron o no haber tenido los autores, una política constitucional está a favor de la teoría de las categorías prohibidas en el caso de la raza y otras cuantas categorías porque las admisiones o los programas de empleo que utilizan clasificaciones raciales exacerbarán la tensión racial prolongando así la discriminación, el odio y la violencia. Éste es exactamente el tipo de cálculo político complejo y anticipado que hasta una forma debilitada y sensata de pasivismo dejaría a juicio de los funcionarios elegidos o de los ejecutivos asignados por estos funcionarios y responsables ante ellos. Si el Congreso decide que es preferible una política nacional que prohíba cualquier acción afirmativa, tiene el poder de sancionar un estatuto que en parte lo logre. (24) La Corte Suprema no debería asumir ese juicio político.

Así que Hércules rechazará la teoría de igualdad de las categorías prohibidas, tanto en su forma general, que no puede ser adaptada, como en su forma especial, que es demasiado arbitraria como para ser considerada basada en principios. Aceptará la teoría de las fuentes prohibidas como la mejor interpretación disponible, (25) luego construirá una elaboración práctica adecuada de dicha teoría para fines constitucionales seleccionando una lista, abierta a revisión a medida que cambian las pautas sociales, de clasificaciones "sospechosas" cuyo uso para dejar en desventaja a un grupo que ha sido históricamente blanco de prejuicios resulta *prima facie* inconstitucional. La lista que elabora no proscibiría en principio los programas de acción afirmativa, porque éstos no trabajan en desventaja de ninguno de esos grupos.

Sin embargo, Bakke tiene un argumento posible más de que la cláusula de igual protección, interpretada tal como Hércules la entiende ahora, proscriba la forma basada en la acción afirmativa que utilizó Davis. La teoría de las fuentes prohibidas explica un derecho especial como suplemento al requisito general de la Decimocuarta Enmienda, el requisito de que el cálculo de cualquier Estado del interés general debe tomar en cuenta los intereses de todos los ciudadanos a pesar de colocar en desventaja a algunos de ellos; en ese sentido debe ser un cálculo "racional" considerado al servicio de una concepción aceptable sobre cómo se trata a la gente por igual. El gobierno viola este requisito más general cada vez que ignora el bienestar de algún grupo en el cálculo que hace acerca de qué es lo que hace mejor a la comunidad en general. A pesar de que Bakke

no encontró ayuda en el derecho especial en contra de la discriminación racial que Hércules reconoce, podría recurrir al requisito general. Davis sostiene que su sistema de cupos contribuye en forma razonable al bienestar general al ayudar a aumentar el número de médicos negros calificados. Bakke podría argumentar lo contrario, que el sistema de cupos de Davis impide prestar atención al impacto de sus decisiones en lo referente a admisiones de personas en su posición. Creo que Hércules decidirá que esta declaración es confusa: un sistema de cupos da la misma consideración a toda la clase de aspirantes que cualquier otro sistema que se base, como todos deben hacerlo, en clasificaciones generales. (26) Sin embargo, jueces razonables podrían no estar de acuerdo con esa parte de su conclusión general del caso. (27)

¿Hércules es un tirano?

Hemos seguido a Hércules a lo largo de una sola cadena de decisiones, porque aquí como en cualquier otra parte de la jurisprudencia el detalle es más ilustrativo que la serie. Pero el argumento de los capítulos anteriores nos da una idea de sus actitudes con respecto a otras cuestiones constitucionales, (28) y ha surgido bastante sobre sus métodos constitucionales como para justificar un pequeño resumen. Hércules no es un historicista, pero tampoco tiene un estilo bucanero a veces satirizado bajo el epíteto "derecho natural". Hércules no piensa que la Constitución no es más que aquello que produciría la mejor teoría de justicia y equidad abstracta a título de teoría ideal. En cambio, se deja guiar por un sentido de integridad constitucional; cree que la Constitución norteamericana consiste en la mejor interpretación disponible del texto y la práctica constitucionales norteamericanas en su totalidad, y su juicio acerca de cuál interpretación es la mejor es sensible a la gran complejidad de virtudes políticas correspondientes a la misma cuestión.

Sus argumentos abarcan la convicción popular y la tradición nacional cada vez que éstos son pertinentes a la pregunta soberana: qué interpretación de la historia constitucional muestra esa historia desde una mejor perspectiva. Por la misma razón y con el mismo fin, éstos giran sobre sus propias convicciones sobre justicia y equidad y la correcta relación entre ellas. No es un pasivista porque rechaza la idea rígida de que los jueces deben deferir a los funcionarios elegidos, sin importar qué parte del esquema constitucional se cuestione. Decidirá que el objetivo de algunas disposiciones es o incluye la protección de la democracia, y elaborará estas disposiciones en ese espíritu en lugar de deferir a las convicciones de aquellos cuya legitimidad podrían desafiar. Decidirá que el objetivo de otras disposiciones es o incluye la protección de individuos y minorías contra la voluntad de la mayoría, y no cederá ante aquello que los representantes de la mayoría consideran correcto al decidir qué requieren estas disposiciones.

Tampoco es un "activista". Se negará a sustituir su juicio por el de la legislatura cuando crea que la cuestión en juego es principalmente de política y no de principio, cuando la discusión sea acerca de las mejores estrategias para lograr

el interés colectivo general a través de objetivos como la prosperidad o la erradicación de la pobreza o el equilibrio correcto entre economía y conservación. (29) No se habría unido a la mayoría en el caso Lochner, por ejemplo, porque habría rechazado el principio de libertad que citó la Corte Suprema en dicho caso por ser incoherente con la práctica norteamericana y de todas formas incorrecto, y se habría negado a reexaminar la opinión de la legislatura de Nueva York sobre cuestiones políticas que quedaron entonces. (30)

Hércules escapa así a la clasificación académica corriente de los magistrados. Si se adaptara perfectamente a cualquiera de las categorías populares, dejaría de ser Hércules. ¿Es demasiado conservador? ¿O demasiado liberal o progresista? Aún no pueden saberlo porque su juicio dependería del grado en que sus convicciones concuerdan con las de él a lo largo del amplio espectro de los distintos tipos de convicciones que abarca una interpretación de la práctica constitucional. No he expuesto lo suficiente acerca de sus convicciones, o de la forma en que éstas actuarían en casos de debido proceso en el procedimiento criminal, casos de libertad de palabra o casos acerca de divisiones y procedimientos electorales justos, para poder emitir un juicio. Tampoco discutí, como un problema específico en el contexto constitucional, sus convicciones acerca del rol del precedente o sobre las decisiones anteriores de la Corte Suprema. Tendrán un sentido de esta actitud a través del Capítulo 7 y del hecho de que no se perturbó al declarar sin lugar a Plessy al decidir el caso Brown; pero ésta no es toda la historia porque su actitud con respecto a los precedentes fue más respetuosa cuando le pidieron que restringiera los derechos constitucionales que habían puesto en vigor que cuando le pidieron que reafirmara sus negativas a dichos derechos. De modo que deben reservar sus opiniones políticas para las carreras de los jueces que conozcan mejor.

Pero hemos visto lo suficiente como para saber que el cargo que algunos abogados harían en contra de Hércules es injusto, y lo que es peor, oscurantista. Hércules no es ningún tirano tratando de engañar al público acerca de su poder democrático. Cuando interviene en el proceso de gobierno para declarar inconstitucional algún estatuto u otro acto del gobierno, lo hace al servicio de su juicio más concienzudo acerca de qué es en realidad la democracia y qué quiere decir en realidad la Constitución, madre y guardiana de la democracia. Pueden no estar de acuerdo con los pocos argumentos que expuse en su nombre; si les dijera más acerca de su carrera en el Olimpo, tal vez disientirían aun más. Pero si Hércules hubiese renunciado a la responsabilidad que he descrito, que incluye la responsabilidad de decidir cuándo debe basarse en sus propias convicciones acerca del carácter de su nación, habría sido un traidor y no un héroe de la coerción judicial.

11. El derecho más allá del derecho

El derecho se purifica a sí mismo

¿La integridad puede ser impura?

Los abogados sentimentales alimentan un viejo sueño: sostienen que el derecho se purifica a sí mismo. La figura imagina dos formas o estados del mismo sistema legal, la forma más noble latente en la forma menos noble, el derecho impuro, actual, que gradualmente se va transformando en su propia ambición más pura, vacilante, con deslices y ganancias, nunca del todo puro pero mejor en cada generación que la anterior. En esta misteriosa imagen hay una cuestión, y ésta se suma a la complejidad y el poder del derecho como integridad.

¿Esta concepción puede reconocer una forma más pura del derecho que tenemos? He aquí un argumento que sostiene que no. Para Hércules, el derecho actual consiste en principios que proporcionan la mejor justificación disponible para las doctrinas y estratagemas del derecho en su totalidad. Su dios es el principio adjudicativo de integridad que lo obliga a ver, hasta donde es posible, el derecho como un todo coherente y estructurado. En este cuadro parece no haber sitio para la idea de un derecho más coherente y más puro de lo que es en la actualidad. Si es posible hacer que el sistema sea más coherente, entonces este sistema más coherente es el derecho actual, de modo que una vez que Hércules ha elaborado qué es el derecho ahora, no puede haber un derecho más puro latente en él. Podríamos decir que el derecho como integridad es la idea del derecho purificado.

Sin embargo, esto es demasiado tosco: la distinción sentimental tiene un lugar dentro del derecho como integridad. Nuestro concepto del derecho une el derecho a la actual justificación de fuerza coercitiva y así, une el derecho a la adjudicación: el derecho es una cuestión de derechos defendibles en una Corte. Esto hace que el contenido del derecho sea sensible a los distintos tipos de restricciones constitucionales, en especial para los jueces, que no necesariamente son restricciones para otros funcionarios o instituciones. Cuando los jueces interpretan la práctica legal en su totalidad, encuentran razones de distintos tipos, en particular las que se aplican a los jueces, de por qué no deberían rechazar como derecho actual, los principios y normas que proporcionarían la descripción más coherente de las decisiones sustantivas de dicha práctica.

Las doctrinas estrictas de precedente, que exigen que algunos jueces sigan decisiones anteriores tomadas por otros jueces cuando consideran que están equivocados, son una instancia familiar. Recuerden un ejemplo que utilicé anteriormente: la Cámara de las Loes sigue eximiendo a los abogados de la responsabilidad por negligencia en ciertas circunstancias en especial. La integridad condena este tratamiento especial y el Parlamento debería revocarlo por la integridad. (1) Pero una cámara inglesa inferior no puede hacerlo porque lo prohíben los precedentes. El precedente estricto varía de jurisdicción en jurisdicción, y las cortes superiores por lo general están exentas de él. Pero la supremacía legislativa es otra restricción institucional, y esto por lo general abarca todas las cortes. Si un juez está satisfecho de que un estatuto sólo admite una interpretación, entonces, al eliminar el impedimento constitucional, debe hacer cumplir esta ley aun si cree que el estatuto es incoherente en principio con el derecho considerado desde un punto de vista más amplio. (2) Puede pensar que la legislatura tiene el deber de reparar la incoherencia con otra legislación, no sólo o necesariamente por un sentido de justicia, sino porque la legislatura es también un guardián de la integridad. Pero esto no afectará lo que para él es el derecho.

Si Hércules hubiera decidido ignorar la supremacía legislativa y el precedente estricto cada vez que el hecho de ignorar estas doctrinas le permita mejorar la integridad del derecho, juzgado sólo como una cuestión de sustancia, habría violado la integridad en general. Cualquier buena interpretación de nuestra práctica legal debe reconocer estas restricciones institucionales. Otras restricciones judiciales son menos doctrinales y más una cuestión de los distintos aspectos del sentido de debido proceso de un juez en la corte. Lord Hércules podía pensar que no puede defenderse el hecho de eximir a los abogados de las reglas generales del derecho de negligencia y podría saber que posee el poder técnico de invalidar los precedentes que protegen a los abogados de esa manera. Pero también podría creer que sería incorrecto imponer, de repente, la responsabilidad a un abogado en particular por acciones del pasado si ninguna Corte ha comunicado previamente cualquier cambio, porque es improbable que ese abogado hubiera podido asegurarse contra dicha responsabilidad. Entonces, Hércules podría considerar la necesidad de cambiar la ley sólo en perspectiva, en la forma que imaginamos lo haría un juez pragmático en el Capítulo 5. Sin embargo, la práctica inglesa no conoce dicha estrategia, y podría decidir entonces hallar alguna otra forma de advertir a los abogados a través de su opinión sobre futuros cambios. (3) El juez Hércules podría pensar que la mejor interpretación de la cláusula de igual protección proscribía distinciones entre los derechos de los adultos y los derechos de los niños que nunca fueron cuestionados en la comunidad, y sin embargo, podría considerar injusto desde el punto de vista político, en el sentido que señalamos en el Capítulo 3, que el derecho impusiera ese punto de vista en una comunidad cuyas prácticas familiares y sociales acepten dichas distinciones como correctas y fundamentales. No me refiero a que Hércules siempre aceptaría, en este tipo de casos, una incoherencia sustantiva para cumplir con los principios procesales, sino a que el carácter complejo de la adjudicación hace inevitable que a veces lo haga.

El principio de la prioridad local de interpretación que conocimos en el Capítulo 8 es otro tipo más sutil de restricción que puede considerarse como relacionada con las restricciones institucionales que señalamos. Si un juez que

acepta el derecho como integridad encuentra que dos interpretaciones se adaptan lo suficiente al área de su preocupación inmediata como para satisfacer sus restricciones interpretativas, ampliará el alcance de su estudio en una serie de círculos concéntricos que incluyan otros campos del derecho y luego determinará cuál de las dos se adapta mejor al campo incluido. Pero normalmente, respetará la prioridad del departamento del derecho donde surja su problema inmediato; reducirá en forma considerable algún principio como su interpretación válida de la ley sobre accidentes si desarraiga dicho departamento del derecho, aun si se adapta bien a otros departamentos. La topología de los departamentos forma, tal como vimos, parte de su problema interpretativo, y sus juicios sobre los límites de los departamentos pueden ser polémicos y de todas formas cambiarán a medida que se desarrolle el derecho. Sin embargo hay restricciones especiales que se aplican a sus juicios sobre límites: deben respetar en principio las opiniones profesionales y públicas establecidas que dividen el derecho en áreas sustantivas de conducta pública y privada.

Integridad e igualdad

Podemos aprovechar las discusiones previas para demostrar el poder acumulativo de estas distintas restricciones, cada una de las cuales apela a la integridad de proceso para verificar la integridad sustantiva. En el Capítulo 8, Hércules decidió que gran parte del derecho por daños no intencionales en su jurisdicción puede considerarse la expresión de la concepción de igualdad que él considera mejor desde el punto de vista de la justicia abstracta, que es un recurso del concepto igualitario, y por lo tanto, adoptó dicha concepción al construir su interpretación de estas partes del derecho. En el Capítulo 10 rechazó la sugerencia de que su concepción de igualdad (o cualquier otra) es obligatoria en los Estados por la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda. Además, tendrá que aceptar que tanto el Estado como la nación no alcanzan aquello que, aun en su elaboración práctica, requeriría la igualdad de recursos por medio de la distribución de la riqueza, a pesar de que algunos de los programas de redistribución adoptados por el Congreso y distintos Estados son un paso en esa dirección. Esta concesión no amenaza su punto de vista sobre la mejor interpretación del derecho por daños no intencionales, porque ninguna otra concepción de igualdad se adapta tan bien a ese derecho y ninguna otra se adaptaría mejor a los programas impositivos y de redistribución a los que la igualdad de recursos sólo se adapta en forma imperfecta.

De modo que debe elegir una descripción de la igualdad y el derecho que sea menos elegante y uniforme de lo que hubiera deseado. La igualdad de recursos es su clave para la ley sobre accidentes y otras formas de daños no intencionales. Pero no puede apelar a la Constitución para que le ordene al Congreso o las legislaturas estatales que adopten los programas económicos y redistributivos que requiere la igualdad de recursos. Tampoco, dadas las distintas restricciones que acepta acerca de hasta qué punto es libre de interpretar estatutos para promover su visión de la justicia, puede interpretar en los esquemas de bienestar y de impuestos disposiciones que aprobaría la igualdad de recursos. Considera que se habría servido mejor tanto a la integridad política como a la justicia si el gobierno nacional y el local hubiesen aceptado la igualdad de re-

cursos como el objetivo de sus programas económicos. Pero estaría violando la integridad si ignorara las decisiones que realmente tomaron.

La integridad inclusiva y pura

El derecho como integridad no sólo permite sino que también establece diferentes formas de conflicto o tensión sustantiva dentro de la mejor interpretación general del derecho. Ahora estamos en posición de explicar el por qué. Aceptamos la integridad como un ideal político preciso, y aceptamos el principio adjudicativo de la integridad por encima del derecho, porque queremos considerarnos una asociación de principio, una comunidad gobernada por una sola y coherente visión de justicia, equidad y debido proceso en la relación correcta. Ya hemos señalado que estas tres virtudes componentes —equidad, justicia y proceso— a veces están en conflicto. Hércules evita lograr la integridad desde el punto de vista de la justicia sola (coherencia en los principios de justicia sustantivos que fluyen a través de su descripción de qué es el derecho ahora) porque ha estado buscando una integridad más amplia que también dé efecto a los principios de equidad y debido proceso.

Tal como lo señalamos, la justicia se refiere al resultado correcto del sistema político: la correcta distribución de bienes, oportunidades y otros recursos. La equidad se refiere a la estructura correcta para dicho sistema, la estructura que distribuye la influencia sobre las decisiones políticas en la forma adecuada. El debido proceso se refiere a los procedimientos correctos para hacer cumplir las disposiciones y reglamentaciones producidas por el sistema. La supremacía legislativa, que obliga a Hércules a dar efecto a estatutos aun cuando éstos produzcan una importante incoherencia, es una cuestión de equidad porque protege el poder de la mayoría para hacer el derecho que ésta quiere. Las doctrinas de precedente estrictas, las prácticas de la historia legislativa, y la prioridad local se refieren ampliamente, aunque de maneras diferentes, al debido proceso porque alientan a los ciudadanos a basarse en pronunciamientos y suposiciones doctrinales que sería un error traicionar al juzgarlos después del hecho.

Podemos consolidar esta explicación al trazar una nueva distinción entre los niveles o tipos de integridad. El principio adjudicativo que gobierna nuestro derecho pone en vigor la integridad inclusiva: ésta requiere que un juez tome en cuenta todas las virtudes componentes. Construye su teoría general del actual derecho de forma tal que refleje, hasta donde sea posible, principios coherentes de equidad política, una justicia sustantiva y el debido proceso. La calificación "hasta donde sea posible" reconoce lo que hemos estado señalando, que la correcta atención a una de estas virtudes en una descripción general del derecho forzaría a veces un compromiso en el nivel de integridad que puede lograrse en otro. Hércules debe retroceder a sus suposiciones sobre qué es el derecho, la mejor interpretación de los principios de equidad de su comunidad, que definen sus propios poderes contra aquellos de otras instituciones y funcionarios, y sus principios de debido proceso, que se tornan pertinentes por el hecho de que los juicios de derecho son la base de una atribución que mira hacia el pasado en busca de culpa y responsabilidad. De modo que debe llevar a efecto estatutos que van en contra de una coherencia sustantiva y a precedentes y prioridades locales que se interponen en el camino de la coherencia con respecto a distintos

departamentos del derecho. Por lo tanto, estará consciente de un cálculo diferente y más abstracto: la integridad pura proviene de estas distintas restricciones de equidad y proceso. Lo invita a considerar qué sería el derecho si los jueces fueran libres de perseguir la coherencia en los principios de justicia que fluyen a través de los distintos departamentos del derecho y los une.

Nos inclinamos ante la justicia, entre otras virtudes políticas, al crear una forma especial de integridad para ella. Pero el honor no es arbitrario. Las consecuencias concretas de la equidad y el debido proceso son mucho más condicionales que las consecuencias de la justicia, y a menudo son causa de arrepentimiento. Tenemos la esperanza de que nuestra legislatura reconozca aquello que requiere la justicia para que no quede ningún conflicto práctico entre justicia y supremacía legislativa; esperamos que los departamentos del derecho sean reformados, con respecto al entendimiento público y profesional, para marcar las verdaderas distinciones de principio, de forma tal que la prioridad local no presente ningún impedimento para un juez que busca un flujo natural de principios a través del derecho.

Nuestra principal ambición de considerarnos una comunidad de principio nos recomienda un rol especial para la justicia. Los ciudadanos de dicha comunidad desean ser gobernados con justicia, equidad y debido proceso, pero las tres virtudes componentes tienen distintos significados para ellos incluso como ideales. La equidad y el debido proceso están ligados, aunque en formas distintas, a instituciones específicas dentro de la comunidad. Ellos asignan diferentes responsabilidades a diferentes funcionarios situados en forma diferente. La justicia, por el contrario, se refiere a aquello que la comunidad personificada, como resultado de las responsabilidades institucionales, debe conseguir. Así que existe una importancia práctica en el hecho de aislar la pregunta de qué requiere y permite la integridad desde el punto de vista de la justicia solamente. Esa pregunta marca un programa para toda la comunidad, como un paso previo a futuras preguntas acerca de qué decisiones institucionales serían necesarias para lograrlo.

Ahora podemos borrar la figura que celebran los abogados sentimentales del derecho dentro y más allá del derecho. El derecho que tenemos, el derecho actual y concreto, está fijado por la integridad inclusiva. Este es el derecho para el juez, el derecho que está obligado a declarar y a hacer cumplir. Sin embargo, el derecho actual contiene otro derecho, que marca sus propias ambiciones; este derecho más puro está definido por la integridad pura. Consiste en los principios de justicia que ofrecen la mejor justificación del actual derecho visto desde ninguna perspectiva institucional en particular, abstrayendo así todas las restricciones de equidad y proceso que requiere la integridad inclusiva. Esta interpretación purificada se dirige directamente a la comunidad personificada y no a los diferentes deberes de los jueces, legisladores o cualquier otro cuerpo o institución política. Esta declara cómo deben reformarse las prácticas de la comunidad para servir en forma más coherente y comprensiva a la visión de justicia social que ha adoptado en parte, pero no declara qué funcionario posee este u otro puesto dentro del gran proyecto.

El actual derecho trata de buscar el derecho puro cuando aparecen formas de decisión que parecen satisfacer la equidad y el proceso y acercan el derecho a su propia ambición; los abogados demuestran optimismo con respecto a este

proceso cuando declaran que el derecho se purifica a sí mismo. Sin embargo, este optimismo puede estar mal situado. Algunos críticos consideran mejor una historia escéptica de nuestro derecho: predican el triunfo de la entropía en lugar de que el derecho pierda su coherencia sustantiva general en el caos producido por concentraciones egoístas y desiguales de poder político. ¿Qué actitud —pesimismo u optimismo— es sensata y cuál tonta? Eso depende de la energía y la imaginación tanto como de la prudencia, pues cada actitud, si es lo suficientemente popular, contribuye a su propia reivindicación.

Los sueños del derecho

Las cortes son las capitales del imperio de la justicia y los jueces son sus príncipes, pero no sus adivinos y profetas. Les corresponde a los filósofos, si lo desean, resolver las ambiciones del derecho, la forma más pura del derecho dentro y más allá del derecho que tenemos. En la ley común sobre accidentes hallamos una concepción de igualdad que, si pudiera recorrer libremente la política y la estructura económica norteamericanas, hasta sus límites naturales, requeriría cambios dramáticos en la distribución de la propiedad y otros recursos en forma general. Podemos encontrar otras bases para dicha concepción de igualdad en otros departamentos del derecho. Podemos citar, por ejemplo, el progreso esporádico, a veces retrocesivo, pero en general progresivo de redistribución hacia las personas minusválidas y otras que son desafortunadas en otros aspectos, y podemos declarar que la igualdad de recursos explica mejor este desarrollo que otras concepciones sobre qué significa tratar a las personas como iguales. Nosotros también apoyamos esta concepción; ahora sostenemos que es el objetivo del derecho purificado, la estrella de la comunidad en su búsqueda de la integridad vista desde la perspectiva de la justicia solamente. ¿Qué tipo de argumento hemos empezado?

Otro filósofo de nuestro derecho sostiene una visión contraria. Ve el derecho purificado como un derecho más utilitarista en el sentido ilimitado, más precisa y coherentemente dedicado a aumentar al máximo la satisfacción incondicional de las preferencias generales de la gente. Otro describe una visión más comunitaria; ésta supone el derecho purificado de los derechos individuales que corrompen el sentido de la comunidad, que esta visión aprueba, que el único bien es el bien comunal, que se vive mejor bajo normas compartidas sobre qué tipo de vida es mejor. No podemos vencer estas otras visiones midiendo y comparando las extensiones del derecho que se adaptan a las nuestras y a las de ellos. Ninguna se adapta lo bastante bien como para dominar el actual derecho; todas se adaptan lo suficiente como para reclamar una base en él. El argumento debe ahora pasar al plano de la moralidad política abstracta; debe moverse hacia argumentos de teoría utópica. Sin embargo, el argumento sigue perteneciendo al derecho, por lo menos en un sentido atenuado, porque cada competidor comienza por establecer una sombra contemporánea del futuro que celebra. (Ningún marxista o fascista podría explicar su filosofía política con el

derecho actual como para entrar en la contienda.) La conexión con el argumento legal ordinario, a pesar de estar atenuada, es crucial porque otorga al argumento filosófico un rol distintivo aunque complementario dentro de la política más amplia del derecho.

Cada una de las filosofías rivales utiliza y respeta la integridad, y los valores que las apoyan, de esta forma. Cada una propone demostrar cómo el derecho puede desarrollarse en dirección de la justicia mientras preserva la integridad, etapa por etapa. Cada una sostiene que su visión se vería asegurada por el hecho de que la comunidad avanzara a través de una serie de pasos, ninguno de los cuales sería revolucionario, pero que se construiría y tomaría su lugar dentro de la estructura ya existente. Observamos este proceso desde un punto de vista externo, histórico, en nuestro estudio inicial del desarrollo del derecho a través del tiempo en el Capítulo 3, y también, al rechazar el reclamo en el Capítulo 4 de que el derecho es principalmente una cuestión de convención. Dije que a pesar de que el contenido del derecho será diferente de un período a otro, aun en un sistema legal floreciente puede verse que los cambios importantes surgen del derecho ya existente, enriqueciendo dicho derecho, cambiando su base y de ese modo provocando otros cambios.

De tal forma que la política legal utópica sigue siendo, en ese sentido amplio, derecho. Sus filósofos ofrecen amplios programas que, si se apoderan de la mente de los abogados, pueden hacer de su progreso algo más deliberado y reflexivo. Son novelistas en cadena con epopeyas en la mente, que imaginan que el trabajo se despliega a través de volúmenes que pueden tardar generaciones en ser escritos. En ese sentido, cada uno de sus sueños ya está latente en el derecho actual; cada sueño podría ser el futuro del derecho. Pero los sueños son competitivos, las visiones son distintas y deben efectuarse elecciones: las grandes elecciones, por los hombres de Estado en altos cargos judiciales y legislativos, las elecciones menos importantes, por aquellos cuyas decisiones son más inmediatas y circunscriptas. Ningún programa coherente puede permanecer el tiempo suficiente con las personas suficientes; después de todo, podemos quedar en manos de la habilidad del derecho, que no es más que otro nombre para la capacidad de los buenos jueces para imponer cualquier orden que puedan, tal como tuvo que hacerlo Hércules en los capítulos previos, en un proceso históricamente fortuito. Pero los filósofos son parte de la historia del derecho incluso entonces, aun cuando disientan y ninguna visión gane un distrito electoral dominante durante mucho tiempo, pues aun entonces, sus discusiones recuerdan a la profesión la presión del derecho más allá del derecho, que los imperativos de la integridad siempre desafían al derecho de hoy con las posibilidades del derecho de mañana, que cada decisión en un caso difícil es un voto en favor de uno los sueños del derecho.

Epílogo: ¿Qué es el derecho?

El derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deberían decidir qué es el derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden qué es el

derecho. Las teorías generales del derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial. Rechazamos el convencionalismo, que halla la mejor interpretación en la idea de que los jueces descubren y ponen en vigor convenciones legales especiales, y el pragmatismo, que la encuentra en la historia diferente de los jueces como arquitectos independientes del mejor futuro, libres de la demanda inhibitoria de que deben actuar en forma coherente en principio unos con otros. Destaqué la tercera concepción, el derecho como integridad, que une la jurisprudencia y la adjudicación. Hace que el contenido del derecho no dependa de convenciones especiales o cruzadas independientes sino de interpretaciones más refinadas y concretas de la misma práctica legal que ha comenzado a interpretar.

Estas interpretaciones más concretas son claramente legales porque están dominadas por el principio adjudicativo de la integridad inclusiva. La adjudicación es diferente de la legislación, no en una forma inequívoca, sino como la consecuencia complicada del dominio de dicho principio. Rastreamos su impacto al reconocer la fuerza más poderosa de la integridad en la adjudicación que la hace soberana sobre otros juicios del derecho, aunque no inevitablemente sobre los veredictos de las cortes, al notar de qué manera la legislación invita a juicios políticos y la adjudicación no, al observar cómo la integridad inclusiva hace cumplir las restricciones judiciales de rol. La integridad no se pone en vigor a sí misma; se requiere un juicio. Ese juicio está estructurado por distintas dimensiones de interpretación y distintos aspectos de éstas. Señalamos de qué manera las convicciones sobre la adaptación restringen y compiten con los juicios de sustancia, y de qué forma las convicciones sobre equidad, justicia y debido proceso compiten entre sí. El juicio interpretativo debe notar y tomar en cuenta estas distintas dimensiones; si no lo hace, es incompetente o una política ordinaria disfrazada. Pero también debe fusionar estas dimensiones en una opinión general: sobre qué interpretación, tomando todo en cuenta, hace que los antecedentes legales de la comunidad sean mejores desde el punto de vista de la moralidad política. De modo que los juicios legales son discutibles.

Esa es la historia contada por el derecho como integridad. Creo que proporciona una mejor descripción de nuestro derecho que el convencionalismo en cada una de las dos dimensiones principales de interpretación, de modo que no es necesario ningún intercambio entre estas dos dimensiones a un nivel donde la integridad compite con otras concepciones. El derecho como integridad proporciona una mejor adaptación y una mejor justificación de nuestra práctica legal en general. Demostré el reclamo de la justificación al identificar y estudiar la integridad como una clara virtud de la política ordinaria, a veces junto a las virtudes más familiares de justicia y equidad, y otras en conflicto con ellas. Deberíamos aceptar la integridad como una virtud de la política ordinaria porque tendríamos que tratar de concebir nuestra comunidad política como una asociación de principio; y esto porque, entre otras razones, esa concepción de comunidad ofrece una base atractiva para las declaraciones de legitimidad política en una comunidad de personas libres e independientes que disienten sobre la moralidad y la sabiduría políticas.

Demostré el primer reclamo (que el derecho como integridad proporciona una concordancia iluminadora con nuestra práctica legal) al analizar en qué forma un juez ideal comprometido con el derecho como integridad debería decidir

tres tipos de casos difíciles: en el derecho consuetudinario, bajo estatutos y, en los Estados Unidos, bajo la Constitución. Hice que Hércules resolviera los distintos casos que ofrecí como ejemplos en el Capítulo 1, y mis reclamos de concordancia pueden verificarse al comparar su razonamiento con el tipo de argumentos que parecían apropiados para los abogados y jueces de ambos lados de dichos casos. Pero esta prueba es demasiado limitada como para ser decisiva; los estudiantes de derecho y los abogados podrán verificar el poder iluminador del derecho como integridad contra una experiencia mucho más amplia y variada del derecho en funcionamiento.

¿Ya dije qué es el derecho? La mejor respuesta es: hasta cierto punto. No he previsto un algoritmo para la Corte. Ningún mago electrónico podría diseñar a partir de mis argumentos un programa de computadora que proporcionara un veredicto que todos aceptarían una vez que se pusieran a disposición de la computadora todos los hechos del caso y el texto de todos los estatutos y decisiones judiciales anteriores. Sin embargo, no he llegado a una conclusión que muchos lectores consideren sensata. No he dicho que no exista la forma correcta, sólo formas diferentes, para decidir un caso difícil. Por el contrario, dije que esta conclusión aparentemente sofisticada es un grave error filosófico, si la interpretamos como una parte del escepticismo externo o una posición política contenciosa que se basa en dudosas convicciones políticas si la consideramos, tal como estoy dispuesto a hacerlo, una aventura en el escepticismo global interno.

He descrito las preguntas interpretativas que debe plantearse un juez y también las respuestas que ahora creo debería dar a las preguntas más abstractas y básicas. En algunos casos, llevé el proceso aun más adelante, a los capilares y las arterias de la decisión, pero sólo como ejemplo y no con más detalles de los necesarios para ilustrar el carácter de las decisiones que toman los jueces. Nuestra principal preocupación ha sido identificar los puntos polémicos del argumento legal, los puntos donde la opinión divide en la forma que promete el derecho como integridad. Cada camino que tomó Hércules a partir de esa concepción general hacia un veredicto en particular, otro abogado o juez que haya comenzado en la misma concepción encontraría un camino distinto y terminaría en un lugar distinto, tal como lo hicieron varios de los jueces de nuestros ejemplos. Terminaría en forma diferente porque dejaría a Hércules y seguiría su propia intuición en algún punto polémico del argumento.

La pregunta de si he podido demostrar qué es el derecho es una pregunta diferente para cada lector. Debe preguntarse hasta qué punto me seguiría a lo largo del tronco argumental, dadas las distintas convicciones interpretativas, políticas y morales que descubra después de la reflexión que traté de provocar. Si abandona mi argumento en forma temprana, en alguna etapa abstracta crucial, entonces habré fallado para él. Si lo abandona más adelante, en algún detalle relativo, entonces, habré tenido éxito. Sin embargo, habré fracasado por completo si nunca abandona mi argumento.

¿Qué es el derecho? Ahora ofrezco una respuesta diferente. El derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún discreto teatro de conducta. Ni tampoco por un grupo de funcionarios y sus poderes sobre una parte de nuestras vidas. Es la actitud lo que define el imperio de la justicia (el derecho) y no el territorio, el poder o el proceso. Estudiamos dicha actitud principalmente en las cortes de apelación,

donde se viste para la inspección, pero debe penetrar en nuestras vidas ordinarias si debe servirnos también en la Corte. Es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio. Es una actitud protestante que hace a cada ciudadano responsable por imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad con respecto al principio, y qué requieren estos compromisos en nuevas circunstancias. La naturaleza de discernimiento retrospectivo, así como también la suposición reguladora de que a pesar de que los jueces deben tener la última palabra, su palabra no es por ello la mejor, confirman el carácter protestante del derecho y reconocen el rol creativo de las decisiones particulares. La actitud del derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener.

Notas

1. ¿Qué es el derecho?

- (1) *Brown contra Consejo de Educación*, 347, U.S. 486, 1954.
- (2) *Priestley contra Fowler*, 1837, 3 M & W. 1.
- (3) Véase la Reforma de Ley (Daños Corporales), Act 1948, 35, *Halsbury's Statutes of England*, 538, 3ª edición.
- (4) *Procurador general contra Jonathan Cape Ltd.*, 1975, 3 E.R. 484.
- (5) Lo mismo hacen los encargados de corregir los exámenes. Algunas personas no se sienten cómodas al utilizar las palabras "verdadero" o "falso" de esta forma, y prefieren decir que las propuestas de ley pueden ser "fidedignas" o no, o algo parecido, que para el caso tiene el mismo valor. Véase la discusión acerca del escepticismo en los Capítulos 2 y 7.
- (6) Tengo en mente a los "realistas" legales, que discutimos luego en este mismo capítulo, como Jerome Frank (*Law and the Modern Mind*, Nueva York, 1949), y el movimiento de los "estudios legales críticos" que estudiamos en el Capítulo 7 (véase, en forma general, 38, *Stanford Law Review*, 1-674, 1984, simposio sobre los conocimientos legales críticos).
- (7) Véase, por ejemplo, Benjamin Cardozo: *The Nature of the Judicial Process*, en especial las págs. 165-80, New Haven, 1921.
- (8) Discutimos estas posibilidades en los Capítulos 9 y 10.
- (9) Oliver Wendell Holmes: "The path of the law", 10 *Harvard Law Review*, 1987.
- (10) *Riggs contra Palmer*, 115 Nueva York, 506, 22, N.E. 188, 1889.
- (11) *Idem* en 189.
- (12) Ya existen varios problemas serios en este principio intermedio y estudiaremos algunos de ellos en el Capítulo 9.
- (13) *Tennessee Valley Authority contra Hill*, 437 U.S. 153, 1978. John Oakley señaló el valor de este caso como ejemplo.
- (14) El Acta de las Especies en Peligro de 1973, Pub. L. N° 93-205, sec. 7, 87 Stat. 884, 892 (codificado como fue enmendado en 16 U.S.C. sec. 1536, 1982).
- (15) Enmiendas del Acta de las Especies en Peligro de 1978, Pub. L. N° 95-632, 92 Stat. 3571 (codificado como fue enmendado en 16 U.S.C. sec. 1536, 1982).
- (16) *Tennessee Valley Authority contra Hill*, 437 U.S. 153, 185, 1978.
- (17) *Idem* en 196 (Powell, J. en desacuerdo).
- (18) *McLoughlin contra O'Brian*, 1983, 1 A.C. 410, revocando Q.B. 599, 1981.
- (19) *Marshall contra Lionel Enterprises Inc.*, 1972, O.R. 177.
- (20) *Chardwick contra British Transport*, 1967 1 W.L.R. 912.
- (21) Véase, por ejemplo, *Jaffree contra Board of School Comm'rs*, 554 F. Supp. 1104 (S.D. Ala. 1982) (el juez de la corte de distrito se niega a seguir el precedente de la Corte Suprema), rev'd sub nom. *Jaffree contra Wallace* 705, F. 2d 1526, Cir. 11ª 1983, *aff'd* 605 S. Ct 2479, 1985.
- (22) Enunciación de Práctica, precedente judicial, 1966, 1 W.L.R. 1234.
- (23) 1981, Q.B. 599.
- (24) 1983 1 A.C. 410.
- (25) 163 U.S. 537, 1896.
- (26) *Brown contra Consejo de Educación*, 347, U.S., 1954. La opinión consolidó casos que surgieron

- en escuelas segregadas en Topeka, Kansas; Condado de Clarendon, Carolina del Sur; Condado de Prince Edward, Virginia y Condado de New Castle, Delaware. Véase 347 U.S. en 486 n.1.
- (27) Esta frase fue utilizada en una segunda opinión en el caso sobre recursos. *Brown contra Consejo de Educación*, 349, U.S. 294, 301, 1955.
- (28) Véase Charles Fairman: "Forward: The attack on the segregation cases", 70 *Harvard Law Review* 83, 1956.
- (29) A veces se dice que el objetivo de las teorías que denomino semánticas no es, tal como el nombre lo sugiere, desarrollar teorías acerca del significado de la palabra "derecho" sino poner al desnudo las características y rasgos distintivos del derecho como un fenómeno social. Véase, por ejemplo, Ruth Gavison: "Comments on Dworkin" en *Papers of the Jerusalem Conference* (de próxima aparición). Sin embargo, este contraste es en sí una equivocación. Los filósofos que tengo en mente, cuyas teorías están descritas en las páginas siguientes, reconocen que el aspecto más distintivo del derecho como "fenómeno social" es que los participantes de las instituciones del derecho despliegan y debaten propuestas de ley y piensan que el hecho de que éstas sean aceptadas o rechazadas posee una importancia decisiva. Las teorías clásicas tratan de explicar este aspecto central y penetrante de la práctica legal al describir el sentido de las propuestas de ley (qué significan éstas para aquellos que las utilizan) y esta explicación adopta la forma de definiciones del "derecho" en el estilo más antiguo o de descripciones de las "condiciones de veracidad" de las propuestas de ley (las circunstancias en las que los abogados las aceptan o las rechazan), en el estilo más moderno.
- (30) Véase J. L. Austin: *The Province of Jurisprudence Determined*, H. I. A. Hart comp., Nueva York, 1954 y *Natural Law and Natural Rights*, Nueva York, 1980.
- (31) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Londres, 1961.
- (32) Para una discusión excepcionalmente ilustrativa sobre las teorías del derecho natural y una defensa de una versión moderna, véase J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Nueva York, 1980.
- (33) Véase, por ejemplo, Holmes, supra n. 9.
- (34) Véase Hart, supra n. 31, págs. 129-50, y "Positivism and the separation of law and morals", 71 *Harvard Law Review* 593, 1958. Hart se basa en la distinción entre núcleo y penumbra al explicar por qué los jueces deben tener discreción al reparar brechas en los estatutos, y luego sugiere que la regla principal que utiliza cualquier comunidad para identificar la extensión del derecho puede llegar a tener una zona en penumbra que puede generar disputas donde "todo aquello que triunfa es éxito".
- (35) Véase Svetlana Alpers: *The Art of Describing* 243-44, n. 37, Londres, 1983, y el material allí citado.

2. Conceptos interpretativos

- (1) Véase mi libro *Taking Rights Seriously*, 101-5, Cambridge, Massachusetts y Londres 1977; discusión sobre un problema interpretativo inusual en un torneo de ajedrez.
- (2) A continuación, evaluó la siguiente suposición, de que la interpretación creativa debe ser una interpretación de conversación, en particular al discutir una idea familiar con eruditos literarios: interpretar un trabajo literario significa recapturar las intenciones del autor. Pero la suposición posee un fundamento más general en la literatura filosófica de la interpretación. Wilhelm Dilthey, un filósofo alemán que fue muy influyente al formular el debate sobre la objetividad en las ciencias sociales, utilizó la palabra *verstehen* para describir específicamente el tipo de comprensión que logramos al saber lo que otra persona quiere decir por lo que dice (podríamos decir que éste es un sentido de comprensión donde entender a alguien requiere llegar a un entendimiento con esa persona) en lugar de describir todas las formas o modos posibles de comprender su comportamiento o su vida mental. (Véase *Meaning in History: Dilthey's Thought on History and Society*, traducido y compilado por H. P. Rickman, Londres, 1961.) Fue él quien planteó la pregunta sobre si es posible y cómo este tipo de comprensión a pesar de las brechas culturales; halló la clave a este problema en la conciencia "histórica": el

estado mental logrado por unos pocos y dedicados intérpretes a través de la reflexión sobre la estructura general y las categorías de sus propias vidas a un nivel de abstracción tan elevado que puede considerarse, por lo menos como una hipótesis metodológica, que perdura a través del tiempo. Los maestros contemporáneos que continuaron con el debate, como Gadamer y Habermas, toman direcciones opuestas. Gadamer piensa que la solución de Dilthey supone el aparato hegeliano que Dilthey estaba ansioso por exorcizar. (Véase H. G. Gadamer: *Truth and Method*, en particular, págs. 192-214, traducido al inglés, segunda edición, Londres, 1979.) Cree que la conciencia histórica de Arquímedes que Dilthey creyó posible, libre de lo que Gadamer denomina, en su sentido especial de la palabra, prejuicios, es imposible, que lo máximo que podemos esperar lograr es una "conciencia histórica efectiva" que no apunta a mirar la historia desde ningún punto de vista en particular sino a comprender de qué manera nuestra perspectiva sufre la influencia del mundo que deseamos interpretar. Habermas critica a Gadamer por la visión demasiado pasiva de este último de que la dirección de la comunicación es en un solo sentido, que el intérprete debe luchar por aprender y aplicar aquello que interpreta sobre la base de que está subordinado a su autor. Habermas hace la observación crucial (que apunta más bien hacia la interpretación constructiva y no de conversación) de que la interpretación supone que el autor podría aprender del intérprete. (Véase Jürgen Habermas: *The Theory of Communicative Action I*, traducido por T. McCarthy, Boston, 1984.) Sin embargo, el extenso debate continúa, dominado principalmente por la suposición que describo en el texto, que la única alternativa al entendimiento causa-efecto de los factores sociales es un entendimiento de conversación sobre el modelo de *verstehen*.

- (3) Véase W. V. O. Quine: *Word and Object*, 58-9, Cambridge, Massachusetts, 1960. El principio de caridad está aplicado en un contexto diferente en Wilson: "Substance without substrata", *Review of Metaphysics*, 521-39, 1959.
- (4) Véase T. Kuhn: *The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, 320-51, Chicago, 1977; Kuhn: *The Structure of Scientific Revolutions*, segunda edición, Chicago, 1970; K. Popper: *The Logic of Scientific Discovery*, Nueva York, 1959.
- (5) Véase Gadamer, supra n. 2.
- (6) Este ejemplo se lo debo a Thomas Grey.
- (7) Jonathan Miller enfatizó el rol de Jessica en su producción de 1969.
- (8) Este punto es desarrollado, en el contexto de la interpretación de estatutos y la Constitución, en los Capítulos 9 y 10. Véase también: *Taking Rights Seriously*, capítulo 5, y mi libro: *A Matter of Principle*, capítulo 2, Cambridge, Massachusetts, 1985.
- (9) Stanley Cavell: *Must We Learn What We Say?*, cap. 8, Nueva York, 1969. Compárese Gadamer supra n. 2, 39-55.
- (10) Cavell, supra n. 9, págs. 228-9.
- (11) Véase T. S. Eliot: "Tradition and the individual talent", *Selected Essays*, Nueva York, 1932.
- (12) Circunstancias inusuales ausentes. Imaginen esta secuencia: un crítico insiste en que, a pesar de que el mismo Fellini no se dio cuenta de esto cuando lo filmó, la forma correcta de interpretar *La Strada* es a través de la historia de Filomena. Luego, el crítico añade que la película, así entendida, es particularmente banal. Nos quedamos sin saber entonces por qué sostiene dicha interpretación. No me refiero a que cualquier tipo de actividad que denominamos interpretación apunta a hacer lo mejor de aquello que interpreta (una interpretación "científica" del Holocausto no trataría de demostrar los motivos de Hitler bajo la perspectiva más atractiva, ni tampoco una persona que quiere demostrar los efectos sexistas de una tira cómica lucharía por encontrar una interpretación no-sexista) pero que esto sólo es así en los casos normales o típicos de interpretación creativa. Alguien podría querer desacreditar a un escritor al tratar de demostrar el trabajo de éste desde su peor y no su mejor perspectiva, y presentará su caso como una interpretación, un reclamo sobre lo que "realmente significa" el trabajo del escritor. Si en verdad piensa que ninguna otra interpretación se adapta igualmente bien al texto, su argumento cae entonces bajo mi descripción. Pero supongamos que no y está suprimiendo una interpretación más interesante del mismo. En dicho caso, su estrategia es parásita de la descripción normal, porque sólo tendrá éxito si su audiencia no se da cuenta de su verdadero objetivo; sólo si cree que ha tratado de producir la mejor interpretación posible.
- (13) Gadamer, supra n. 2.
- (14) Habermas observa que la ciencia social se diferencia de la ciencia natural por esa razón solamente. Sostiene que aun cuando descartemos el enfoque de Newton de la ciencia natural como la explicación de los fenómenos de teoría neutral, a favor de la perspectiva moderna de

que la teoría de un científico determinará aquello que él considera como datos, sin embargo, sigue existiendo una diferencia importante entre ciencia natural y social. Los científicos sociales encuentran que sus datos fueron pre-interpretados. Deben comprender la conducta en la forma que la entienden las personas a quienes pertenece dicha conducta; un científico social debe ser por lo menos un participante "virtual" de las prácticas que intenta describir. Debe estar dispuesto a juzgar y a informar los reclamos que hacen sus sujetos, porque a menos que pueda juzgarlos no podrá comprenderlos. (Véase Habermas, supra n. 2, págs. 102-11.) En el texto, sostengo que un científico social que intenta comprender la práctica social argumentativa como la práctica de la cortesía (o, tal como afirmaré, derecho) debe participar del espíritu de su participantes ordinarios, aun cuando su participación sólo sea "virtual". Como su intención no es la de interpretarse entre sí en la forma de conversación cuando ofrecen sus opiniones acerca de aquello que en realidad requiere la cortesía, tampoco puede hacerlo él cuando ofrece sus opiniones. Su interpretación de la cortesía debe luchar contra la de ellos y por lo tanto, tiene que ser una interpretación constructiva en lugar de una interpretación de conversación.

- (15) La idea de conciencia social o grupal parece ofrecer un escape a una seria dificultad que se cree amenaza la posibilidad de una interpretación de conversación a través de las culturas y las épocas. ¿Cómo podemos esperar comprender aquello que alguien escribió o pensó en una cultura diferente, mucho tiempo atrás, o qué significaban para él sus prácticas e instituciones sociales? No podemos comprenderlo a menos que veamos el mundo tal como lo hace él, pero no podemos evitar verlo en la forma que ya lo vemos, la forma expresada en nuestro lenguaje y nuestra cultura, y desde ese punto de vista, sus afirmaciones pueden parecer tontas e inmotivadas. (Para una versión de este argumento dentro del contexto legal, véase Robert Gordon: "Historicism in legal scholarship", *Yale Law Journal* 90, 1017, 1021, 1981.) No podemos esperar comprender lo que significa la palabra casta para aquellas personas que jamás han sufrido por ello, como así tampoco a alguien que dice estar sufriendo y no sólo no le importa sino que tampoco comprende por qué uno debe sufrir. Sin embargo, si podemos aceptar que las culturas y las épocas pueden tener un tipo de conciencia perdurable y que la historia en sí posee su propia vida mental comprensiva, las personas de una época *pueden* tener la esperanza de comprender a aquellas de otra, porque todos participan en una conciencia común con significados perdurables compartidos. Esta ambiciosa idea proviene de los actos de conversación de ciertas personas en particular, que expresan sus intereses y suposiciones individuales, y se convierten en propósitos y motivos de unidades sociales más grandes, finalmente de la vida o la mente mismas.

Aquí no puedo discutir la ontología de espíritu grupal o la validez de la sugerencia de que el espíritu grupal ofrece una solución al problema del aislamiento cultural. (Véanse las citas de Dilthey, Gadamer y Habermas, supra n. 2.) Sin embargo, vale la pena señalar que el problema es amenazador sólo si se cuestiona la interpretación de conversación en lugar de la interpretación constructiva. Cuando es apropiado asumir la actitud interpretativa que describo en el texto con respecto a una cultura diferente (véase la discusión, por ejemplo, de los sistemas legales extranjeros del Capítulo 3) no tratamos de entenderla con una interpretación de conversación sino que hacemos de ella lo mejor que pueda ser, tomando en cuenta nuestros propósitos y convicciones. Si creemos que dicho objetivo nos exige que descubramos o adoptemos las verdaderas convicciones, que bien pueden no ser nuestras, de los actores históricos, sigue existiendo el problema del aislamiento. Puede ser que no podamos atribuir sensatamente a Shakespeare ni siquiera la intención relativamente abstracta de provocar, entre sus contemporáneos, una compleja reacción hacia Shylock. Pero estos problemas, cuando son serios, se convierten en razones para ajustar los requerimientos de la interpretación constructiva a aquello que podemos lograr, para encontrar alguna dimensión de valor en el teatro que nos permita hacer lo mejor posible con *El mercader de Venecia* (o los antecedentes germanos del derecho consuetudinario) sin especulaciones dudosas sobre los estados mentales separados de nosotros por barreras culturales. En la interpretación constructiva, las intenciones históricas no son los fundamentos constitutivos de la comprensión interpretativa. El hecho de no poder recuperarlos no constituye un desastre interpretativo, porque existen otras formas, y a menudo mejores, de hallar valor en las tradiciones que hemos adoptado.

- (16) Para una discusión extensa de esta distinción y de la interpretación creativa en forma más general, véase Dworkin: "Law as interpretation", en *The Politics of Interpretation*, 287, comp. W. J. T. Mitchell, Chicago, 1983; S. Fish: "Working on the chain gang: Interpretation in law and

literature", *Texas Law Review* 60, 373, 1982; Dworkin: "My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please don't talk about objectivity any more", en *The Politics of Interpretation*, pág. 287; S. Fish: "Wrong again", 62 *Texas Law Review*, 299, 1983. Los artículos de Dworkin fueron reeditados, aunque la segunda edición ha sido alterada y abreviada, en *A Matter of Principle*, caps. 6 y 7.

- (17) Podríamos resumir estas tres etapas señalando que la interpretación busca establecer un equilibrio entre la descripción preinterpretativa de una práctica social y una justificación adecuada de dicha práctica. La palabra "equilibrio" la tomé de Rawls, pero esta descripción de la interpretación es distinta de su descripción del razonamiento sobre la justicia. El contempla el equilibrio entre lo que denomina "intuiciones" sobre la justicia y una teoría formal que usa estas intuiciones. Véase John Rawls: *A Theory of Justice*, 20-21, 48-50, Cambridge, Massachusetts, 1971. La interpretación de una práctica social busca el equilibrio entre la justificación de la práctica y sus requerimientos posinterpretativos.
- (18) Para un intento importante de proporcionar "características definitorias" de un sistema legal, véase Joseph Raz: *The Concept of a Legal System*, segunda edición, Oxford, 1980.
- (19) Véase el excelente *Reason and Persons* de Derek Parfit, Oxford, 1984, sobre la identidad de las comunidades y, más discutido, sobre la identidad personal.
- (20) La justicia y otros conceptos morales de orden superior son conceptos interpretativos, pero son mucho más complejos e interesantes que la cortesía, aunque también menos útiles como analogía con el derecho. La diferencia más importante entre justicia y cortesía, en este contexto, yace en el alcance global latente del primero. Las personas de mi comunidad imaginaria usan la "cortesía" para dar a conocer sus interpretaciones de una práctica que ellos considerarían local. Saben que la mejor interpretación de su propia práctica no necesariamente sería mejor que la práctica comparable de cualquier otra comunidad. Pero si consideramos la justicia como un concepto interpretativo, debemos tratar las distintas concepciones de justicia, desarrolladas de manera inevitable como interpretaciones de prácticas donde ellos mismos participan, como si tuvieran una autoridad más global o trascendental de modo que puede servir como base para criticar las prácticas de justicia de otras personas, en especial cuando éstas son diferentes. Los márgenes de la interpretación son entonces mucho más relajados: no se requiere una teoría de justicia para proporcionar una buena adaptación a las prácticas sociales o políticas de cualquier comunidad, sino sólo a las convicciones más abstractas y elementales de cada intérprete. (Para una discusión reciente sobre las diferencias entre justicia y derecho en este aspecto, véase: *A Matter of Principle*, cap. 10, y mi intercambio con Michael Walzer: *New York Review of Books*, 14 de abril, 1983.) La justicia también es especial en otro sentido. Dado que es el más político de los ideales morales, proporciona un elemento familiar y natural en la interpretación de otras prácticas sociales. Tal como veremos, a menudo las interpretaciones del derecho apelan a la justicia como parte del punto que despliegan en la etapa interpretativa. Las interpretaciones de justicia en sí no pueden apelar a la justicia, y esto ayuda a explicar la complejidad filosófica y la ambición de varias teorías de justicia. Pues una vez que se descarta la justicia como el objetivo de una práctica política fundamental y penetrante, es natural volcarse hacia una justificación de ideas inicialmente apolíticas en lugar de otras ideas políticas que no parecen más importantes o fundamentales que la justicia en sí.
- (21) Pero el hecho de que esta presentación del concepto no capte la teoría política de Marx explica su propia ambivalencia, y la ambivalencia de sus estudiantes y críticos, en cuanto a considerar o no su teoría como una teoría de justicia. Para una intrigante descripción, véase: Stephen Lukes: *Marxism and Morality*, Londres, 1985.
- (22) Como hasta la etapa preinterpretativa requiere una interpretación, estos límites de la práctica no son precisos ni seguros. De modo que disintimos acerca de si se puede ser injusto con los animales o sólo cruel, sobre si las relaciones entre distintos grupos, a diferencia de los individuos, son cuestiones de justicia.
- (23) Algunos críticos que por lo general se muestran entusiastas con este cuadro de la interpretación tratan de mejorar su empuje escéptico. Se basan en la idea de que las "comunidades críticas" suelen desarrollar "convenciones" sobre aquello que se considera una buena o mala interpretación de un texto en particular, y sostienen que estas convenciones confieren a los individuos un sentido de restricción fuera de ellos mismos, y por lo tanto de descubrimiento, cuando logran ver las sugerencias de estas convenciones para una obra de arte en particular. Véase Stanley Fish: *Is There a Text in This Class?*, Cambridge, Massachusetts, 1980. Pero esta "solución" es engañosa. En el Capítulo 4 veremos que la idea de una convención es en sí un tanto misteriosa; en su uso actual también es inaceptable. ¿Puede pensarse que colegas pro-

fesionales comparten una convención acerca de la mejor forma de interpretar *Paradise Lost*, por ejemplo, cuando disienten acerca de cuál es la mejor forma? Si aceptamos que en ese caso no comparten una convención, que colegas pueden pertenecer a "comunidades" interpretativas muy diferentes a pesar de que sus oficinas estén una frente a la otra, seguimos sin explicar cómo alguien puede pensar que su interpretación es mejor que la de un colega que pertenece a otra comunidad. En ese caso, no sólo cree que las convenciones de las dos comunidades son diferentes sino también que las de su comunidad son mejores, aquellas que deben usarse. De modo que la idea de convenciones y de comunidades profesionales no nos resulta útil y debemos por lo tanto enfrentar la valiente posición de que no existe una "respuesta correcta" a la pregunta de cómo debería interpretarse *Paradise Lost*, que sólo existen interpretaciones diferentes y no mejores unas que otras.

(24) Véase, por ejemplo, Ted Henderich comp.: *Morality and Objectivity*, Londres, 1985; Bernard Williams: *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, 1985 y Thomas Nagel: *The View from Nowhere*, de próxima aparición.

(25) Véase: *A Matter of Principle*, caps. 5, 6 y 7.

(26) Si dijera lo contrario, que realmente pensara que la superioridad del chocolate con pasas al rum era un hecho objetivo del asunto y no sólo mi gusto subjetivo, que estaba describiendo una propiedad del helado en sí, y no mis preferencias, ustedes no estarían de acuerdo, pero el nuestro no sería un desacuerdo de segundo orden sobre la posibilidad de reclamos estéticos válidos. Sería una disputa entre dos estilos o actitudes estéticas: mi tonta opinión, que todos tienen una razón para valorar la experiencia del chocolate con pasas al rum, se disfrute o no de la experiencia, y su escepticismo (interno) más atractivo de que el helado puede poseer un valor estético de ese tipo. Ustedes no pensarían que poco una ontología defectuosa porque pienso que el helado tiene valor así como lo tienen la crema y el azúcar, sino que tengo una sensibilidad defectuosa, que no comprendo el carácter de una genuina experiencia estética.

(27) Cuando una persona cree o está convencida de que tiene sentido preguntar por su *pedigree*, es decir, pedir una explicación de cómo llegó a tenerlo. Algunas explicaciones suponen, en una parte de la historia que cuentan, la verdad de la creencia o convicción, y si se acepta una explicación de este tipo, el hecho de la creencia es en sí la evidencia de su verdad. Si podemos explicar la creencia de la gente de que el césped es verde sólo en una forma que suponga que el césped es verde (explicando, por ejemplo, que han visto césped verde) obviamente, la creencia común es evidencia del hecho. Pero si las creencias de cada persona pueden ser explicadas en una forma que no presuponga el hecho, entonces el hecho de la creencia no es evidencia de su verdad. Creemos que podemos explicar plenamente la creencia de la gente en las brujas, por ejemplo, al describir supersticiones; nuestra explicación, sin importar hasta qué punto se continúe, nunca apelará a ningún encuentro real que la gente haya tenido con las brujas. De ser así, el hecho de que algunas personas crean en las brujas no es evidencia de su existencia.

Una persona podría componer un argumento internamente escéptico sobre la moralidad que comienza con esa observación. Sostiene que podemos explicar el hecho de que las personas tienen creencias morales sin suponer la existencia de hechos morales especiales que han causado esas creencias. Dice que nuestras creencias no son causadas por encuentros con hechos especiales sino al desarrollarse dentro de una cultura en particular; esto explica por qué las personas de culturas diferentes poseen convicciones diferentes. Sin embargo, esta verosímil historia causal sólo muestra hasta ahora que el hecho de nuestras creencias morales no es evidencia de su validez, y esto no resulta sorprendente. Sólo el ególatra más entusiasta piensa que el hecho de tener una opinión moral en particular es en sí un argumento para dicha opinión. En todo caso, nadie debería molestarse demasiado si es forzado a abandonar ese punto de vista, porque sólo abandona un argumento para la validez de sus opiniones morales, dejando todos los argumentos que quisiera utilizar en su lugar. El escéptico no sólo debe mostrar que nuestras convicciones morales pueden ser explicadas en formas que no hagan referencia a ninguna propiedad moral causal en el universo, pero que la forma que adopta la mejor explicación de nuestras convicciones las pone en duda.

Bajo ciertas circunstancias, descubrir la forma en que llegamos a creer algo hace que dudemos de ello, pero esto se debe a que descubrimos algo que reconocemos como un defecto en nuestro método de instrucción. Si hubiera aprendido toda la historia medieval de un libro que luego descubro es un trabajo de ficción popular dudaría de todo lo que creía saber. Pero el mero hecho de que mis convicciones morales serían diferentes si me hubieran criado en for-

ma diferente o en una época diferente no muestra en sí ningún defecto en la cultura y enseñanza y procesos de reflexión y observación que finalmente produjeron las convicciones que ahora poseo. Esto puede (debería) hacer que fuera cauteloso con estas convicciones, forzar-me a preguntar si tengo razones genuinas para pensar como pienso. Podría llevarme a notar las relaciones entre las suposiciones morales de mi comunidad y las estructuras de su poder económico y otros, y el hecho de notar estas relaciones podría debilitar la base que mis convicciones tenían en mí anteriormente. Estas son todas posibles consecuencias del hecho de darme cuenta de que soy una criatura de la cultura, pero son consecuencias de ver más que sólo esto y se necesita algo más si el discernimiento es terminar en una especie de escepticismo interno.

A menudo se cree que el argumento sobre causalidad que acabo de describir es un buen argumento para una forma de escepticismo externo. (Véase Williams, *supra* n. 24. Sin embargo, la importancia del argumento causal para la moralidad es socavada por el hecho de que si creemos que la esclavitud es incorrecta, no podemos imaginar un mundo diferente del nuestro sólo en el aspecto de que la esclavitud no es incorrecta.) Pero aquí no nos interesan los méritos del escepticismo externo. Nos interesan las objeciones a la perspectiva común de que una convicción moral puede ser mejor, y no sólo diferente, que otras que contradice, que ésa puede ser la respuesta correcta y las otras incorrectas. El texto sostiene que este punto de vista es moral, y que es una parte esencial de las convicciones morales donde reside. Una perspectiva moral sólo puede ser dañada por un argumento moral. De modo que el escepticismo que tememos es un escepticismo interno, y el argumento de causalidad no tiene temor en sí. Sé que mis opiniones serían muy distintas si hubiese vivido en otras épocas. Pero creo que las convicciones que posco son mejores y también diferentes, y ninguna explicación causal puede forzarme a abandonar dicho punto de vista, claro que por supuesto, un argumento moral podría lograrlo.

3. Retorno a la jurisprudencia

- (1) La discusión más sistemática de los criterios esenciales para la existencia de un sistema legal, se encuentra en Joseph Raz: *The Concept of a Legal System*, segunda edición, Oxford, 1980.
- (2) Un clásico de la jurisprudencia sostiene que los estatutos no son ley. J. C. Gray: *The Nature and Sources of the Law*, Boston, 1902.
- (3) Algunas teorías legales que en la superficie no son postulados de por qué la ley justifica la coerción estatal dependen o presuponen, sin embargo, dichos postulados. En el Capítulo 4 trato de demostrar cómo formas familiares del positivismo legal se tornan más interesantes cuando no se las considera teorías semánticas sino interpretaciones que se basan en el postulado de que la fuerza colectiva sólo se justifica cuando está de acuerdo con las interpretaciones convencionales. En otro lado traté de demostrar cómo la versión de Hart del positivismo proviene de su convicción de que las convenciones legales especiales, aceptadas en toda la comunidad, curan defectos en la organización de coerción política que serían inevitables sin estas convenciones.

Véase "A reply to critics", en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Marshall Cohen comp., Nueva York y Londres, 1984. Joseph Raz ha desarrollado recientemente una versión del positivismo que niega en forma explícita cualquier base en convicciones políticas de cualquier tipo. (Véase Raz: "Authority, law and morality", en *68 The Monist*, 295, julio 1985). Insiste en que cualquier descripción adecuada de los correctos fundamentos del derecho debe explicar por qué el derecho puede servir como una *autoridad* y define la autoridad en forma tal que las personas no pueden aceptar el derecho como una autoridad a menos que sus pruebas de derecho excluyan juicios de moralidad política. Cree que aquello que denomina tesis "de las fuentes", de que los fundamentos del derecho deben ser exclusivamente verdaderos, surge de esa suposición y definición. Tiene razón al afirmar que cualquier interpretación de éxito de nuestra práctica legal debe reconocer y justificar la suposición común de que el derecho puede competir con la moralidad y la sabiduría y, para aquellos que aceptan la autoridad del derecho, hacer caso omiso de estas virtudes en su decisión final acerca de lo que deben hacer. (No me refiero a que esta suposición sobre la autoridad del derecho no sea

problemática; el pragmatismo legal lo niega, tal como lo veremos en el Capítulo 5.) Pero esa condición puede lograrse por medio de una teoría que hace que los juicios de moralidad y sabiduría sean *parte* de los fundamentos del derecho en lugar de los únicos fundamentos del derecho. De modo que puede lograrse por medio de concepciones del derecho que rechazan la tesis "de las fuentes", concepciones como las que en el Capítulo 1 describí como teorías moderadas del "derecho natural". Raz piensa que el derecho no puede ser autoritario a menos que aquellos que lo aceptan *misma* usen sus propias convicciones para decidir aquello que requiera, aun de esta manera parcial. ¿Pero por qué el derecho debe ser una autoridad ciega en lugar de autoritario en la forma más relajada que suponen otras concepciones? Es necesario una explicación, y no será suficiente recurrir a las reglas lingüísticas, decir que esto es justo aquello que "derecho" o "autoritario" significa bajo criterios que todos aceptaban pues su aplicación educó a abogados y legos. Cualquier argumento verosímil que demuestre por qué debe hacerse una distinción práctica entre aquellas justificaciones para la coerción que provienen y aquellas que no provienen de fuentes reales, y por qué sólo las primeras deben ser consideradas ley. Considero dichos argumentos en el Capítulo 4.

- (4) A pesar de que si tengo razón, ellos aceptan ese concepto como la base correcta para el argumento sobre la naturaleza del derecho, y así conciben sus teorías como escépticas sobre esa base: como una forma de abreviar su concepción, declaran que el derecho no existe.
- (5) Cada sociólogo o teórico político que habla de la moralidad popular y de las tradiciones morales no tiene estas ideas relativamente simples en mente. Algunos quieren utilizar la idea de una mente cultural que mencioné en el último capítulo; otros utilizan un concepto interpretativo, en nuestro sentido, de modo que las tradiciones morales de una comunidad no son sólo las actitudes o creencias de ciertas personas en particular sino la mejor interpretación de éstas. Pero ahora quiero distinguir la idea más simple del concepto de derecho tal como acaba de ser descrito.
- (6) Hart sostiene que debe hacerse una elección entre un concepto de derecho amplio y uno estrecho para facilitar la reflexión moral. Véase H. L. A. Hart: *The Concept of Law*, 206-7, 1961. Para ello, es mejor rechazar dicha elección como un asunto de estipulación lingüística. Véanse mis comentarios en respuesta a Hart en Cohen comp., supra n. 3, págs. 258-60.
- (7) Para continuar con la discusión de las cuestiones tratadas en los últimos párrafos, véase Cohen comp. supra, n. 3, págs. 256-60.

4. El convencionalismo

- (1) La versión de convencionalismo que aquí describo, que más adelante denomino convencionalismo "estricto" puede ser más compleja que la forma en que lo explico. Pues una sociedad puede tener otras convenciones legales que especifiquen de qué forma deben los jueces decidir los casos cuando ninguna legislatura haya decidido la cuestión en juego: por ejemplo, la convención de que los jueces deben decidir los casos en la forma que crean lo haría la legislatura si tuviera que enfrentarse a la cuestión. Pero una sociedad se quedará sin otras convenciones de este tipo llegado el momento, y luego, el convencionalismo estricto debe permitirle a los jueces la discreción descrita en el texto.
- (2) La idea de Austin de que por ejemplo la ley se basa en el hábito general de la obediencia, puede ser expuesta nuevamente como una interpretación o especificación de la idea de que la ley se basa en la convención. Este hecho se confunde por el error común, que Austin supone que los hábitos de obediencia son el resultado del temor a una sanción. Se cuida de no tomar ninguna posición general acerca de los orígenes psicológicos de la obediencia; para Austin, un hábito general de obediencia alcanza para generar la ley, aun si este hábito se basa en el temor; pero un hábito desarrollado a partir del amor o el respeto por el soberano también sería suficiente. La descripción que hace Austin de la convención en términos de hábito no es una teoría de convención totalmente satisfactoria, tal como lo han establecido Hart y otros. Pero no distorsiona la teoría de Austin tratarla como una teoría de convención, por muy insatisfactoria que la encontremos. La versión de Hart del positivismo es aun más convencional, pues su regla de reconocimiento es una regla que casi todos han aceptado, o al menos todos los jueces y otros abogados, sin importar cuál sea el contenido de dicha regla. Véase H. L. A.

Hart: *The Concept of Law*, 97-107, Londres, 1961.

- (3) Véase David Lewis: *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge, Massachusetts, 1969.
- (4) En la descripción del positivismo de Jules Coleman en: "Negative and positive positivism", 11 *Journal of Legal Studies*, 139, 1982, reeditado en: *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, 28, Marshall Cohen comp., Nueva York y Londres, 1984, aparece el convencionalismo moderado. Véase también E. Philip Soper: "Legal theory and the obligation of a judge", en el mismo libro, en particular las págs. 17-20 (el derecho puede depender de juicios polémicos de moralidad si un cuerpo soberano declara que aquello que es justo es ley), y David Lyons: "Principles, positivism and legal theory", 87 *Yale Law Journal*, págs. 415, 422 en adelante (el derecho puede depender de la interpretación correcta aunque polémica de un documento fundamental redactado en términos morales). Tal como señala Coleman, Hart parece rechazar la interpretación de sus puntos de vista que Soper y Lyons adoptan.
- (5) Véase G. Erdlich: *A Commentary on the Interpretation of Statutes*, sec. 4, 1888, (cita ambos casos, el norteamericano y el inglés); *Sutherland's Statutory Construction*, sec. 46. 07, cuarta edición, Wilmette, Ill., 1985) (gobierna el significado comprensible a menos que resulte lo absurdo); P. Langan: *Maxwell on Interpretation of Statutes*, décimosegunda edición, Londres, 1969 (*idem*). Véase también John W. Johnson: "The grudging reception of legislative history in U.S. Courts", 1978, *Detroit C. L. Review*, 413. (Debo esta referencia a William Nelson.)
- (6) Puede proponerse el convencionalismo como una interpretación de los sistemas legales en países autocráticos o no-democráticos, porque los funcionarios e incluso la población en general de dichos países pueden sostener convenciones que otorgan poder autocrático a un grupo reducido o a un solo tirano. En dicho caso, si se aceptara el convencionalismo como la mejor interpretación, sólo la opinión de los edictos de dicho grupo o dicho tirano constituirían la ley. Pero el convencionalismo tendría una atracción menor en ese tipo de sociedad porque proporcionaría una explicación menos atractiva de por qué la ley así constituida justifica la coerción. Una teoría de derecho-divino o, en una comunidad menos teísta, una explicación estatista o dirigida hacia un objetivo sería mucho mejor. De modo que no es accidental que las teorías positivistas, las contrapartes semánticas del convencionalismo, fueron desarrolladas primero y se hicieron más populares en democracias. La descripción del derecho de Bentham, que Austin popularizó, parece a primera vista que se adapta mejor a las monarquías u otras comunidades con un "soberano" identificable. Sin embargo, Bentham desarrolló esa teoría cuando comenzaron a darse por hecho los ideales democráticos, y el atractivo inicial de la teoría era, por último, igualitario. Su teoría siempre ha sido más popular en Inglaterra y los Estados Unidos que en cualquier otro país.
- (7) Una excepción obvia es la práctica de la Corte Suprema al decidir los casos constitucionales en los Estados Unidos. Las personas pueden alterar en forma fundamental la práctica de la Corte sólo a través de enmiendas constitucionales. Esto ocasiona problemas especiales para la teoría democrática, que son considerados en el Capítulo 10.
- (8) Sólo "aproximadamente", porque en algunos casos, por razones procesales, la persona o institución en posición del acusado es en realidad el demandante "sustancial", es decir, la persona que pide que el Estado intervenga. De modo que deberíamos decir que el unilateralismo hace que el acusado sustancial gane a menos que la extensión explícita de alguna convención legal permita que gane el demandante sustancial. Aun en esta forma más cuidadosa, el unilateralismo no ofrece ninguna recomendación cuando la distinción entre demandante sustancial y acusado sustancial se desbarata, tal como sucede cuando las partes se disputan un título de propiedad que aún no está en poder de uno ni del otro y que ninguno podría poseer si las cortes no intervinieran de alguna manera. Pero tales casos son bastante raros; el unilateralismo ofrecería una decisión en la mayoría de los casos difíciles.
- (9) Sin embargo, el unilateralismo permitiría un tipo de decisión diferente: que el señor O'Brien debe ganar el actual juicio porque no existe una regla establecida que dictamine lo contrario, pero que el juez debe establecer una nueva regla para el futuro de modo que las personas que se encuentren en la posición de la señora McLoughlin puedan cobrar recompensa en futuros casos, dado que pueden apelar a esa nueva reglamentación como parte de la extensión explícita a través de la decisión del juez. A veces, los jueces deben fallar en esta forma cuando no sólo están creando una regla nueva cuando no existía ninguna sino invalidando una regla anterior sobre la cual se habría basado la parte ganadora. Esta práctica, denominada invalidación "presunta", es tratada en mayor detalle en el Capítulo 5.
- (10) Véase la discusión sobre la asimetría del derecho civil y criminal en: *Taking Rights Seriously*, 100.

- (11) Véase, por ejemplo, *Bowie contra Ciudad de Columbia*, 378 U.S. 347, 1964. Las cortes inglesas han sido mucho menos solícitas. Véase: *Shaw contra Director de los Procesos Públicos*, 1962, A. C. 220.
- (12) El unilateralismo sería aun más efectivo al proteger a las personas contra la intervención del Estado no anticipada si siempre asignara al demandante el peso de la prueba sobre cuestiones reales.
- (13) Compárese G. Postema: "Coordination and convention at the foundation of law", *II Journal of Legal Studies*, 165, 1982. Compárese F. Hayek: *Law, Legislation and Liberty*, 2 vols. Chicago, 1973, 1976.
- (14) Véase Lewis, supra n. 3.

5. Pragmatismo y personificación

- (1) Véase Guido Calabresi: *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Massachusetts, 1982.
- (2) Este caso a favor del pragmatismo llamó la atención de Jonathan Swift. Gulliver informó: "Es una máxima entre estos abogados que sea lo que fuere que haya sido hecho antes puede ser hecho otra vez en forma legal: y por lo tanto, prestan especial atención a todas las decisiones tomadas anteriormente en contra de la justicia común y la razón general de la humanidad. Y las producen, bajo el nombre de *precedentes*, como autoridades para justificar las opiniones más injustas.", *Gulliver's Travels*, bk. 4, cap. 5, 1726. Debo esta referencia a William Ewald.
- (3) Lo he discutido largamente tratando de demostrar sus relaciones con las demás virtudes, en *A Matter of Principle*, cap. 3.
- (4) A esta virtud la denomino debido proceso "procesal" para distinguirla de la idea diferente, que también gira sobre la justicia, que está latente en la cláusula del "debido proceso" de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, tal como ha sido interpretada por la Corte Suprema en estos últimos años. Véase mi: "Reagan's justice", *New York Review of Books*, 8 de noviembre, 1984.
- (5) Vuelvo a retomar el tema del contraste entre equidad y justicia en el Capítulo 6.
- (6) Véase *Baker contra Carr*, 369 U. S. 186, 1962; *Reynolds contra Smis*, 377 U. S. 533, 1964; *WMCA, Inc. contra Lomenzo*, 377 U. S. 633, 1964; *Maryland Committes for Fair Representation contra Tawes*, 377 U. S. 656, 1964; *Davis contra Mann* 377 U. S. 678, 1964; *Roman contra Sincoc*, 377 U. S. 695, 1964; *Lucas contra Asamblea General Cuadragésimo cuarta*, 377 U. S. 713, 1964.
- (7) Compárese *Candler contra Crane, Christmas & Co.*, 1951, 1 Todo E.R. 426, en especial la opinión disidente de Denning, L. J. con *Hedley Byrne & Co., Ltd. contra Heller & Asociados, Ltd.*, 1964, A.C. 465.
- (8) Véase: *A Matter of Principle*, cap. 3.
- (9) Véase la discusión en el Capítulo 6.
- (10) Véase, para distinciones útiles dentro del tópico general de la responsabilidad colectiva o grupal, Joel Feinberg: *Doing and Deserving*, cap. 9, Princeton, 1970.
- (11) En el Capítulo 6, discuto las obligaciones fraternales, aquellas que los miembros de un grupo tienen el uno con el otro en virtud del hecho de pertenecer a éste, y sostengo que bajo ciertas circunstancias puede considerarse que las comunidades políticas patrocinan obligaciones fraternales de ese tipo. Por lo tanto, debería aclarar que no considero los principios de responsabilidad colectiva que hemos estado analizando en esta discusión como aspectos de obligación fraternal que sólo son válidos cuando se cumplen las condiciones antes mencionadas. Dejo abierto el interrogante de hasta qué punto son válidos, por ejemplo, en comunidades políticas que no son lo suficientemente igualitarias como para ser consideradas asociaciones fraternales del tipo que discutimos en el capítulo 6.
- (12) Thomas Nagel: "Ruthlessness in public life", *Mortal Questions* 84, Cambridge, 1979.

6. Integridad

- (1) La justicia como equidad (aunque no en esta forma tan cruda y extrema) es el tema del clásico de Rawls: *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, 1971. Véanse págs. 197-98 y 221-24. Véase también su: "Kantian constructivism in moral theory", 77 *Journal of Philosophy* 515, 1980.
- (2) Las teorías utilitarias de la democracia adoptan esta posición extrema. Véase James Mill: "Essay on government", en J. Lively y J. Rees: *Utilitarian Logic and Politics*, Londres, 1978.
- (3) Más adelante en este capítulo y en el Capítulo 10, considero con mayor detenimiento la relación entre voluntad de la mayoría y equidad. Si la fuerza de la equidad política es también de influencia política, una forma de votación proporcional favorece una estructura electoral más equitativa que la simple votación por mayoría a pesar de que, tal como lo sugiero en el texto, la votación proporcional a menudo no funciona. En las siguientes páginas del texto discuto un método especial para asegurar el tipo de influencia proporcional que recomienda la equidad dentro del proceso electoral mayoritario normal, un método que denomino la solución diversificada. Sostengo que como la equidad apoya las soluciones diversificadas, debemos hallar otro argumento para rechazarlas si las consideramos erróneas.
- (4) Véase Alexander M. Bickel: *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 109-17, 151-73, New Haven y Londres, 1978.
- (5) Véase *Taking Rights Seriously*, *passim*, en particular los caps. 5 y 7.
- (6) La palabra "diversificado" se utiliza a veces para describir estatutos que hacen distinciones que no son arbitrarias de esta manera, sino que sostienen una justificación de la política mejor servida por las discriminaciones en cuestión. Mi intención es utilizar la palabra sólo para describir estatutos que muestran incoherencia de principio y que pueden ser justificados, si pueden serlo, sobre la base de una justa distribución del poder político entre los distintos partidos morales.
- (7) Esta es en cierta forma una descripción demasiado sencilla del modelo que seguimos. Sabemos que los principios que aceptamos en forma independiente a veces están en conflicto en el sentido de que no podemos satisfacer ambos en una ocasión en particular. Por ejemplo, podríamos creer que las personas deberían ser libres para hacer lo que desean con su propiedad y también que las personas deberían comenzar la vida en términos de igualdad. Luego, surge la cuestión de si debería permitirse que los ricos dejen su fortuna a sus hijos, y podríamos creer que nuestros principios tiran en direcciones opuestas en esta cuestión. Tal como lo veremos, nuestro modelo requiere que la resolución de este conflicto se base en principios. Un esquema de impuestos sucesorios podría reconocer ambos principios en una cierta relación al establecer tasas impositivas que son menos que confiscatorias. Pero insistimos en que sea cual fuere la importancia relativa de los dos principios que supongan la solución, debe fluir a través del esquema y que otras decisiones, sobre cuestiones que abarcan los dos mismos principios, respeten también esa importancia. En cualquier caso, este tipo de conflicto es diferente de la contradicción de los estatutos diversificados descritos en el texto. En estos estatutos un principio de justicia no es dejado de lado o calificado por otro en una forma que exprese el rango de ambos. Sólo abarca un principio; éste es afirmado a un grupo y negado a otro, y esto es lo que denuncia nuestro sentido de propiedad.
- (8) Véase nota 7. Podemos imaginar otros ejemplos de compromisos que aceptaríamos no como violaciones de la integridad, porque reflejan principios de justicia que reconocemos aunque no seamos nosotros quienes los sancionemos. Las personas que se oponen en principio a la pena capital aceptarán una reducción en la lista de crimenes que merecen la pena de muerte, siempre que aquellos que son ejecutados sean moralmente más culpables o discernibles según las normas respetadas en el derecho criminal; aceptarán esto antes que, por ejemplo, un sistema que permita que algunos criminales culpables de una ofensa capital escapen a la muerte por echar la suerte.
- (9) No podemos explicar estos compromisos constitucionales, tal como explicamos la decisión del impuesto sucesorio descrito en la nota 7, al declarar que los compromisos le atribuyen a cada uno de los dos principios rivales e independientes la importancia adecuada. Ningún argumento de principio de segundo orden puede justificar que se prohíba al Congreso restringir la esclavitud antes y no después de un año en particular. Madison dijo que el acuerdo era "más deshonesto para el carácter nacional que ni siquiera mencionarlo en la Constitución".

- (2 *Farrand's Debates*, 415-416.) Debo esta referencia a William Nelson. Para un ejemplo de una decisión de la Corte Suprema que parezca ofender la integridad, véase: *Maher contra Roe*, 97 S. Ct. 2376, y Laurence Tribe: *American Constitutional Law*, 973 n. 77, Mineola, Nueva York, 1978.
- (10) Véase en general Tribe, supra n. 9, secs. 16-6-16-7. William Nelson en: *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, caps. 8 y 9 (de próxima aparición), explora el compromiso de los forjadores de la Decimocuarta Enmienda con la integridad.
 - (11) *Roe contra Wade*, 410, U. S. 113.
 - (12) Véase Corte Suprema de los Estados Unidos, *Thornburgh contra American College of Obstreticians*, Defensa por los Estados Unidos como Amicus Curiae, julio 1985.
 - (13) La palabra es desafortunada porque es etimológicamente masculina. También quiero decir club o asociación femenina estudiantil, o la idea común a estos términos latinos.
 - (14) Agradezco a Jeremy Waldron por llamarme la atención con respecto a Kant y a Rousseau con referencia a este tema.
 - (15) Véase la discusión de los derechos legales en casos de negligencia y perjuicio en el Capítulo 8.
 - (16) Véase Rawls: *Theory of Justice*, págs. 11-22, 118-92.
 - (17) *Idem* en págs. 333-362. Véase también su "Kantian constructivism", pág. 569.
 - (18) A pesar de que se utiliza ampliamente este nombre para el argumento, Rawls (y Nozick así como también otros seguidores) lo denominan principio de equidad. No utilizo este término porque uso "equidad" en la forma descrita en el Capítulo 5 y éste.
 - (19) Esta es una adaptación del argumento de Robert Nozick contra el principio de juego limpio como la base de la autoridad política. Véase su libro: *Anarchy, State and Utopia*, 93-95, Nueva York, 1974.
 - (20) La familia demuestra que las distintas relaciones fraternales son cuestión de elección, no sólo en cuanto a los distintos grados sino también a los distintos sentidos de la elección. También demuestra que las razones fraternales pueden estar mezcladas con otros tipos de razones para reconocer las diferentes formas de la obligación. Los padres eligen tener hijos pero no, por lo menos en el estado actual de la tecnología, tener los hijos que tienen. Los hijos no eligen a sus padres pero a menudo tienen obligaciones con ellos que no tienen con sus hermanos, a quienes no eligen más que a sus padres. Por lo tanto, es interesante que el tipo de obligaciones que estamos estudiando lleve el nombre de la relación entre hermanos tomada como un paradigma para la clase.
 - (21) Podemos resolver este acertijo sobre la fijación del nivel de concreción para los requerimientos de reciprocidad al separar la pregunta de cuándo las personas son miembros de una comunidad fraternal de la pregunta de qué le debe cada uno de los miembros de dicha comunidad a los demás. Esto sería entonces una pregunta sobre cuándo alguien es mi amigo y otra cómo debo tratarlo en virtud de nuestra amistad. Si esta separación fuera sensata, responderíamos la última pregunta insistiendo en que no le debo a él otra cosa que aquello que él piensa me debe a mí. Pero ésa es una solución incoherente, entre sus otras dificultades, porque no sabría lo que me debe hasta que yo decidiera qué le debo a él, y era lo que no sabía en un principio.
 - (22) Debo este ejemplo a Donald Davidson.
 - (23) Esta precipitada observación origina preguntas acerca de la justicia, incluyendo preguntas sobre hasta qué punto la justicia se extiende más allá de los seres humanos a por lo menos otros animales, cosa que no persigo.
 - (24) Aquí ignoro el problema particular de Irlanda del Norte.
 - (25) Véase la discusión sobre personificación en el Capítulo 5.
 - (26) Este tipo de preocupación a veces se denomina "altruismo". Véase Duncan Kennedy: "Form and substance in private law adjudication", 89 *Harvard Law Review*, 1685, 1976.
 - (27) No es tan obvio que lo hiciera. Véase Robert M. Cover: *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*, New Haven, 1975, y mi crítica publicada en el *Times Literary Supplement*, 5 de diciembre 1975.
 - (28) *Saif Ali contra Sydney Mitchell & Co.*, 1980, A.C. 198.
 - (29) Pero véase la discusión sobre la ejecución de *Brown* en el Capítulo 10.
 - (30) En otras partes he intentado describir y defender la distinción entre principio y política; véase *Taking Rights Seriously*, cap. 4 y el Apéndice; *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, 263-68, Marshall Cohen comp., Nueva York y Londres, 1984. Esta distinción es utilizada con frecuencia en *A Matter of Principle*.

- (31) Este punto es elaborado en el Capítulo 8.
- (32) Esta era, tal vez, la cuestión subyacente, no aparente en las opiniones, en *Gouriel contra El Sindicato de Trabajadores Postales*, 1977 1a, Todo E.R. 696 (Tribunal de Apelaciones), 1978 A. C. 435 (Cámara de los Lores).

7. La integridad en el derecho

- (1) Tal vez ésta es una tarea imposible; tal vez el proyecto está destinado a producir no sólo una novela pésima sino, en realidad, ninguna novela, porque la mejor teoría del arte requiere a un solo creador o, en el caso de ser más de uno, que cada uno posea el control sobre la totalidad. (¿Y qué sucede con las leyendas y las bromas? ¿Qué pasa con el Viejo Testamento o, según algunas teorías, la *Ilíada*?) No necesito llevar más allá esta pregunta porque sólo estoy interesado en el hecho de que la tarea tiene sentido, en que cada uno de los novelistas de la cadena puede comprender de alguna manera lo que le piden hacer, en que sean cuales fueren las dudas que pudieran llegar a tener acerca del valor o carácter de aquello que surgirá.
- (2) Véase el debate citado en el Capítulo 2, n. 16.
- (3) Véase *A Matter of Principle*, cap. 7.
- (4) Hércules jugó un papel importante en *Taking Rights Seriously*, cap. 4.
- (5) Véase la discusión sobre los estudios legales críticos más adelante en este mismo capítulo.
- (6) El desacuerdo entre los lores Edmund Davies y Scarman en el caso McLoughlin, descrito en el Capítulo 1, versaba tal vez sobre esta declaración. Las sugerencias de Edmund Davies, sobre los argumentos que podrían llegar a justificar una distinción entre daños morales compensables y no-compensables, parecían apelar a argumentos políticos que Scarman se negó a reconocer como apropiados.
- (7) Véase *Taking Rights Seriously*, cap. 4.
- (8) Véase *Thomas contra Winchester*, 6 N. Y. 397, y *MacPherson contra Buick Motor Co.*, 217, N. Y. 382, 111, N. E. 1050.
- (9) C. Haar y D. Fessler: *The Wrong Side of the Tracks*, Nueva York, 1986, es un ejemplo reciente de integridad sobre un amplio espectro.
- (10) Véase, por ejemplo, el fallo de Benjamin Cardozo en el caso *Hynes contra New York Central R. Co.*, 231 N. Y. 229.
- (11) Estos distintos debates acerca de por qué una buena interpretación debe adaptarse en cierta forma a las opiniones judiciales del pasado así como también a las decisiones mismas son tratados en el Capítulo 9 dentro del contexto de las declaraciones legislativas del pasado.
- (12) Tengo en mente la distinción y el sentido especial de equidad descrito en el Capítulo 6.
- (13) Pero véase la discusión sobre "pasivismo" como una teoría de adjudicación constitucional en el Capítulo 10.
- (14) Véase la discusión de los distintos niveles de integridad en el Capítulo 11.
- (15) El desacuerdo entre los lores Diplock y Edmund Davies, por una parte, y el vizconde Dilhorne por otra, en el notorio caso por blasfemia *R. contra Lemon*, 1979, 1 All E.R. 898, ilustra la importancia de no ignorar esta relación entre los cambios en la moralidad popular y los límites de la prioridad local. El primero insistía en que se interpretase la ley de blasfemia como si reflejara desarrollos en otras partes del derecho criminal; este último, que la blasfemia, por alguna razón desconocida, fuera considerada como un campo aislado.
- (16) Véase D. Kennedy y K. Klare: "A bibliography of critical legal studies", 94 *Yale Law Journal* 461, 1984.
- (17) Véase el simposio sobre estudios legales críticos en 36 *Stanford Law Review* 1, 1984.
- (18) Excelentes ejemplos de composición histórica de esta forma incluyen Robert Gordon: "Historicism in legal scholarship", 90 *Yale Law Journal* 1017, 1981, y "Critical legal histories", 36 *Stanford Law Review* 57, 1984. Véase también el trabajo histórico citado en Kennedy y Klare, supra n. 16.
- (19) La reciente descripción de Mark Tushnet sobre el liberalismo es representativa de todas las descripciones de dicha teoría política que he visto en los estudios legales críticos. Admite que "cualquier descripción abreviada del punto de vista liberal clásico (el liberalismo de Hobbes, Locke y Mill y el de Dworkin y Rawls), debe ser una caricatura". Pero luego ofrece esta des-

cripción, que es más una falsificación. "La psicología del liberalismo da por sentado un mundo de individuos autónomos, cada uno guiado por sus valores y objetivos idiosincráticos, ninguno de los cuales puede ser juzgado más o menos legítimo que aquellos que sostienen los demás. En dicho mundo, las personas existen como islas aisladas de individualidad que eligen entablar relaciones que pueden ser caracterizadas en forma maquiavélica como asuntos exteriores... En un mundo de individualismo liberal... si los valores de una persona la incitan, por ejemplo, a apoderarse de la propiedad de otra persona, la víctima no puede apelar a un principio de supervivencia con el cual debe estar comprometido el agresor." (Véase Tushnet: "Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles", 96 *Harvard Law Review* 781, 783 en adelante, 1983.) Aquí hay varios errores importantes. En primer lugar, la mayor parte de los liberales de Tushnet reconoce en forma explícita que las personas están interesadas en los destinos de cada una. Ninguno de sus debates depende de la ridícula suposición de que las personas no pueden compartir valores suficientes como para mantener un lenguaje común y otras instituciones sociales, y John Rawls, por ejemplo, ha sido cuidadoso en negar dicha suposición. Véase su "Kantian Constructivism in Moral Theory", 77 *Journal of Philosophy* 515, 1980, y su "Justice as Fairness: political not metaphysical", 14 *Philosophy and Public Affairs* 223, 1985. (Algunos lectores de *A Theory of Justice* de Rawls, Cambridge, Massachusetts, 1977, cometen el error de pensar que el objetivo de los miembros desinteresados de la "posición original" que construyó como un implemento analítico era expresar su teoría de la naturaleza humana. El texto no alienta este equívoco que luego es negado en los últimos artículos citados.) Segundo, ninguno de estos "liberales" excepto Hobbes (¿por qué habría que considerar liberal a Hobbes?) adoptó cualquier forma de escepticismo sobre la posibilidad de que una forma de vivir la propia vida puede ser mejor o más valiosa que otra. Mill, por ejemplo, rechazó el escepticismo sobre los valores morales. El cuadro de los estudios legales críticos sobre el liberalismo confunde esa forma de escepticismo, que la mayoría de los liberales rechaza, con el principio totalmente diferente que ellos aceptan, que sostiene que el valor relativo de los objetivos personales no proporciona justificaciones competentes para las decisiones políticas reguladoras. Tercero, este cuadro del liberalismo confunde ese principio, sobre la neutralidad del gobierno con respecto a las concepciones del bien, con una neutralidad supuesta sobre los principios de justicia, que por supuesto el liberalismo —por ser una teoría de justicia— debe rechazar. Es absurdo decir que un liberal no puede apelar a un principio de justicia para explicar por qué habría que impedir que aquellos cuyos "valores" los obligan a asaltar a otras personas lo hagan. Tushnet no debería haber cometido estos errores acerca de lo que piensan sus "liberales clásicos". Cita uno de mis artículos como autoridad para su punto de vista sobre aquello que creo junto con sus otros liberales. En ese artículo, sostengo que la moralidad constitutiva del liberalismo "es una teoría de igualdad que requiere neutralidad oficial entre las teorías sobre qué es valioso en la vida. Ese argumento provocará varias objeciones. Podría decirse que el liberalismo así concebido se basa en una visión mezquina de la naturaleza humana que supone que los seres humanos son átomos que pueden existir y hallar la realización de los propios deseos fuera de la comunidad política... (Pero) el liberalismo no puede basarse en el escepticismo. Su moralidad constitutiva hace que los seres humanos sean tratados como iguales por el gobierno, no porque no exista lo correcto y lo incorrecto en la moralidad política sino porque eso es lo que está bien. El liberalismo no se basa en ninguna teoría especial de la personalidad, y tampoco niega que la mayoría de los seres humanos pensará que aquello que es bueno para ellos es que sean parte activa de la sociedad. El liberalismo no se contradice a sí mismo: la concepción liberal de igualdad es un principio de organización política que requiere la justicia, y no un modo de vida para individuos". Véase *A Matter of Principle*, pág.203.

- (20) "Dos principios compiten para ganar la atención (dentro de la ley de compensación por accidentes). El principio actualmente favorecido es individualista. La responsabilidad del agresor debe estar limitada de modo que haya una relación aproximada entre el grado de la falta y el alcance de la responsabilidad. De acuerdo con esto, proveniente de la noción central de falta, un acusado sólo es responsable por daños razonablemente previsibles... Sin embargo, basarse en forma exclusiva en dicho principio podría impedir que víctimas inocentes y merecedoras reciban su compensación. Por eso, existe un contraprinipio menos dominante aunque establecido. Este estipula que el agresor es responsable de cualquier consecuencia directa de su accionar, a pesar de que podría no ser razonablemente previsible. A pesar de que este principio floreció y fue dominante en una época, en la actualidad su aplicación se limita más a aquellos casos donde las víctimas, como los hemofílicos, son particularmente susceptibles a

los daños: 'un agresor debe tomar a su víctima tal como la encuentra'... Cada principio proviene de y es habilitado por dos visiones totalmente diferentes de una sociedad justa y democrática. Una descansa en un individualismo que representa a un mundo que consiste en personas independientes y autosuficientes, que elaboran y persiguen sus propios planes en la vida con confianza. Los valores y los gustos son relativos y subjetivos... La otra visión proviene de un colectivismo que considera el mundo como conformado por personas interdependientes y cooperadoras. Reconocer la vulnerabilidad de los individuos alienta a una mayor solidaridad y altruismo... Cada visión sólo representa una descripción parcial e incompleta de la vida social y de sus posibilidades... Sea cual fuere el principio que elija una persona por su sola preferencia... (ésta) no tiene nada que decir a modo de persuasión a otra persona que disienta con ella." Allan Hutchinson: "Of kings and dirty rascals: The struggle for democracy, *Queen's Law Journal* 1985, págs. 273, 281-3.

Muchos de los lemas populares dentro de los estudios legales críticos florecen en este argumento. Aquí, por ejemplo, es la misma caracterización errónea del "individualismo" liberal relacionado al atomismo social y a la subjetividad de los "valores" que señalamos en la nota 19. He aquí la familiar confusión entre escepticismo externo e interno, concediendo la familiar queja de que los liberales no se dan cuenta de que las convicciones morales son "simples" preferencias, de modo que las personas "nada tienen que decir" para apoyarlas. (No importa que a los liberales se les haya impuesto esa forma de subjetivismo.) Nuestro actual interés reside en el diagnóstico de contradicción: se dice que la ley sobre accidentes no sólo es compleja, por los dos principios diferentes que funcionan en ella, sino también contradictoria porque éstos no pueden estar juntos, ni siquiera como principios. Pero esa afirmación se basa en un grave error de lógica: razona en la dirección equivocada. Quizá sea cierto que una persona que sostuviera la rara y casi incomprensible opinión de que las personas son totalmente "independientes y autosuficientes" tendría que ser llevada a pasar el test de responsabilidad. (Se dice que los liberales sostienen ese extraño enfoque, y tal vez podría hallarse algún liberal que en realidad lo tuviera. Pero no se parece en nada al enfoque de Mill o Rawls, o de cualquiera de los otros filósofos influyentes dentro de la tradición liberal.) Esto no es necesariamente cierto, pues podría llegar a pensar que los hemofílicos necesitan que sus planes "independientes" también sean protegidos, y esos agresores autosuficientes deberían asegurarse contra la responsabilidad rigurosa y asumir las consecuencias si no lo hacen. Sin embargo, en cualquier caso, ésta no es la cuestión, que es más bien si *sólo* alguien que sostuviera esa extraña posición podría ser atraído a dicho test. ¿Por qué una persona más sensata, que se da cuenta de que "el mundo está conformado por personas interdependientes y cooperadoras", que se conmueven ante el llamado de "solidaridad y altruismo" no debería sentir compasión por el conductor negligente que tiene la mala suerte de atropellar a un hemofílico tanto como por el hemofílico mismo?

De modo que la confiada asignación de los dos principios a las dos "visiones" contradictorias de la sociedad es rígida y sin fundamento. Estos principios son aspectos inevitables de cualquier respuesta decente a la complejidad del mundo. Sólo difieren en su distribución del riesgo de pérdida entre dos actores, uno de los cuales debe perder debido a los actos o la situación del otro, y es inverosímil suponer que alguien que hace esa elección en forma diferente en otros tipos de circunstancias, fijando la pérdida sobre el actor en algunas y en la víctima en otras, es por esa razón moralmente esquizofrénico. El problema para Hércules, enfrentado al conjunto de decisiones que describe este crítico, no es más intimidante del que acaba de enfrentar en el texto hace unos momentos, y podría muy bien ser más prosaico. El construye dos principios: que las personas no deberían ser responsables por causar daños que no podían prever en forma razonable y que las personas no deberían estar en desventaja, en el nivel de protección que les otorga la ley, en virtud de discapacidades físicas más allá de su control. No tiene dificultad en reconocer ambos en plena función en la ley sobre agravios y, en forma más general, de aceptar a ambos a nivel de principio abstracto. Estos principios son a veces competitivos pero no contradictorios. Pregunta si decisiones anteriores, en casos donde están en conflicto, los han resuelto en forma coherente. Tal vez lo han hecho, a pesar de que sea cual fuera la descripción que acepta de dicha resolución es probable que requiera que tome en consideración algunas decisiones del pasado, aquellas que son consideradas como errores. Tal vez no: tal vez un sistema legal coherente debe tratar todos los casos de este tipo de conflicto de la misma manera. Luego, debe preguntarse, en la forma que ya le es familiar, si una de las elecciones que haría el sistema entre los principios queda anulada por cuestiones de adaptación; si esto no sucede, debe decidir cuál es superior en moralidad personal y polí-

tica, y a pesar de que otros podrían decidir en forma distinta, esto no es una objeción a su elección.

(21) Véase el simposio sobre estudios legales críticos, supra n. 17.

8. El derecho consuetudinario

- (1) Algunos abogados se vieron tentados por la notable aseveración de que este solo principio proporciona todo aquello que incluso Hércules necesita para construir una interpretación comprensiva de todas las partes del derecho desde la estructura constitucional hasta los detalles de las reglas de evidencia y procedimiento. Véase en general: Richard A. Posner: *The Economic Analysis of Law*, segunda edición, Boston, 1977. Esa aseveración imperial fracasará, por supuesto, si fracasa la aseveración más limitada que consideraremos, aquella que proporciona la mejor interpretación de la ley sobre daños no intencionales.
- (2) Véase la formulación del juez Learned Hand de este principio en: *Estados Unidos contra Carroll Towing Co.*, 159, F. 2º 164, 173, (2º Cir. 1947).
- (3) Véase Posner, supra n. 1, págs. 10-12.
- (4) Véase en general: Guido Calabresi: *The Cost of Accidents*, New Haven, 1970; Calabresi: "Transaction costs, resource allocation and liability rules. A comment", 11 *Journal of Law and Economics* 67, 1968; Ronald Coase: "The problem of social cost", 3 *Journal of Law and Economics* 1, 1960. Véase también Guido Calabresi y A. Douglas McLamed: "Property rules, liability rules and inalienability: One view of the cathedral" 85, *Harvard Law Review*, 1089, 1972.
- (5) Véase Calabresi y McLamed, supra n. 4, págs. 1089, 1096-97.
- (6) Véase cómo este argumento proporciona apoyo, a partir del principio económico, para el test de "previsibilidad" utilizado en la interpretación 5), y en una forma calificada 6), en el Capítulo 7.
- (7) Véase, por ejemplo, el debate sobre las consecuencias económicas de elegir una base de negligencia o de responsabilidad estricta para la responsabilidad. Posner, supra n. 1, págs. 137-42; Polinsky: "Strict liability vs. negligence in a market setting", 70 *American Economic Review: Papers and Proceedings* 363, 1980; S. Shavell: "Strict liability versus negligence", 9 *Journal of Legal Studies* 1, 1980. Véase, más general: "Symposium: efficiency as a legal concern", 8 *Hofstra Law Review*, 485-770, 1980.
- (8) Véase, por ejemplo, *Union Oil Co. contra Oppen*, 501 F 2º 558 (9º Cir. 1974).
- (9) Para una versión anterior de este punto, y continuar con la discusión acerca de la interpretación económica, véase: *A Matter of Principle*, caps. 12 y 13.
- (10) Me refiero a que el argumento ahora descrito es una forma de argumento utilitarista, y no porque cada argumento utilitarista deba adoptar esta forma. Algunos filósofos que se consideran utilitaristas insisten en que el bienestar que buscan incrementar al máximo está muy lejos de ser una mera cuestión de felicidad. Pero como es inverosímil que un esquema de ley para incrementar al máximo la riqueza incremente el bienestar sobre alguna concepción más sensible que la felicidad a otros componentes del florecimiento humano, considero para este debate sólo la forma de utilitarismo más familiar desde el punto de vista histórico que otorga a la felicidad un rol casi exclusivo en el logro del bienestar.
- (11) Véase, por ejemplo, R. M. Hare: *Moral Thinking: Its Levels, Methods and Point*, Londres, 1981.
- (12) Véase mi "In defense of equality" 1 *Social Philosophy and Policy* 24, 1983.
- (13) Véase mi: "What is equality? Part 1: Equality of Welfare", 10 *Philosophy and Public Affairs* 185, 1981, y "Part 2: Equality of Resources", 10 *Philosophy and Public Affairs*, 283, 1981.
- (14) Robert Nozick vio que la igualdad en algunas concepciones sería corrompida de manera inevitable por cualquier tipo de transacción de mercado; ésa es la fuerza de su famoso ejemplo de Wilt Chamberlin (véase su *Anarchy, State and Utopia*, 160-4, Nueva York, 1974). Sin embargo, tenía en mente la igualdad material y sería erróneo suponer, según declaro en el texto, que cada concepción de igualdad, menos la concepción liberal, tendría esa consecuencia.
- (15) Estoy dejando de lado una cuestión importante, que es si nosotros como individuos podemos adoptar una actitud por lo general permisiva hacia el uso que hacemos de nuestra propiedad y cuándo podemos hacerlo, cuando creemos que el esquema público no puede defenderse bajo ninguna concepción de igualdad verosímil. Podrían proponerse distintos argumentos

para justificar una actitud permisiva incluso bajo estas circunstancias. Quizá, por ejemplo, la división de responsabilidad discutida en el texto sea la mejor estrategia para lograr un nivel de igualdad decente, bajo una concepción apropiada, aun cuando la igualdad aún no ha sido lograda ni siquiera en forma imperfecta. O tal vez cualquier otra estrategia, que impone responsabilidades morales más severas sobre cada uno de los individuos, nos llevaría a la "victimización", es decir, a responsabilidades morales tales que cualquier individuo que las aceptara se vería obligado a asumir una posición económica peor que aquella que ocuparía bajo un esquema genuinamente igualitario. O tal vez, la mayoría de las decisiones que los individuos toman sobre su propiedad posee consecuencias tan diversas e impredecibles que nadie podría asumir tomar sus decisiones particulares en forma tal que mejore la igualdad en general. Véase mi "What is equality? Part 2", supra n. 13.

(16) Algunos argumentos tentativos a favor se encuentran en: "In defense of equality".

(17) Véase "What is equality? Part 2".

(18) La calificación aquí discutiva es sensible a una cuestión que anteriormente había dejado abierta al discutir lo que denominé el primer problema en la hipótesis permisiva (véase n. 15). ¿Qué justifica nuestra actuación, como individuos día a día, como si la distribución de la propiedad hubiera logrado realmente la igualdad de recursos entre nosotros? Estoy suponiendo ahora que nuestra respuesta se basa en alguna forma sobre los juicios de estrategia, o apelaciones a la falta de información, en forma tal que el permiso no es válido en ciertas circunstancias especiales, cuando alguien sabe que su comportamiento tendrá un impacto inmediato y previsible sobre la igualdad de recursos, que una decisión que puede tomar mejorará la igualdad sin victimarse a sí mismo y a otra provocará una desigualdad de recursos.

(19) Véase: "What is equality? Part 2", y *A Matter of Principle*, cap. 17.

9. Estatutos

(1) Como la decisión política que ahora está interpretando Hércules es un estatuto en lugar de una serie de decisiones judiciales del pasado, cuestiones de política son pertinentes a su decisión sobre qué derechos debería considerarse fueron creados por el estatuto.

(2) Tampoco encontraría respuestas independientes de sus propias convicciones al tratar de ver qué hacen los demás jueces, porque la práctica difiere entre ellos. Necesitaría interpretar su práctica en la forma descrita en los dos últimos capítulos y hacer esencialmente los mismos juicios sobre la equidad política al decidir qué interpretación mostró mejor, en su conjunto, la práctica judicial.

(3) Compárese la teoría del "voto-intención" desarrollada por P. Brest en: "The misconceived quest for the original understanding", *60 Boston University Law Review*, 204, 212-15, 1980.

(4) Por supuesto, si existiera una regla establecida sobre la forma en que los estatutos, como el Acta de las Especies en Peligro, deben ser interpretados, una regla que por ejemplo dictara que los jueces deben interpretar el estatuto "en forma detallada" para conferirle al secretario el menor poder posible, los congresales utilizarían dicha regla para predecir qué les sucedería a sus estatutos en la Corte. Si Hermes hubiera sometido a consideración esa regla, estaría haciendo aquello que los legisladores esperaban pero no porque ellos lo esperaran. Esta regla explicaría la forma en que Hermes decidió el caso y qué predijeron los jueces, pero los explicaría en forma independiente una de otra. Sin embargo, dicha regla no existe y Hermes está por lo tanto interesado en las predicciones legislativas no para que estén de acuerdo con su decisión sino para que sean su fundamento. Esta es la opción que sostengo sería autodestructiva.

(5) Para una excelente descripción de las dificultades para determinar la verdad o falsedad de declaraciones contrafácticas, véase Nelson Goodman: "The problem of counterfactual conditionals", en *Fact, Fiction and Forecast*, 1-27, cuarta edición, Cambridge, Massachusetts, 1983.

(6) Para una discusión de contextos opacos, véase W. V. O. Quine: *Word and Object*, 140-56, Cambridge, Massachusetts, 1960.

(7) La integridad en esta forma podría llevarlo a rechazar una interpretación que estaría más próxima a las intenciones concretas del bosquejador. Véase la opinión disidente de Lord Den-

ning en *Macarthy's Ltd. contra Smith*, 1979, 3 All E.R. 325, 330. Debo este ejemplo a Sheldon Leader.

- (8) A pesar de que la integridad, por definición, es una cuestión de principio, Hércules debe preferir una descripción de cualquier estatuto que también muestre un mayor orden de coherencia política, pues su justificación no muestra de lo contrario el hecho legislativo desde una buena perspectiva. Una sola legislatura, que al sancionar un solo estatuto, actúa de manera incoherente si asigna demasiada importancia a una política en particular e impone severos costos y gravámenes para poder promoverlo, pero sin embargo, califica la política para evitar aquellos costos y gravámenes menos importantes, sin que haya una ganancia correspondiente en otra política. *A fortiori*, por supuesto, Hércules debe respetar la integridad de principio. Debe esforzarse por evitar cualquier tipo de justificación diversificada que combine principios contradictorios para explicar las distintas partes del mismo estatuto. Debe evitar hacerlo, si puede en forma coherente con el texto, aun si sospecha que el texto del estatuto fue, como una cuestión de hecho histórico, un lapso en integridad, un compromiso del tipo que debe tratar de ignorar en el estatuto que él mismo elabora. Sus críticos dirán entonces que está "envolviendo" la controversia histórica. Ese comentario, a pesar de ser cierto, no puede ser base para críticas: decir que el compromiso histórico sobre el texto comprometió el verdadero estatuto que el texto creó da por sentada la cuestión que hemos estado discutiendo en todo el capítulo.
- (9) En el caso del Congreso de los Estados Unidos, estoy suponiendo que los informes de comité de las dos cámaras no son contradictorios. Si lo son, deben ser entonces tratados como un argumento acerca de la mejor interpretación del estatuto sancionado por ambas cámaras en lugar de una decisión política del Congreso en su totalidad en el sentido descrito en el texto.
- (10) Véase J. L. Austin: "Performative utterances", en *Philosophical Papers*, 223, tercera edición, Nueva York, 1979 y *How to Do Things with Words*, Cambridge, Massachusetts, 1962.
- (11) La legislatura laboral más importante ha sido enmendada varias veces en Inglaterra por los gobiernos conservador y laborista. Declaraciones de propósito legislativo más contemporáneas son mejores guías para las secciones del acta que no fueron enmendadas que declaraciones anteriores directamente pertinentes a dichas secciones. Para un argumento paralelo sobre la legislación norteamericana, véase la opinión del juez Brennan en *Allis-Chalmers*, más adelante, n. 12, pág. 194.
- (12) La explicación de controversia del texto sobre si una frase en particular es "confusa" es ilustrada por la controversia sobre la precisión del Civil Rights Act en *United Steelworkers of America contra Weber*, 443 U.S. 193 (discutido en *A Matter of Principle*, cap. 16, y la controversia sobre las palabras "restricción o coerción", en *NLRB contra Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 338 U.S. 175, 1967. El juez Black pensó que el sentido literal de estas palabras era claro, mientras que Brennan las consideró "inherentemente imprecisas". Véase *ibidem* en pág. 179.
- (13) Véase Allan Hutchison y John Wakefield: "A hard look at hard cases", 2 *Oxford Journal of Legal Studies*, 86, 1982.
- (14) Un simple programa de ajedrez para computadoras revisa todos los movimientos legales antes de mover cualquier pieza. No hace distinción alguna entre casos difíciles y fáciles. Si la reina está *en pris*, y sólo una movida puede salvarla, de todas formas considerará y rechazará con solemnidad cada una de las movidas que pueden llevar a la pérdida de la reina. A diferencia de la computadora, yo actúo de otra forma cuando creo que el caso es fácil. No considero las consecuencias de cada movida que conduce a la captura de la reina; sólo la saco de peligro. Esto no muestra que utilizo una distinción de antecedente entre casos fáciles y difíciles como si fuera un interruptor y aplico una teoría distinta de aquello que hace que una jugada de ajedrez sea buena en casos fáciles. Los mejores jugadores poseen un instinto que los alerta, en algunos casos que considero fáciles, sobre la posibilidad de un brillante gambito con la reina. De modo que podrían llegar a considerar, aunque en forma breve, algunas movidas que yo no consideraría. Los buenos jugadores y yo trazamos la distinción entre los casos fáciles y difíciles de manera distinta, no porque utilicemos teorías diferentes sobre aquello que hace que una jugada sea buena, sino porque poseemos una habilidad diferente para aplicar la teoría que compartimos.

10. La Constitución

- (1) *Marbury contra Madison*, 5 U.S. (1 Cranch), 137, 1803.
- (2) No ofrezco ningún argumento para esta declaración pues sería necesario otro libro. Tendría que tomar en cuenta, entre otras cosas, que el registro de la Corte Suprema ha sido irregular, que las instituciones que denomino "mayoritarias" no siempre (algunos dirían nunca) han representado las opiniones o los intereses de la mayoría de los ciudadanos, y que la Corte ha ejercido a veces el poder que Marshall declaró que hacía estas instituciones más mayoritarias de lo que habrían sido de otra forma.
- (3) El juez John Paul Stevens ha criticado recientemente a ciertos jueces colegas por incoherentes. Dijo que éstos son considerados como conservadores y sin embargo, han estado revisando en forma radical partes enteras del derecho constitucional, y no decidiendo cada caso a medida que surge sobre una base no mayor a la necesaria para decidir dicho caso. Véase *New York Times*, 5 de agosto, 1984, A 1, col. 1.
- (4) Compárese *Dick contra United States*, 354, U.S. 476, 494-96, 1957 (opinión separada de Warren C. J., pero de acuerdo con el dictamen) (materiales obscenos no protegidos por la Primera Enmienda) y *Jacobellis contra Ohio*, 378 U.S. 184, 199-203, 1964 (Warren, C. J. disidente) (con referencia al "derecho de la Nación y los Estados a mantener una sociedad decente") con *Griffin contra Illinois*, 351, U.S. 12, 1956 (los acusados criminales indigentes no pueden ser constitucionalmente obligados a pagar por una copia del juicio antes de obtener la revisión por un tribunal de apelaciones), *Douglas contra California*, 372 U. S. 353, 1963 (el Estado debe proporcionar consejo para una apelación a los acusados criminales indigentes) y *Harper contra Virginia Board of Elections*, 383 U. S. 663, 1966 (que condiciona que el derecho a votar mediante el pago del impuesto al voto es inconstitucional).
- (5) Véase John Hart Ely: *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, 1980; M. Perry: *The Constitution, the Courts and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New Haven, 1982; R. Bork: "Neutral principles and some first amendment problems", 47 *Indiana Law Journal* 1, 1971; Thomas Grey: "Do we have an unwritten constitution?", 27 *Stanford Law Review*, 703, 1975.
- (6) Citado en Raoul Berger: *Government by Judiciary*, 118-9, Cambridge, Massachusetts, 1977.
- (7) Véase H. Jefferson Powell: "The original understanding of original intent", 98 *Harvard Law Review* 885, 1985.
- (8) Investigué esta distinción, entre una interpretación opaca y una transparente de disposiciones constitucionales abstractas, en: *Taking Rights Seriously*, 134 en adelante. Comparé la interpretación constitucional con el problema al que se enfrentó un hijo cuyo padre le enseñó a ser justo. Dije que su padre lo cargó con el concepto de justicia y no con la concepción particular de justicia que el padre tenía en el momento de dar la instrucción. Véase también Dworkin: *A Matter of Principle*, cap. 2.
- (9) Tenemos evidencia de que no tenían esta meta-intención. Véase Powell, supra n. 7.
- (10) No me refiero a que el historicismo es en sí una descripción convencionalista del derecho constitucional. No puede serlo porque no tenemos ninguna convención cuya extensión explícita incluya la propuesta de que las intenciones concretas de los forjadores fijan el derecho constitucional.
- (11) Como esta discusión comienza con la suposición de que estamos comprometidos con la democracia y que nuestras elecciones son lo suficientemente democráticas como para requerir deferencia a las decisiones legislativas, es en particular débil cuando se le pide a la Corte que decida qué considera la Constitución como democracia. (Véase Ely, supra n. 5.) Por lo tanto, una persona pasiva necesita otra distinción: necesita distinguir aquellas disposiciones constitucionales que protegen la equidad del proceso político de aquellas encargadas de garantizar la justicia de sus resultados. Si cree que el derecho a la libertad de palabra o los derechos que garantizan un tratamiento igualitario a los grupos minoritarios, por ejemplo, se interpretan mejor como protección de la equidad de la democracia norteamericana, y entonces no tiene razón alguna para deferir al juicio de los funcionarios elegidos acerca de cuándo han sido violados estos derechos. Esta calificación no pone en peligro el enfoque pasivo en general, porque no se aplica a los derechos que no son correctamente entendidos de esa forma, como los derechos supuestos a un aborto o contra la pena de muerte. Una justicia pasiva que conside-

ra que estos derechos putativos son sólidos en justicia más que en equidad dejará que los funcionarios elegidos decidan si la Constitución los abarca.

- (12) Véase R. Bork: "Neutral principles and some first amendment problems", 47 *Indiana Law Journal* 1, 10, 1971.
- (13) *Scott contra Sandford*, 60 U.S. (19 how.) 393, 1856.
- (14) *Lochner contra Nueva York*, 198 U.S. 45, 1905.
- (15) Véase Ely, supra n. 5.
- (16) En *Korematsu*, 323, U.S. 214, 1944, la Corte se negó a proteger a los japoneses norteamericanos contra el internamiento injustificado a principios de la Primera Guerra Mundial.
- (17) 163 U.S. 537, 1896.
- (18) Véase *McLaurin contra Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637, 1950; *Sweatt contra Painter*, 339 U.S. 637, 1950; *Sipnel contra Board of Regents*, 332 U.S. 631 (*per curiam*); *Missouri ex rel. Gaines contra Canada*, 305 U.S. 337, 1938.
- (19) Para una discusión más extensa de esta distinción, véase *A Matter of Principle*, cap. 3.
- (20) *Brown contra Board of Education*, 349 U.S. 294, 1955.
- (21) Véase *Keyes contra School District N° 1, Denver, Colorado*, 413, U.S. 189, 1973; *Milliken contra Bradley*, 418 U.S. 717, 1974; *Milliken contra Bradley*, 443 U.S. 267, 1977; *Dayton Board of Education contra Brinkman*, 433 U.S. 406, 1977; *Columbus Board of Education contra Penick*, 443 U.S. 449, 1979; *Dayton Board of Education contra Brinkman*, 443 U.S. 526, 1979.
- (22) Véase, por ejemplo, Chaycs: "The role of the judge in public law litigation", 89 *Harvard Law Review*, 1281, 1976; Fiss: "Foreword: the forms of justice", 93 *Harvard Law Review* 1, 1979.
- (23) *Regents of the University of California contra Bakke*, 438 U.S. 265, 1978.
- (24) No lo hizo en el Acta de los Derechos Civiles de 1964. Véase *A Matter of Principle*, cap. 16.
- (25) *Ibidem*, cap. 14.
- (26) *Ibidem*, cap. 15.
- (27) Véase la opinión del juez Powell en *Bakke*, 438 U.S. 215.
- (28) Véase mi: "Reagan's justice", *New York Review of Books*, 8 de noviembre, 1984, y "Law's ambitions for itself", 71 *University of Virginia Law Review*, 73, 1985.
- (29) No sustituirá su juicio sobre bases constitucionales cuando sus técnicas de construcción de estatutos han producido una conclusión acerca de qué es lo que dice un estatuto correctamente interpretado. Sin embargo, sus convicciones sobre política tendrán un rol en esta última decisión, por las razones y en la forma descritas en el Capítulo 9.
- (30) *Lochner contra Nueva York*, supra n. 14. La opinión en dicho caso trata la cuestión como una de principio, sobre si los panaderos y sus empleados tienen el derecho de pactar más horas de trabajo si lo desean. Hércules habría respondido que la interpretación particular del principio de libertad de contrato que esto supone no puede ser justificada bajo ninguna interpretación razonable de la Constitución.

11. El derecho más allá del derecho

- (1) Esta característica de la práctica legal es fuente de complejidad lingüística. En algunas circunstancias, cualquier juez preciso sobre qué es el derecho debe de alguna manera, referirse al nivel de la Corte en la cual se supone surgirá la cuestión. Supongan que un abogado cree que la Corte más alta de una jurisdicción tiene el deber, que surge del derecho como integridad, de anular un precedente y fallar a favor del demandante, pero que una Corte inferior, limitada por una estricta doctrina de precedente, tiene el deber de hacer cumplir dicho precedente y así falla entonces a favor del acusado. Podría decir (ésta es una manera de establecer el punto) que el derecho para una Corte superior es distinto que para una Corte inferior. O, podría decir (ésta es otra) que como la Corte superior tiene la última palabra, el derecho es "en realidad" para el demandante, a pesar de que puede apelar para que se reconozca y haga cumplir dicha ley. El vocabulario del derecho, aquí como en el caso de los sistemas legales perversos en el Capítulo 3, es lo suficientemente flexible como para permitirnos describir la misma estructura compleja de relaciones legales (derechos y deberes que se pueden hacer cumplir en ciertas circunstancias específicas) de distintas maneras según la audiencia, el contexto y el propósito.

- (2) Me niego a repetir la gran lección del Capítulo 9, que la integridad sustantiva desempeñará un gran papel en la decisión de Hércules sobre cómo interpretar un lenguaje vago, ambiguo o dificultoso en este estatuto. Aquí estoy suponiendo que el texto, el contexto y la historia legislativa son bastante precisos de modo que hasta el estilo de Hércules de interpretar estatutos produce la incoherencia con el resto del derecho que supongo en el texto.
- (3) *Saif Ali*, citado en el Capítulo 6, n. 28, puede resultar ser una advertencia temprana de ese tipo. Si Hércules cree que la integridad requiere que se reconozca la restricción procesal en el caso en el cual él hace la advertencia, piensa que la ley está entonces a favor del abogado defensor. Pero una vez hecha la advertencia, esa restricción desaparece, y así la ley no estará a favor del abogado defensor en un caso posterior.

Índice temático

- Aborto, cuestión del; e integridad política, 134, 138, 139
- Accidente, ley sobre. *Véase: Ley sobre daños no intencionales.*
- Actitud interpretativa: y desacuerdo, 45-46; con respecto a la cortesía, 46 (*véase: Cortesía*); perspectiva interna de, 47, 64; y las etapas de la interpretación, 57-59; como objetiva, 64-66, 67, 68; y el escepticismo interno, 65-66 (*Véase: Escepticismo interno*); y sistemas legales extranjeros, 82-83, 85; y el derecho perverso, 84-86; del convencionalismo, 91; con respecto a las prácticas convencionales, 95-96; necesitando paradigmas y no convenciones, 106; hacia las obligaciones asociativas, 146, 147, 149-150
- Activismo en la interpretación constitucional: contra pasivismo, 260; contra el derecho como integridad, 266; y Hércules, 279
- Actos realizables: promesas como, 243-244; la legislación como, 244
- Adjudicación: política práctica de, 22; e integridad inclusiva, 288. *Véase también: Jueces*
- Adjudicativo, principio de integridad, 126, 132, 159-160, 238; *véase también: Integridad política.*
- Afirmativa, acción, 276; y antidiscriminatorias, teorías, 271, 272; y el caso Bakke, 276-279
- Agravios, ley sobre, escepticismo sobre la, 192. *Véase también: Ley sobre daños no intencionales.*
- ALPERS, Svetlana, 292 n. 3
- Ambigüedad y la interpretación de estatutos, 247-249
- Argumentos políticos: en el caso McLoughlin, 32-33; contra el principio, 161-163, 176, 220-222, 239, 268; y los remedios legales, 274; en la legislación contra la adjudicación, 288. *Véase también: Económica sobre daños no intencionales, teoría.*
- Arte y la intención del autor, 50-57
- Artística, interpretación, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53-55
- Asociativas (comunales), obligaciones, 144-149; obligaciones de rol como, 144-145; condiciones de, 147-148; contra justicia, 149-151; a través de la legitimidad, 152-153; y comunidad de facto, 154, 155; y comunidad de reglamento, 154, 155-156; y comunidad de principio, 155, 156-157, 158 (*véase también: Comunidad de principio*).
- AUSTIN, J. L., 308 n. 10
- AUSTIN, John, 36-37, 87, 298 n. 2
- Autómóviles como ejemplo de intención, 80-81
- Automóviles, fabricante de, en el ejemplo de responsabilidad institucional, 126-128
- Autonomía, la, y la integridad política, 140-141
- Autoridad, el derecho como, 297 n. 3
- Bakke, caso, 276-279
- BENTHAM, Jeremy: sobre derechos, 264; y el positivismo legal, 299 n. 6

- BERGER, R., 309 n. 6
- BICKEL, Alexander M., 301 n. 4
- Bienestar, el, en el utilitarismo, 206-210
- BORK, R., 309 n. 5, 310 n. 10
- BREST, Paul, 307 n. 3
- Brown, caso, 33-35; como revolución social, 16, 274-276; y positivismo legal, 39; y convencionalismo, 93, 101; e integridad contra pragmatismo, 161; y moralidad popular, 180; y Decimocuarta Enmienda, 251; e historicismo, 258; y pasivismo, 263-264; interpretación de Hércules, 267-276, 280; y teoría de las fuentes prohibidas, 270. *Véase también:* Decimocuarta Enmienda.
- BURGER, Warren, 29, 30, 39
- Cadena del derecho: y la novela en cadena, 166-168; y el carácter de Scrooge, 169-172; y el respeto del texto, 172; juego de adaptación/justificación en, 173; interpretación de estatutos en, 223. *Véase también:* Cuerda, analogía de la.
- CALABRESI, G., 300 n. 1, 306 nn 4, 5
- Cámara de los Lorens: registros confidenciales, decisión por la, 16; y precedente, 31-32; en el caso McLoughlin, 33, 40; en la perspectiva convencionalista, 90; y la inmunidad de los abogados, 161, 282
- CARDOZO, Benjamin, 291 n. 7
- Caso fácil, problema del, 249, 308 n. 14
- Casos. *Véase:* Casos difíciles; Casos parecidos; Casos fundamentales.
- Casos difíciles: en el punto de vista del hecho evidente, 21; en las teorías semánticas, 40, 43; preguntas posinterpretativas en, 80; en el sistema nazi, 84; y la interpretación, 85; enfoque convencionalista de, 91, 97, 99-100, 102, 106, 119; tratamiento pragmático de, 119-120, 121, 123; y el derecho como integridad, 164-165, 167, 184, 185-186, 190-191; Hércules contra jueces reales en, 190; y los casos fáciles, 190-191, 249-250, 308 n. 13; perspectiva popular de, 191; y los estudios legales críticos, 197; enfoque de simulación de mercado con respecto a, 214; y los sueños del derecho, 288; perspectiva de "ninguna forma correcta" de, 289. *Véase también:* Lagunas en el derecho; "Hacer" la ley.
- Casos fundamentales: contra la defensa "límite" del positivismo, 41-42; y el desacuerdo, 44. *Véase también:* Paradigmas.
- Casos parecidos: igual tratamiento de los, 124; y la integridad política 160-163. *Véase también:* Coherencia con el pasado; Precedente.
- Causalidad, ejemplo del concepto de, 35-36, 297 n. 27
- CAVELL, Stanley, 51-52, 54
- Certeza, valor de la, 259-260
- Civil, derecho, y unilateralismo, 109
- Civil, desobediencia, y la fuerza de la ley, 88-89
- Civiles, juicios, importancia de, 1. *Véase también:* Juicios.
- Claridad de lenguaje y la interpretación de estatutos, 247-249
- Clasificación del derecho contra la discriminación, 269, 271, 272
- Coherencia: e integridad política, 160-163; y el derecho como integridad, 165-166
- Coherencia con el pasado: y convencionalismo, 100-104, 112; y pragmatismo legal, 115, 120-123; e integridad política, 125, 160; y el derecho como integridad, 166.
- Coherencia del derecho y el caso Elmer, 27-28. *Véase también:* Integridad, el derecho como.
- Colectiva, conciencia, 57, 294 n. 15
- Colectiva, principio de compasión, 193
- COLEMAN, Jules, 299 n. 4
- Command, teoría del derecho, 36-37. *Véase también:* Positivismo legal.
- Comparativo, costo, e igualdad, 214-219
- Compromiso: el remedio de Brown como, 34; entre las virtudes políticas, 132-133; y leyes "diversificadas", 133-137, 301 n. 7; interno contra externo, 134; aceptación convencionalista, 154; contra el principio de daños comparativos, 216; en las intenciones de los legisladores, 230
- Comunales, obligaciones. *Véase:* Asoriativas, obligaciones.
- Comunidad: y la actitud interpretativa, 45-46; personificación de, 56-57, 126-

- 131, 139, 164, 210; y el derecho como integridad, 78; en la integridad política, 140-141; "mera" contra "verdadera", 148-149, 150, 152-153; sociedad política como, 153; modelo de facto de, 153-154, 155; modelo de reglamento de, 154, 155-156, 244; y el amor, 157; riqueza de la, 198 (*véase también*: Wealth, test de); interpretación pura del derecho dirigida a la, 285; y la actitud del derecho, 290
- Comunidad de principio, 155, 156-157; y la legitimidad, 157, 158; en el derecho como integridad, 175-176; y la integridad, 189, 284, 288; y la responsabilidad privada, 214, 220; y las convicciones de los legisladores, 232-233, 234, 238; y la historia legislativa, 244; y la justicia, 285
- Concepciones del derecho, 76-78; cuestiones para, 80-81; y el derecho perverso, 82, 83, 86; sobre los fundamentos y la fuerza del derecho, 86-89; y la práctica legal, 107; y la legitimidad, 141-142. *Véase también*: Convencionalismo; Integridad, el derecho como; Pragmatismo legal.
- Concept of Law, The* (Hart), 37
- Concepto del derecho, 75-77, 86, 87; y la fuerza del derecho, 87, 141
- Concepto-concepción, distinción de, 61-62
- Conflicto: entre virtudes políticas, 132-133, 140; de derechos abstractos, 209, 210, 214, 218, 220, 221; de convicciones, 234-236, 237
- Confusión de lenguaje y la interpretación estatutaria, 247-249
- Consecuencialismo. *Véase*: Teoría económica sobre daños no intencionales, política de la; Utilitarismo.
- Consenso: en la etapa preinterpretativa, 58; contra la convención, 104-106
- Consentimiento, legitimidad a través de, 142-143
- Conservadorismo: de los jueces, 253-254; y Hércules, 279-280
- Constitución norteamericana: y los cánones legales, 75; y la perspectiva del convencionalismo, 90, 106; disposiciones sobre la esclavitud, de, 137; y moralidad popular, 180; restricciones, en, 251; y el rol de la Corte Suprema, 251-252; autores no representativos de la, 257; como estatutos, 267; requisito de racionalidad en, 269, 278; *véase también*: Suprema, Corte.
- Constitucional, adjudicación; *véase*: Interpretación de la Constitución.
- Constructiva, interpretación, 48-49, 50, 51, 54, 55, 57, 294 n. 15; teoría legal como, 74; contra el punto de vista del significado del orador, 224, 237. *Véase también*: Interpretación.
- Constructivos en el derecho, reclamos, 166
- Consuetudinario, derecho: cadena de, 172-173; conflicto de derechos en, 221. *Véase también*: Emocionales, daños; Ley sobre daños no intencionales; Precedente.
- Contexto, sensibilidad del: del lenguaje legal, 83-84; y las teorías semánticas, 86
- Contradicción: y la perspectiva escéptica de la integridad, 192-193, 194, 195, 196; en el liberalismo, 196, 304 n. 20
- Contrafácticos, estados mentales, 230-232, 233
- Contribución, sistema de. *Véase*: Afirmativa, acción.
- Convención: en la teoría de Hart, 37; contra el consenso, 104-106; coordinación a través de, 110-111. *Véase también*: Reglas.
- Convencionalismo, 76-77, 90-92, 288; y los derechos legales, 77, 116; perspectiva popular detrás del, 90, 91, 93, 94; y teorías semánticas positivistas, 91; y las convenciones legales, 94-96; estricto contra moderado, 97-100; y la coherencia con el pasado, 101, 102-104, 112; y la atención a estatutos o al precedente, 100-102, 104; y el derecho como integridad, 103-104, 164, 165, 188, 288; y la distinción convención-consenso, 104-106, 110; contra el desarrollo del derecho, 105-106, 119, 287; y la democracia, 107, 299 n. 6; equidad de, 107-108; como reductor de sorpresas, 107-109; unilateral, 108-109, 111, 112, 257-258; y la coordinación, 110-112, 113-114, 118; y el pragmatismo legal, 112-114, 119, 121, 122, 190; y la igual

- dad formal, 138; y el modelo de comunidad de reglamento, 154, 155-156; y la división, 181; y los casos fáciles, 190, 191; y el pasivismo, 261; y la regla de reconocimiento, 298 n. 2; y el hábito de la obediencia, 298 n. 2
- Convenciones legales, 90, 94-97. *Véase también*: Convencionalismo.
- Conversación, interpretación de, 47, 48, 49, 50, 56-57, 224
- Convicciones: en la intención legislativa, 230, 232-238, 255; en la interpretación constitucional, 255-256
- Coordinación: a través de convenciones, 110-111; y el punto de vista pragmático, 112, 113; a través de reglamentaciones retrospectivas, 118-119; y el pragmatismo legal, 119-120
- Corporaciones, en el ejemplo de responsabilidad institucional, 127-128.
- Cortesía: actitud interpretativa con respecto a la, 45-46; interpretación constructiva de, 48; intenciones en, 53; y etapas de la interpretación, 58; descripción filosófica, 59-63; y el escepticismo, 66, 68; como convención, 95; y la función de los jueces, 166; contra la justicia, 295 n. 20
- COVER, Robert, 302 n. 27
- Creativa, interpretación, 47, 48-49, 50, 51, 53, 55, 57, 166
- Criminal, coherencia e integridad en el proceso, 163. *Véase también*: Debido proceso.
- Criminal, unilateralismo en el derecho, 109
- Criminales, la importancia del derecho y los casos, 15. *Véase también*: Casos.
- Críticos, estudios legales, 194-196; y el liberalismo, 303 n. 19, 304 n. 20
- Cuerda, analogía de la; y la institución de la cortesía, 60-61; y la ley "nazi", 82-83. *Véase también*: Cadena del derecho.
- Cuestiones: de derecho, 16; de fidelidad, 16, 17-18, 19; de moralidad, 16, 19; de hecho, 16, 21-22 (*véase también*: Desacuerdo empírico; Verdad y falsedad); de enmienda, 20; en la etapa posinterpretativa, 80-81
- CHAYES, A., 310 n. 22
- Christmas Carol, A.*, como novela en cadena, 169-171
- Daños previsibles: principio de derecho consuetudinario sobre, 32; en el enfoque de Hércules, 174, 177-180
- DAVIDSON, Donald, 302 n. 22
- Deber: obedecer la ley, 89; ser justo, 143; incrementar al máximo la riqueza, 205-206. *Véase también*: Política, obligación
- Debido proceso. *Véase*: Procesal, debido proceso.
- "Dedos cruzados", defensa de, 40, 41, 42
- Defensa límite desde la perspectiva del positivismo, 40-43
- Democracia: y las expectativas protegidas, 107; y la intención de los legisladores, 257; y el pasivismo constitucional, 261, 262; y el enfoque de Hércules, 279-280; y el positivismo legal, 299 n. 6
- Derecho: desacuerdo empírico sobre el, 17, 18, 35, 36, 39; fundamentos del, 17, 22 (*Véase también*: Fundamentos del derecho); desacuerdos teóricos sobre, 17-18 (*Véase*: Teórico, desacuerdo, en el derecho); perspectiva del hecho evidente, 19-22, 24, 28, 35 (*Véase*: Punto de vista del hecho evidente del derecho); y la justicia, 19, 79; principios vagos en el, 20; como fenómeno social, 22-24, 292 n. 29; perspectivas internas y externas sobre, 23, 24; como un todo coherente, 27-28; y el escepticismo, 66-67, 70-71, 192; fuerzas centrífugas y convergentes en el, 72-79; paradigmas del, 73-75; desarrollo del, 73-74, 105, 119, 287; concepto del, 75-77, 86-87, 141; cuestiones básicas del, 76; concepciones del, 76-78, 80-81 (*véase*: Concepciones del derecho); y la moralidad, 78-79, 81, 298 n. 5; en lugares bajos, 81-86, 151; cadena del, 166-172, 173, 223; división del, 180-183; enfoque económico del, 195; purificado, 281, 285-287; restricciones del, 281-283, 288; el imperio del, 289-290; sueños utópicos del, 286-

- 287; artimañas del, 287; como autoridad, 297 n. 3. *Véase también*: estatus.
- Derecho como concepto interpretativo, el, 72-73, 74-75, 288; y el análisis de la interpretación, 47; y el derecho en los lugares bajos, 81-82; y la fuerza del derecho, 88; y el derecho como integridad, 165-166; y la cadena del derecho, 166-172, 173, 223; y la distinción liberal-conservador, 352-353; y la distinción interpretativa-no-interpretativa, 254.
- Derecho como integridad. *Véase*: Integridad, el derecho como.
- Derecho, filosofía del: *Véase*: Jurisprudencia.
- Derecho, teorías del. *Véase*: Convencionalismo; Integridad, el derecho como; Realismo legal; Punto de vista de: hecho evidente en derecho; Positivismo legal; Pragmatismo legal; Semánticas, teorías del derecho.
- Derechos: en mercados simulados, 199; contra estrategias colectivas, 208-209, 268-269; y costo comparativo, 218-219, 220; y pasivismo constitucional, 264-268; y remedios, 274; contra el bien comunal, 286. *Véase también*: Principio.
- Derechos de tipo "como-si", en el pragmatismo legal, 116, 117-118, 120, 121, 122
- Derechos legales, 7€; 116; y el convencionalismo, 77, 116; contra otras formas de derecho, 92; y el pragmatismo legal, 116, 117, 119-120, 121-123; y el derecho como integridad, 176; abstracto (prima facie), 209, 210, 214, 218, 220, 221-222; protección judicial de, 252; y el historicismo, 260; contra la discriminación racial, 269-276; cumplimiento de, 274-275; como protección de la equidad contra la justicia, 309 n. 11
- Derechos, políticos: y la personificación de la comunidad, 129-130; y la integridad, 163; y la política, 221-222
- Desacuerdo: dilema sobre el, 42-43, 44; concepción interpretativa del, 44-45, 71 (*véase también*: Interpretación); subjetivo contra objetivo, 65, 66-67, 68-69 (*véase también*: Escepticismo); sobre los fundamentos y la fuerza del derecho, 88; sobre las convenciones legales, 95; *véase también*: Desacuerdo empírico; Teórico, desacuerdo, en el derecho.
- Desacuerdo empírico sobre el derecho, 17, 18, 35, 36, 39. *Véase también*: Verdad y falsedad.
- "Descubrimiento" del derecho contra el desacuerdo teórico, 18
- Decimocuarta Enmienda, 33; y la segregación en la educación, 34; compromiso interno proscrito por, 138; como restricción, 251; y el rol de la Corte Suprema, 252; y el historicismo, 255, 277-278; y la segregación racial en la educación, 254-255; y circunstancias diferentes, 257-258; y el derecho contra la discriminación, 269-276; y la acción afirmativa, 277-279. *Véase también*: Igual protección.
- DILTHEY, Wilhelm, 292 n. 2
- Discriminación. *Véase*: Racial, discriminación.
- Distinción de precedentes, en el caso McLoughlin, 32, 33
- Distinciones: perspectiva externa del derecho contra interna, 23, 24; doctrina de precedente estricto contra moderado, 30-32; usos normales del derecho contra usos dudosos, 40; casos dudosos contra casos fundamentales, 41-42 (*véase también* el problema del caso fácil); interpretación de la práctica contra los actos o pensamientos de los participantes, 56; significado contra extensión, 61; concepto contra concepción, 61-62; justificación contra contenido de los derechos, 85; derechos débiles contra la falta de derechos (en un sistema perverso), 85-86; fundamentos del derecho contra la fuerza del derecho, 87; extensión explícita de la convención contra implícita, 96; convencionalismo estricto contra convencionalismo moderado, 96-97; convención contra consenso (acuerdo en la convicción), 104, 110-111; argumentos sobre contra argumen-

- tos dentro de las reglas, 105-106; paradigmas contra convenciones, 106; comunidad "mera" contra "verdadera", 148; competencia contra contradicción en principio, 192-193; elaboración práctica de la teoría moral contra la elaboración académica, 204; derechos contra estrategia colectiva, 209, 268; uso contra asignación de la propiedad, 214; lenguaje claro contra confuso, 247-248; integridad inclusiva contra integridad pura, 284-285
- Diversificadas, leyes: como compromiso político, 133-137; y personificación de estado, 139; e integridad, 159-160
- División de costos, principio de, 193
- Divisionismo del derecho, 181-183
- Dominación paternal: como ejemplo de integridad, 149, 150, 151; y la protección equitativa, 282
- Dred Scott, y el pasivismo, el caso de, 263
- EARI. (juez), 27-28, 29, 38, 40, 43, 101
- Económica sobre daños no intencionales, teoría, 198-200; y regla de la persona razonable, 200-202; y negligencia contribuyente, 202; adaptación de, 203-204; e incremento máximo de la riqueza, 205-206; y el utilitarismo, 206-210
- Económico del derecho, enfoque, 195
- Elección: obligación comunal a partir de la, 146, 148-149; en comunidades políticas, 152; y responsabilidad pública, 212-213
- ELIOT, T. S., 293 n. 11
- Elmer, el caso, 25-28; y el principio de que nadie debería beneficiarse por el mal causado por uno mismo, 27; y el caso del *snail darter*, 29; y la interpretación del derecho natural, 38; y el positivismo legal, 39; y la interpretación del derecho, 72; y la etapa posinterpretativa, 81; y el convencionalismo, 90, 95, 96, 97, 101; y el pragmatismo legal, 119. Véase también: Estatuto de testamentos.
- ELY, John Hart, 309 nn. 5, 11, 310 n. 15
- Emocionales, daños: y el caso McLoughlin, 30, 32, 174-180, 186 (véase también: McLoughlin, caso); y el convencionalismo, 91-92
- Enmienda, 20; y positivismo, 39-41
- Equidad, 123-124; y convencionalismo, 107-109; e integridad, 125, 189, 284; y justicia, 133; en conflicto con otras virtudes, 133, 140, 284; y leyes "diversificadas", 133, 134, 135, 136, 137; y la protección equitativa, 135; desde el punto de vista pragmático, 139; y en una comunidad de principio, 156; en el derecho como integridad, 164, 175, 184-185; en el tratamiento de Hércules del caso McLoughlin, 175, 180, 186; y la interpretación estatutaria, 227, 239, 240, 241, 242, 245, 247; y la historia legislativa, 241-242, 257, 258; y el historicismo, 254; y el pasivismo, 264, 265-266; contra la mayoría transitoria, 265; y el activismo, 266; y la teoría de clasificación de la justicia racial, 272; y la integridad pura, 285
- ERDLICH, G., 299 n. 5
- Escepticismo: e interpretación, 64-71, 172, 296 n. 27; interno y externo, 65-70, 191-192 (véase también: Escepticismo externo; Escepticismo interno); sobre la moralidad, 67, 70, 296 n. 27; hacia el derecho, 66-67, 70-71, 192; el pragmatismo legal como, 77, 121; hacia la institución asociativa, 150-151; hacia el derecho como integridad, 166, 188, 191-194; sobre la novela en cadena, 167-168, 171-172; en los estudios legales críticos, 194-196; argumento interpretativo contra histórico en las, 195; y el pasivismo, 262-263; sobre casos difíciles, 289; y el liberalismo, 304 n. 19
- Escepticismo externo, 65-70, 191-192, 195, 263, 289, 297 n. 27.
- Escepticismo interno, 65-71; sobre la novela en cadena, 167-168; hacia el derecho como integridad, 191-194; en los estudios legales críticos, 195-196; en el Pasivismo, 263; sobre moralidad, 296 n. 27. Véase también: Escepticismo.
- Esclavitud, la, y la integridad política, 137
- Especies en peligro, acta de las, 28; historia legislativa de, 29, 245; y las intenciones sobre la construcción de diques, 30; como un ejemplo de interpretación, 223, 224, 228-229, 230

232, 233, 240, 241, 246, 248-249. *Véase también: Snail darter*, caso del.

Estabilidad como historicismo racional, 258-260

Estado de la naturaleza y legitimidad, 144

Estado, personificación del, 126-131, 139

Estatutaria, interpretación. *Véase: Interpretación de estatutos.*

Estatuto: como documento contra ley, 25-26; "diversificado", 133-137, 138, 139, 157, 159; y la comunidad de principio, 157; la Constitución como, 267. *Véase: Interpretación de estatutos.*

Estatuto de testamentos, 25, 26, 95, 102, 226, 245, 248

EWALD, William, 300 n. 2

Expectativas. *Véase: Previsibilidad; Protegidas, expectativas.*

Explícita, extensión de la convención, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 108-109

Extensión y significado, 61

FAIRMAN, Charles, 292 n. 28

Familiares, relaciones, y la igualdad, 149, 151, 282

Fascismo, el, fuera del derecho actual, 286

Federal, sistema: integridad política en el, 138; y el poder de la Corte Suprema, 252; certeza contra sustancia de la distribución en el, 260; mandato de igualdad en el, 268-269, 283

FEINBERG, Joel, 300 n. 10

Felicidad en el utilitarismo, 206-210

FELLINI, Federico, intenciones de, 51-52

FESSLER, D., 303 n. 9

Filosofía del derecho. *Véase: Jurisprudencia.*

FINNIS, John, 292 n. 32

FISH, Stanley, 294 n. 16, 295 n. 23

FISS, Owen, 310 n. 22

FRANK, Jerome, 291 n. 6

FRANKFURTER, Félix, 253

Fraternales, asociaciones, 148. *Véase también: Asociativas, obligaciones.*

Fuerza del derecho: y fundamentos del derecho, 87-88; y concepciones del derecho, 88; y desobediencia civil, 89; contra la integridad en la adjudicación, 159-160. *Véase también: Legitimidad.*

Fugitivo, ley del esclavo, 88, 160

Fundamentos del derecho, 17, 22; verdad y falsedad de, 17, 18; perspectiva del hecho evidente de, 19-22; y las teorías semánticas, 35-43; criterios compartidos por, 43; y la fuerza del derecho, 87-88, 160; y las concepciones del derecho, 88-89; y la desobediencia civil, 89; en el derecho como integridad, 164, 188

GADAMER, H. G., 51, 55, 292 n. 2

GAIVSON, Ruth, 292 n. 29

GOODMAN, Nelson, 307 n. 5

GORDON, Robert, 294 n. 15, 303 n. 18

GRAY (juez), 26-27, 28, 29, 38, 39-40, 41, 43, 101

GRAY, J. C., 297 n. 2

GREY, Thomas, 293 n. 6, 309 n. 5

Grupal, conciencia, 56, 294 n. 15

HABERMAS, Jürgen, 292 n. 2, 293 n. 14

"Hacer" la ley: contra el desacuerdo teórico, 16; y el convencionalismo, 92, 93, 98, 101-102, 108; y el derecho como integridad, 93-94; coherencia con el pasado en el hecho de, 102; *Véase también: Lagunas en el derecho; casos difíciles.*

HAND, Learned, 15

HARE, R. M., 306 n. 11

HARR, C., 303 n. 9

HART, H. L. A., 37, 87, 298 n. 2

HAYEK, F., 300 n. 13

Hechos, cuestiones de, 16, 22

HEGEL, G. W. F., 24

Hermes, interpretación estatutaria por, 225-238, 255

Hércules, 173, 198, 267-268, 288; en el caso McLoughlin, 174-180, 186-187, 192-194; y la prioridad local, 181, 182-183; y la división, 181-182; aplicado a las convicciones personales, 186-187; como un fraude, 187-189, 191; como arrogante, 189-190; como un mito, 190; suposición no contradictoria de, 192; y los estudios legales críticos, 195, 196-197; interpretación estatutaria de, 223-224, 225, 234, 238-241, 242, 245, 245-249, 256, 267; y los casos difíciles contra los fáciles, 249; interpretación constitucional de, 267-275, 276-277, 278-280; como tirano, 280; y el derecho puro,

- 281; restricciones en, 281-282; desacuerdo con, 289
- Hipótesis de predicción; la opinión de los jueces como,** 38-39
- Historia; y la práctica legal,** 22-24; de la justicia, 62-63; del desarrollo del derecho, 73-74, 105, 119, 287; y el derecho como integridad, 165-166; en los estudios legales críticos, 195; legislativa, 224, 241-245, 247, 273, 284. *Véase también:* Coherencia con el pasado.
- Historicismo en la adjudicación constitucional,** 254-258; y la estabilidad, 258-260; y la acción afirmativa, 277-278
- HOLMES, Oliver Wendell,** 24
- HUTCHINSON, Allan,** 305 n. 20, 308 n. 13
- Ideales políticos. Véase:** Virtudes políticas.
- Identidad institucional,** 59-60
- Igual protección; y la educación segregada,** 34, 252, 255, 256; y los autores de la Decimocuarta Enmienda, 34, 256; y la integridad política, 138; y el rol de la Corte Suprema, 252; interpretación histórica de, 254-255; requerida por los Estados, 268-269, 283; el enfoque de Hércules con respecto a, 268-276, 282; y la acción afirmativa, 277-278
- Igualdad; y las relaciones familiares,** 150-151, 282; y la incrementación de la riqueza, 208-210; concepciones de, 211-213; de recursos, 212, 213, 214-219, 221-222, 283, 286; y la responsabilidad privada contra la pública, 213-214; escepticismo sobre, 262-263. *Véase también:* Igualitario, principio.
- Igualitario, principio; y la integridad,** 162; y el gobierno, 210; y la igualdad racial, 268; y los derechos constitucionales, 268. *Véase también:* Igualdad.
- Inclusiva, integridad,** 284, 285, 288
- Inmunidad de los abogados como ejemplo de integridad,** 160-161, 282
- Integridad personal,** 125
- Integridad política,** 124-125; como una clara virtud política, 125, 132-133, 137, 140, 188-189, 288; y los derechos legales, 125; eficiencia de, 125, 140-141; en la legislación y la adjudicación, 125, 132, 159-160; y coherencia, 125, 160-163; y la personificación de la comunidad, 125-131, 139; en conflicto con otras virtudes, 132-133, 140; y las leyes "diversificadas", 133-137, 138, 159; y la Constitución norteamericana, 137-139; y la comunidad, 140-141; y la legitimidad, 142, 143; en la comunidad de principio, 155, 156, 157, 158, 189, 284, 285, 288 (*véase también:* Comunidad de principio); soberanía de, 159-160; y las convicciones legislativas, 233, 238; la estabilidad como, 260; y la igualdad de recursos, 283, 286 (*véase también:* Recursos, igualdad de); y el juicio, 288
- Integridad, el derecho como,** 77-78, 158, 164-165, 183-186, 288-289; y el precedente, 92, 174, 281-282; al hacer una nueva ley, 93-94; convencionalismo moderado como, 98-99; y convencionalismo, 103-104, 164, 165, 187, 288; y los derechos legales, 116, 221; como continuación de la interpretación, 165-166, 173; y la historia, 165-166, 195; y la cadena del derecho, 166-173, 223; y Hércules en el caso *McLoughlin*, 173-180, 186, 192-194; prioridad local en, 180-183, 283, 284, 285; y las personas como intérpretes, 182; y las objeciones contra Hércules, 186-191; y los casos fáciles contra difíciles, 190-191; escepticismo hacia la, 191-194; y los estudios legales críticos, 194-197; y la ley sobre accidentes, 215, 220; la interpretación estatutaria bajo, 223, 224, 225 (*véase también:* Interpretación de estatutos); y la interpretación de Hércules de los estatutos, 239-240, 242, 245, 246-247; y el argumento de Marshall, 251-252; en la distinción liberal-conservador, 253; y el historicismo, 254; y el valor de la certeza, 259; y el pasivismo, 261; contra el activismo, 266; y la supervisión judicial, 275; y la teoría de las categorías prohibidas, 277; y el derecho que se purifica a sí mismo, 281; y la supremacía legislativa, 282; y las restricciones sobre la igualdad, 283; inclusiva contra pura, 284-285; y el dere-

cho más puro, 285; y los sueños utópicos, 286-287. *Véase también:* Hércules.

Intención: en la interpretación de conversación, 47; y la interpretación constructiva, 50; y la interpretación social, 50, 53, 55-57; y la interpretación artística, 50-53; y la estructura de interpretación, 53; y el valor estético, 53; declaración contra promesa, 243-244. *Véase también:* Propósito.

Intenciones de los legisladores: y el caso Elmer, 26-27; y el caso del *snail darter*, 28-30; como cuestión, 80-81; cambio de actitud con respecto a, 105-106; desde el punto de vista pragmático, 119-120; perspectiva de Hércules sobre, 223, 224, 225, 246, 247; perspectiva del significado del orador sobre, 224-225, 225-232, 236-238, 246, 247, 248, 255; contra la enmienda o la anulación, 226-227; y las alternativas realistas, 229; y las convicciones, 230, 232-238, 255; y la historia legislativa, 241-245; y el tiempo, 245-247; y la Decimocuarta Enmienda, 255-256, 258, 273, 278; y el historicismo, 254-258, 259, 260; contra el pasivismo, 260

Interpretación, 47; como concepto interpretativo, 47; científica, 47-48; y propósito, 47-49, 51, 52-53, 55-57, 166; de conversación, 48-49, 50, 56-57, 292 n. 2; constructiva, 49, 50, 51, 54, 55, 57, 74, 224, 238, 294 n. 15; y los actos individuales contra las prácticas colectivas, 50-51, 54-55; método de la intención del artista de, 50-55; literaria, 53, 58; etapas de, 57-59; contra la invención, 58; suposiciones o convicciones en, 59; y la identidad institucional, 59-60; y la distinción concepto-concepción, 61 (*véase también:* Concepciones del derecho); y los paradigmas, 62, 75; de la justicia, 62-64, 295 n. 20 (*véase también:* Justicia); escepticismo sobre, 64-71, 172, 296 n. 27; derecho como, 72-73, 74-75, 81-82, 165, 166, 288; adaptación y justificación en la, 107, 167, 168, 173, 184, 185, 288; de la justicia por los ciudadanos, 141, 155; de la

comunidad, 150, 152 (*véase:* Comunidad); de las prácticas políticas, 158; del derecho como integridad, 164-165, 166, 173 (*véase:* Integridad, el derecho como); contra la dicotomía de encontrar e inventar el derecho, 166; como novela en cadena, 166-172; y la dicotomía de la libertad y la restricción, 170; opiniones formales y sustantivas en, 171-172; respeto por el texto en la, 172; y Hércules en el caso McLoughlin, 174-180, 186, 192-194 (*véase:* Hércules); principios competitivos y contradictorios en, 174, 193; adaptándose a las decisiones judiciales contra las opiniones, 178-179, 203-204; prioridad local en, 180-183, 282-283, 284, 285; convicciones políticas en, 186-187

Interpretación de estatutos, 25-26; 223-224; literal, 26, 80-81, 101; intenciones de los legisladores en, 27, 28-30, 223, 224-232 (*véase también:* Intenciones de los legisladores); en el punto de vista convencionalista, 90-91, 95, 100-101; desacuerdo sobre, 95; y la coherencia con el pasado, 102, 103; en la perspectiva pragmática legal, 112, 117; el método de Hércules para la, 223, 225, 234, 238-241, 242, 245, 246-249, 256, 267-268; historia legislativa en la, 224, 241-245; convicciones de los legisladores en la, 230, 232-238; y el tiempo, 245-247; y la "confusión" del lenguaje, 247-249. *Véase también:* Estatuto.

Interpretación de la Constitución: y el caso Brown, 33-35; liberalismo contra conservadorismo en, 252-254; historicismo en, 254-260, 277-278; pasivismo en, 260-266, 278; activismo en, 260, 266, 279; y la práctica legal norteamericana contra la extranjera, 266-267; el enfoque de Hércules con respecto a, 267-276, 277, 278-280; y los derechos individuales, 268-269; y la discriminación racial, 269-275; y los remedios, 274-275; y la acción afirmativa, 276-279. *Véase:* Constitución norteamericana.

Interpretaciones del derecho. *Véase:* Concepciones del derecho; Conven-

- cionalismo; Integridad, el derecho como; Pragmatismo legal.
- Interpretativa, etapa, 58; y la "ley" nazi, 83; "inventar" la ley contra el desacuerdo teórico, 17-18. *Véase también*: "Hacer" la ley.
- Invencción contra interpretación, 58, 59
- JOHNSON, J. W., 299 n. 5
- Jueces: mecánicos, 20, 26; discreción de, 20; en la toma de decisiones intuitivas, 21-22; opinión popular sobre, 22; en la exploración de la práctica legal, 24; y las doctrinas de precedente, 30-32; perspectiva del realismo legal con respecto a los, 38; interpretación por, 72, 287-288; y jurisprudencia, 74; y la fuerza del derecho, 89, 159-160; y el convencionalismo, 91, 92, 93, 97-98, 99, 112, 118-119, 165; y las expectativas protegidas, 100; y la coherencia con el pasado, 102-103; y el pragmatismo legal, 112, 113, 115-119, 120-123, 165; y la integridad política, 126; y la integridad en la adjudicación, 159, 160, 164; y el derecho como integridad, 165-166, 172-173, 176, 177-178, 184-186; como autores y críticos, 166; y Hércules, 173, 189-190 (*véase también*: Hércules); y la declaración explícita de principio, 179; interpretación estatutaria realizada por, 224, 230, 236, 242; liberales contra conservadores, 252-254; y los derechos de la minoría, 264; en los casos de integración en las escuelas, 275; restricciones en, 282-283, 288; cuestiones interpretativas para los, 289.
- Juego limpio: como defensa de la legitimidad, 143-144; y la comunidad de reglamento, 156
- Juicios: significado de los, 15-16; cuestiones planteadas en, 16; bajo el unilateralismo, 109. *Véase también*: Casos; Casos difíciles.
- Jurisprudencia (filosofía del derecho): y el desacuerdo teórico sobre el derecho, 18; escepticismo con respecto a, 70-71; en los argumentos legales, 74; y fundamentos contra fuerza del derecho, 88-89; y los abogados, 267; de integración racial, 275; sueños del derecho de los, 286-287
- Justicia, 123, 124; y derecho, 19, 78-79; y la teoría del derecho natural, 38; como concepto interpretativo, 62-64, 295 n. 20; en el pragmatismo legal, 115, 139; y la integridad, 125, 141, 189, 284; en la conducta personal, 130; equidad como, 133; en conflicto con otras virtudes, 133-134; y las leyes diversificadas, 134-137; y la igual protección, 138; deber de apoyar la, 143; contra las obligaciones comunales, 149-151; en la comunidad de principio, 156-157; en el derecho como integridad, 164, 175-176, 184, 188; en el tratamiento de Hércules del caso McLoughlin, 175, 180, 186; elaboración práctica contra elaboración académica de, 204-205, 207-208; y el deber de incrementar al máximo la riqueza, 205; utilitarista, 206-210 (*véase también*: Utilitarismo); en la interpretación de Hércules de los estatutos, 239; escepticismo sobre, 262-263; y pasivismo, 263-265; en la integridad pura, 284-285
- KANT, Immanuel, y la autolegislación, 140
- KENNEDY, Duncan, 302 n. 26, 303 nn. 16, 18
- KLARE, K., 303 nn. 16, 18
- Korematsu, caso, 265
- KUHN, Thomas, 293 n. 4
- Lagunas en el derecho: y el punto de vista del hecho evidente, 20; y el positivismo, 39-40; y el convencionalismo, 91, 92, 93, 98, 110. *Véase también*: Casos difíciles; "Hacer" la ley.
- LANGEN, P., 299 n. 4
- LEADER, Sheldon, 308 n. 11
- Lealtad al derecho: cuestión de, 16, 18; y el punto de vista del hecho evidente, 19, 20; y el caso del *snail darter*, 30; como obligación política, 153; y el historicismo, 256
- Legal, positivismo. *Véase*: Positivismo legal.
- Legal, práctica: como argumentativa, 23; identificación de la, 74; convencio-

- nes en la, 94-97; y el pragmatismo legal, 119-120; y el derecho como integridad, 164; y el surgimiento de la Corte Suprema, 251-252; restricciones de la, 282-283, 288; no-computabilidad, 289
- Legal, realismo, 38-39, 116, 121-122; contra el derecho como integridad, 166; y los estudios legales críticos, 195
- Legal, teoría: aspectos de la, 22; "externa", 24; fundamentos y fuerza de la, 87. *Véase también:* Teórico, desacuerdo en el derecho; Teoría de la legislación.
- Legales, derechos. *Véase:* Derechos legales.
- Legislación: en las concepciones del derecho, 80; como comunicación, 224, 233, 244. *Véase también:* Estatuto.
- Legislación, interpretación de la. *Véase:* Intenciones de los legisladores; Interpretación de estatutos.
- Legislación prospectiva contra retrospectiva, 118-119
- Legislativa, historia, 223-224; del Acta de las Especies en Peligro, 29, 245; declaraciones oficiales de propósito en, 242-245; y el paso del tiempo, 247; y los derechos de la Decimocuarta Enmienda, 273; y el debido proceso (procesal), 284
- Legislativa, integridad, 125, 132, 159-160. *Véase:* Integridad.
- Legislativa, responsabilidad, 227, 241
- Legislativa, supremacía: como restricción, 281; como equidad, 284; y justicia, 285
- Legitimidad, 141-142; a través del consentimiento tácito, 143; y el deber de ser justo, 143; a través del juego limpio, 143-144; a través de las obligaciones comunales de, 152-153; y la comunidad de principio, 157, 158
- Lenguaje legal, flexibilidad del, 83-84
- LEWIS, David, 299 n. 3, 300 n. 14
- Ley sobre daños no intencionales: teoría económica de la, 198-204, 220 (*Véase también:* Económica sobre daños no intencionales, teoría); y el utilitarismo, 206-210; interpretación igualitaria de, 210-219; y el recurso igualitario, 211, 212, 213, 214-219, 221-222, 283; el argumento antiliberal del, 304 n. 20
- Liberalismo, 212, 213, 215; y el vigor semántico, 62, 64
- Liberalismo: estudios legales críticos sobre el, 196-197, 303 n. 19, 304 n. 20; de los jueces, 252-254; y Hércules, 280.
- Literal, interpretación, 26; como cuestión, 80-81; como criterio del convencionalismo estricto, 100-101
- Literaria, interpretación: la intención del autor en, 53; etapa preinterpretativa en, 58
- Literario, criticismo, función del juez comparada con el, 166-167
- Local, prioridad, en los juicios interpretativos, 180-183, 283, 284, 285
- Lochner, caso, 263, 264, 279
- LUKES, Stephen, 295 n. 21
- LYONS, David, 299 n. 4
- MADISON, James, 301 n. 9
- Marbury contra Madison, 261
- MARSHALL, John, 251-252
- Marxismo: y justicia, 63-64, 295 n. 21; como derecho extranjero, 286
- Mayoritario, sistema: la integridad en el, 124, 133; y el utilitarismo, 207-208; contra los derechos constitucionales, 252; y el pasivismo, 263-266; en el enfoque de Hércules, 279-280; y la equidad, 311 n. 3. *Véase también:* Democracia.
- McLoughlin, caso, 30-33, 40; y la interpretación del derecho natural, 38; y el positivismo legal, 39; y las expectativas protegidas, 93; en el derecho como integridad, 94; y la convención legal, 95; y el convencionalismo moderado, 98; y el convencionalismo estricto, 101; y la coherencia con el pasado, 102-103; bajo el unilateralismo, 108-109; y la sorpresa, 108-109; y el pragmatismo legal, 120, 122; y la integridad, 133; y la integridad contra el pragmatismo, 161; y la cadena del derecho, 172-173; tratamiento de Hércules del, 174-180, 186, 192-194
- MELAMED, A. Douglas, 306 nn. 4, 5
- Mentales de los legisladores, estados, 224, 226, 228-230, 237-238; comuni-

- cación de, 224; y el método de Hércules, 225; contrafácticos, 230-232, 233; y la legislación como comunicación, 245; y el historicismo, 255. *Véase también*: Intenciones de los legisladores
- Mercado, reglas de simulación de, 199; en el deber de incrementar al máximo la riqueza, 205-206; en el utilitarismo, 206-210; y el igualitarismo, 210-211, 214-219
- MILL, James, 301 n. 2
- MILLER, Jonathan, 293 n. 7
- Minusválidas, personas, y la igualdad de recursos, 217, 286
- Moderado, convencionalismo, 97-99
- Moralidad: en el juicio legal, 15; y el punto de vista del hecho evidente en derecho, 19-21; y el precedente del caso McLoughlin, 33, 99; contra la política, 33-34; y la teoría del derecho natural, 38; escepticismo con respecto a, 66-71, 296 n. 27; contra gusto, 68-69; y el derecho, 78-79, 81, 298 n. 5; contra el convencionalismo, 93; en la interpretación de convenciones, 95-96; y el convencionalismo moderado, 98-99; en el pragmatismo legal, 115-116, 121, 139; y la integridad política, 125, 141; de la comunidad personificada, 126-131; y la obligación política, 142; obligaciones asociativas en, 145-149; en la equidad de las decisiones, 180; y el divisionismo del derecho, 181-182; y la decisión de Hércules, 188; elaboración práctica contra académica de, 204, 205, 207-208; y el deber de incrementar al máximo la riqueza, 205-206; utilitarismo 206-210 (*véase*: Utilitarismo); mantenimiento de promesas, 243-244; y la Decimocuarta Enmienda, 258; y liberalismo, 304 n. 19. *Véase*: Política, moralidad. Moral, recordatorio, 217-218
- NAGEL, Thomas, 130, 296 n. 24, 300 n. 12
- Natural, teorías de derecho, 38; y la relación moralidad-derecho, 79; la relación justicia-ley en, 79, 82; y el derecho como integridad, 189; y Hércules, 279
- Nazi, la Alemania: y la regla de reconocimiento, 37; el "derecho" en, 82-86; y la responsabilidad grupal, 129
- Negligencia: contributiva, 202-203; comparativa, 203
- Negligencia, ley sobre: y ley sobre perjuicios, 182-183; interpretación de, 198, 208-209, 222. (*Véase también*: Ley sobre daños no intencionales.)
- NELSON, William, 301 n. 9, 302 n. 10
- NEURATH, Otto, 88, 106
- NIETZSCHE, Friedrich, y los paradigmas de justicia, 64
- Nihilismo en el derecho: temor de los teóricos semánticos, 43; y el derecho como ilusión, 81
- Novela en cadena, 166-168; Scrooge en la, 169-172; novela "real" en, 172; y el derecho, 173
- NOZICK, Robert, 302 nn. 18, 19, 306 n. 14
- OAKLEY, John, 291 n. 13
- Objetividad, 68-69; y la actitud interpretativa, 64-68; y los casos difíciles, 191; y el escepticismo externo, 101. *Véase también*: desacuerdo empírico sobre el derecho; Verdad y falsedad.
- Obligación. *Véase*: Moralidad; Política, moralidad; Política, obligación.
- Obligaciones de la comunidad. *Véase*: Asociativas, obligaciones.
- Octava Enmienda, 251, 252
- Opacidad de las declaraciones y convicciones, 235, 255-256
- Opuesta, discriminación. *Véase*: Afirmativa, acción.
- Paradigmas, 62; de justicia, 64; de derecho, 73, 74, 75; convencionalistas, 94-95; y la actitud interpretativa, 106; y la conservación de las especies como, 241; y los casos fáciles contra los difíciles, 249-250. *Véase también*: Casos fundamentales.
- PARFIT, Derek, 295 n. 19
- Parlamento, el, y la interpretación estatutaria, 243
- Pasivismo en la adjudicación constitucional, 260-266; cuestiones en, 261; y la equidad, 264-266; y la justicia, 263-265; y la acción afirmativa, 278; y Hércules, 279-280

Pensamiento y expresión, 224

Perjuicios, ley sobre: y ley sobre negligencia, 182-183; interpretación de, 198, 209, 222. (*Véase también:* Ley sobre daños no intencionales.)

PERRY, M., 309 n. 5

Personificación de la comunidad o estado e integridad política, 126-131, 139, 164, 210

Plessy contra Ferguson, 34, 93, 264, 267, 272, 273, 280

POLINSKY, M., 306 n. 7

Política: el derecho como, 20-21; de adjudicación, 22, 267-268; y los casos límites, 41

Política, moralidad: cuestiones de, 16-17; y el caso Brown, 34; y el derecho como integridad, 78, 173, 189; y las concepciones del derecho, 81; y el derecho perverso, 84, 86; contra las expectativas protegidas, 92; y las sorpresas, 108; contra la fuerza del derecho, 159-160; y el anuncio de principio explícito, 178-179; y los casos difíciles, 184, 185, 186; y la interpretación, 186, 266, 288; y la interpretación estatutaria, 225, 227; en la interpretación constitucional, 258-259, 263-264; en la política legal utópica, 286-287. *Véase también:* Moralidad.

Política, obligación, 142; y las obligaciones asociativas, 145, 148, 151-152, 158; y la emigración, 152

POPPER, Karl, 293 n. 4

Posinterpretativa, etapa, 58; cuestiones legales en la, 80-82; declaraciones convencionalistas en la, 91, 92; en la interpretación de la Constitución, 253

Positivismo legal, 36-37, 39-43; y la relación justicia-derecho, 79; y el derecho perverso, 82; uso inflexible en, 83; y la naturaleza del derecho contra la fuerza del derecho, 87; y el derecho como autoridad, 297 n. 3; y la democracia, 299 n. 6. *Véase también:* Semánticas, teorías, del derecho.

POSNER, Richard, 306 n. 1, 306 n. 7

POSTEMA, G., 300 n. 13

POWELL, H. J., 310 n. 22

POWELL, Lewis, 29-30

Pragmatismo legal, 77, 115-116, 119-120, 121, 288; y la relación justicia-derecho, 79; y el convencionalismo, 112-114, 119, 121, 122, 190; y la moralidad, 115-116, 121, 139; estrategia de como si de, 116, 117, 120, 121, 122; y los derechos legales, 115-116, 117-118, 119, 121-123; y la legislación presunta, 117-119; y el desarrollo de la cultura legal, 119; y el derecho como integridad, 161, 164, 165, 176, 187, 288; y el divisionismo, 181; activismo como, 266

Preinterpretativa, etapa, 57-58; para la justicia, 64; como contingente y local, 74; para el derecho, 75; y el "derecho" nazi, 82, 83, 84

Precedente: teoría relajada de, 30-32; doctrina estricta de, 30-32, 282; y convergencia de interpretación, 72-73; en la concepción del derecho, 80; y el convencionalismo, 90-91, 95, 96, 101, 102; desacuerdo sobre la interpretación, 95; y la coherencia con el pasado, 102, 103; cambios de doctrina de, 106; en la perspectiva del pragmatismo legal, 112, 117, 120, 122; en el enfoque de Hércules, 174-180, 186, 238-239, 280, 282; como restricción, 281-282; como debido proceso (procesal), 284. *Véase también:* Cadena del derecho.

Previsibilidad: contra flexibilidad, 111-114, 117; a través del divisionismo, 181-182; valor de, 259-260. *Véase también:* Protegidas, expectativas.

Principio: y compromiso, 134-137, 301 n. 7; comunidad de, 155, 156, 157, 284, 285 (*véase también:* Comunidad de principio); en la integridad política, 161-163; contra la política, 161-163, 176, 220-222, 239-240, 268; contradictorio contra competitivo, 174, 192-193, 196; reconocimiento explícito de, 178-179; en la justificación utilitarista, 207. *Véase:* Derechos.

Procesal, debido proceso, 125; en conflicto con otras virtudes, 133, 284; y la integridad en la adjudicación, 159-160; en el derecho como integridad, 164, 175; en la interpretación de Hércules, 239; en la integridad política,

284; y la integridad pura, 285
Prohibidas, categorías, 270, 271, 272,
273, 276, 277

Prohibidas, fuentes, 270, 271, 272-273,
276-277

Promesas: y responsabilidades de los
funcionarios públicos, 130-131; esta-
tutos como, 243-244.

Propiedad: derechos abstractos en la, 20,
214 (*véase también*: Derechos); en
las concepciones de igualdad, 210-
214; y la igualdad de recursos, 212,
213, 285; política contra principio en,
220, 221. *Véase también*: Ley sobre
daños no intencionales.

Propósito: e interpretación, 47-49, 51, 53,
55-57, 166; en la interpretación esta-
tutaria, 80; en la historia legislativa,
242-245; en la Decimocuarta En-
mienda, 258. *Véase también*: Inten-
ción; Sentido.

Propuestas de ley, 16-17; fundamentos de
las, 17, 18, 22 (*véase también*: Funda-
mentos del derecho); verdad o falsed-
ad de las, 17, 36, 241 n. 5; teorías se-
mánticas sobre, 35, 36-43; y la analog-
ía de causalidad, 35; y usos funda-
mentales contra secundarios, 40-43;
y casos fundamentales, 41-43; en el
derecho como integridad, 164

Protegidas, expectativas: como ideal con-
vencionalista, 92, 93, 94, 100-101,
107; y el convencionalismo modera-
do, 99; y la democracia, 197; equidad
de, 107-108; previsibilidad contra fle-
xibilidad, 109-114

Protestante, actitud, con respecto al dere-
cho, 290; y la integridad, 141; y el di-
visionismo, 182

Prueba, casos de. *Véase*: Casos funda-
mentales.

Punto de vista del hecho evidente del de-
recho, 19-22; y los casos citados co-
mo ejemplos, 24, 28, 35; y las teorías
semánticas/positivistas, 35, 36, 39,
40, 41; sobre las opiniones de los jue-
ces, 74; y el dictamen legal de Mar-
shall, 251-252

Pura, integridad, 284-286

QUINE, W. V. O., 293 n. 3, 307 n. 6
Quinta Enmienda, 251

Racial, discriminación: y la obligación
asociativa, 150; el derecho constitu-
cional contra la, 269-272

Racial, segregación, en la educación: y el
derecho "descubierto" contra el "in-
ventado", 18; y el caso Brown, 33-35,
272-273 (*véase también*: Brown, ca-
so); y el transporte escolar, 161; y el
rol de la Corte Suprema, 252; y la in-
terpretación historicista, 254-255,
256; y la equidad, 265; remedios con-
tra, 273-276; y la acción afirmativa,
276-279

Racionalidad, requisito de, de la Consti-
tución, 269, 278

RAWLS, John, 142, 143, 295 n. 17, 301 n.
1, 302 nn. 16, 17, 18, 303 n. 19

RAZ, Joseph, 295 n. 18, 297 n. 1, 297 n. 3

Realismo legal. *Véase*: Legal, realismo.

Recursos, igualdad de, 211-219, 221, 283-
284, 286

Regla de la persona razonable, 201-203,
217-218

Regla de reconocimiento en la teoría de
Hart, 37

"Reglamentación" del derecho, 76

Reglas: coordinación a través de, 110-
111; en la justificación utilitarista,
207. *Véase también*: Convención;
Principio.

Responsabilidad: institucional, 126-128,
140; colectiva, 129, 130-131; de los
funcionarios políticos, 129-131; de
principio, 193; pública contra priva-
da, 210, 213, 220 (*Véase también*: De-
rechos legales); legislativa, 227-228

Riqueza de la comunidad: definición de
la, 198, 205; el deber de incrementar
al máximo la, 205-206; en el utilitaris-
mo, 206-210

ROUSSEAU, Jean Jacques: y la autolegis-
lación, 140

SCARMAN, Lord, 33, 40

Scrooge, interpretación de, 169-172

Segregación. *Véase*: Racial, segregación,
en la educación.

Semánticas, teorías, del derecho, 35-39;
positivismo legal, 36-38, 39-43 (*véa-
se*: Positivismo legal); teorías de de-
recho natural, 38, 79, 82, 189, 279;
realismo legal, 38-39, 116, 122, 166,
195; defensas de, 39-43; usos impor-

- tantes contra secundarios, 40-43; y los casos fundamentales, 41-43; como escape del nihilismo legal, 42-43; y la justicia, 62, 63; el objetivo imposible de las, 74; rivalidad del positivismo-derecho natural en las, 79; y el derecho perverso, 82, 83, 86; uso inflexible de, 83; y el derecho natural contra la fuerza del derecho, 87; y el convencionalismo, 90-91; y la coherencia de principio, 103-104
- Semántico, vigor, 44-45, 59, 60, 62, 72; y el sistema legal, 75; y los paradigmas legales, 75; y el derecho perverso, 83; y la decisión de Hércules, 188; y la adjudicación constitucional, 254
- Sentido: e interpretación, 53; del derecho, 72, 77, 108, 113, 252; de la decisión judicial, 106; de estatutos, 242
- SHAVELL, S., 306 n. 7
- Significado: una actitud interpretativa, 45-46, 47-48; de la práctica contra los individuos, 50-51, 56-57; y extensión, 61
- Significado del derecho, 36. *Véase también:* Semánticas, teorías del derecho.
- Significado del orador, punto de vista del: de la interpretación estatutaria, 224-226; y las cuestiones de origen, 226-227; intención compuesta en, 227-228, 237-239; esperanzas y expectativas en, 228-230; y la convicción de los legisladores, 230, 232-238; momento canónico en, 246, 247; y la confusión, 248; y el historicismo en la Constitución, 255
- Significado fuera de contexto (interpretación), 26, 30, 73, 244-245, 249
- SKINNER, B. F., 24
- Snail darter*, caso del, 28-30; y el positivismo legal, 39; y el convencionalismo estricto, 97, 101; y el convencionalismo moderado, 97-98; como ejemplo de interpretación, 223, 226, 232, 234-238, 239, 241, 245
- Social, ciencia; e interpretación, 50, 56, 59, 293 n. 114. *Véase:* Historia.
- Social, contrato, teoría del, 143
- Social, interpretación, 47, 48, 50, 52, 53, 55-57
- Sociedad. *Véase:* Comunidad.
- Sociología; y la práctica legal, 22-24; en el caso Brown, 34
- SOPER, Philip, 299, n. 4
- STEVENS, John Paul, 309 n. 3
- Suprema, Corte, norteamericana: el poder de, 15-16, 251-252; en el caso del *snail darter*, 29, 101; precedente de, 31; en el caso Brown, 33-35; en la perspectiva convencionalista, 93; en la vaga definición de crímenes, 109; reglamentación del aborto por, 138-139; liberales contra conservadores, 252-254; en la interpretación historicista, 258; en *Marbury contra Madison*, 261; y el pasivismo, 264-265. *Véase también:* Brown, caso; *Snail darter*, caso del.
- SUTHERLAND, A., 299 n. 5
- SWIFT, Jonathan, 300 n. 2
- Teoría: académica contra práctica, 204
- Teoría de la legislación: y la interpretación estatutaria, 26, 30; cambio en, 105
- Teoría igualitaria sobre daños no intencionales, 210-211, 221-222; y responsabilidad pública contra privada, 209-210, 213-214, 220; costo comparativo en, 214-219
- Teorías del derecho. *Véase:* Convencionalismo; Integridad, el derecho como; Realismo legal; Punto de vista del hecho evidente del derecho; Positivismo legal; Pragmatismo legal; Semánticas, teorías, del derecho.
- Teórico, desacuerdo, en el derecho, 17-18, 22; contra "inventar" la ley, 18; y el punto de vista del hecho evidente, 19-22, 35, 39 (*véase:* Punto de vista del hecho evidente del derecho); y el caso *Elmer*, 28; y el caso del *snail darter*, 20-30; y el caso Brown, 34; y las teorías semánticas, 35-42 (*véase también:* Semánticas, teorías, del derecho); y criterios objetivos compartidos, 42-43, 44-45; como interpretativa, 72
- Textual, integridad, de estatutos, 239-240, 242, 245, 246-247
- Tradicional, prácticas: interpretación de la cortesía como, 62-63; y la igualdad, 140, 150-151, 282; y la discrimi-

- nación racial, 269-270, 273-274. *Véase:* Cortesía.
- Transacción, costos de, 199-200, 205
- Transparencia de las declaraciones y convicciones, 235, 256
- Transporte escolar, 161, 275
- TRIBE, Laurence, 301 n. 9, 302 n. 10
- TUSHNET, Mark, 303 n. 19
- Unilateral, convencionalismo (unilateralismo), 108-109, 111, 258
- Utilitarismo, 206-210; y el vigor semántico, 62; y la igualdad, 208-210, 212; y la responsabilidad personal, 220; y la discriminación racial, 269-270; en el derecho purificado, 286
- Utopía: filosofía política como, 123; en la política legal, 286-287
- Valores: y la actitud interpretativa, 45; en la interpretación constructiva, 49; y la interpretación artística, 51, 52; del arte, 53-55; de la integridad, 140; de la certeza, 259-260
- Verdad y falsedad: de los fundamentos del derecho, 17, 18; de las propuestas de ley, 17-18, 291 n. 5. *Véase también:* Desacuerdo empírico sobre el derecho; Objetividad.
- Verstehen*, 292 n. 2
- Virtudes políticas, 123-124; conflictos entre las, 92, 140, 284. *Véase también:* Equidad; Integridad; Justicia; Debito proceso.
- WAKEFIELD, John, 308 n. 13
- WALDRON, Jeremy, 302 n. 14
- WALZER, Michael, 295 n. 20
- WARREN, Earl, 34, 254
- Wealth, test de, 198-200; y la regla de la persona razonable, 200-202; y la negligencia contributiva, 202-203; adaptación del, 203-204
- WILLIAMS, Bernard, 296 n. 24
- WITTGENSTEIN, Ludwig: y la forma de vida, 56; analogía de la cuerda de, 60; sobre la comunicación del pensamiento, 224