

RONALD DWORKIN

LOS DERECHOS EN SERIO

ARIEL DERECHO

LOS DERECHOS EN SERIO

ARIEL DERECHO

RONALD DWORKIN

LOS DERECHOS
EN SERIO

EDITORIAL ARIEL, S. A.
BARCELONA

Título original:
Taking Rights Seriously
Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres

Traducción de
MARTA GUASTAVINO

1.ª edición: septiembre 1984
2.ª edición: diciembre 1989

© 1977: Ronald Dworkin

Derechos exclusivos de edición en castellano
reservados para todo el mundo
y propiedad de la traducción:

© 1984 y 1989: Editorial Ariel, S. A.
Córcega, 270 - 08008 Barcelona

ISBN: 84-344-1508-9

Depósito legal: B. 40.392 - 1989

Impreso en España

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ENSAYO SOBRE DWORKIN

Ronald Dworkin es actualmente el sucesor de Hart en su cátedra de la Universidad de Oxford y uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona. El libro que se presenta a los lectores de habla castellana está formado por un conjunto de artículos escritos en la última década.

Crítico implacable y puntilloso de las escuelas positivistas y utilitaristas, Dworkin —basándose en la filosofía de Rawls y en los principios del liberalismo individualista— pretende construir una teoría general del derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico. En este sentido Dworkin es el *antiBentham* en tanto considera que una teoría general del derecho no debe separar la ciencia descriptiva del derecho de la política jurídica. Por otra parte —y también frente a Bentham que consideraba que la idea de los derechos naturales era un disparate en zancos— propone una teoría basada en los derechos individuales, lo cual significa que sin derechos individuales no existe «el Derecho».

La obra de Dworkin ha originado una polémica muy importante que ha trascendido más allá de los círculos académicos. Las tesis de Dworkin han tenido más detractores que seguidores. Un lector imparcial se encontrará con la paradoja de que sus críticos le hayan dedicado tanta atención y, sin embargo —si se atiende al contenido de sus críticas—, sostengan que no merece la pena tomárselo en serio.¹ Es muy posible que la paradoja sea más aparente que real porque la filosofía jurídica de Dworkin constituye un punto de partida interesante para la crítica del positivismo jurídico y de la filosofía utilitarista. Por otra parte pretende fundamentar la filosofía política liberal sobre unas bases más sólidas, progresistas e igualitarias. Todo ello explica el impacto de su obra en el marco de la filosofía jurídica actual.

En Europa continental la obra de Dworkin no es muy conocida. Recientemente se ha traducido al italiano este mismo libro y algunos autores le han dedicado atención. Una de

las razones por las cuales las tesis de Dworkin no han merecido atención aquí se debe a que el autor americano ha prescindido de los desarrollos de la filosofía jurídica europea continental. Genaro Carrió —uno de sus críticos más relevantes de habla castellana— se sorprende de que en la obra de Dworkin (que constituye un importante ataque al positivismo) no merezcan atención los autores más representativos de las doctrinas positivistas de nuestros tiempos como Bobbio o Ross.² Posiblemente esta falta de atención hacia las escuelas europeas haya reducido el ámbito de influencia de las teorías de Dworkin. Muchos autores —que lo citan— se limitan a etiquetarle de «apologeta del sistema americano» o de «neoiusnaturalista»³ para evitar un enfrentamiento directo con la *incomodidad* que producen sus tesis. Y, ciertamente, es un autor incómodo porque pone en cuestión los presupuestos del positivismo jurídico, de la filosofía política utilitarista y, además, rescata la filosofía liberal del conservadurismo

LAS TESIS SOBRE EL POSITIVISMO

Ronald Dworkin es un autor que rechaza explícitamente las doctrinas positivistas y realistas que han dominado el pensamiento jurídico en los últimos tiempos. Y precisamente rechaza el positivismo desde la *perspectiva metodológica*, única vía que permitía unificar la diversidad de escuelas positivistas.⁴ Una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos —como hacía el viejo iusnaturalismo— es una *doctrina peligrosa*. Y es peligrosa porque Dworkin demuestra que en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre el derecho y la moral no es tan clara como sostienen los positivistas. Acudir al derecho que se aplica y obedece para demostrar que la moral interviene en el derecho, es muy peligroso para la doctrina positivista porque pone de manifiesto la debilidad de su enfoque. La crítica del presupuesto de la distinción rígida entre el derecho y la moral es el objetivo fundamental de su «ataque al positivismo». Dworkin toma como punto de referencia la teoría de Hart porque considera que es la versión más depurada del positivismo jurídico.

Normas, directrices y principios

El «ataque al positivismo» se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios. Según Dworkin el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en *toto* o no aplicarse. El modelo positivista es estrictamente normativo porque sólo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y los principios. El concepto de una norma clave —como la regla de reconocimiento— permite identificar las normas mediante un test que él denomina *el test de su pedigree o de su origen*.^{*} Dworkin considera que el test de pedigree es un test adecuado si se afirma —con el positivismo— que el derecho es un conjunto de normas. Pero precisamente pretende demostrar que esa visión del derecho es unilateral. Junto a las normas, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa.

El criterio de la identificación de los principios y de las directrices no puede ser el test de origen. Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (*fairness*). Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios *dan razones para decidir* en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio —*su peso específico*— es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada.

Los principios —además— informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante. Para dar fuerza a su argumento Dworkin da una serie de ejemplos de pro-

* Las doctrinas positivistas más desarrolladas han utilizado como criterio de identificación del sistema jurídico una norma clave. Tal es el caso de la norma fundamental de Ke'sen o la regla de reconocimiento de Hart. La regla de reconocimiento de Hart consiste en una práctica social que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones son válidas. Cada sistema normativo tiene su propia regla de reconocimiento y su contenido varía y es una cuestión empírica. Hay sistemas normativos que reconocen como fuente del derecho un libro sagrado, o la ley, o las costumbres, o varias fuentes a la vez. La regla de reconocimiento es el criterio que utiliza Hart para identificar un sistema jurídico y fundamenta la validez de todas las normas derivadas de ella.

blemas difíciles resueltos por la Corte Constitucional americana y demuestra el papel que de hecho juegan los principios.⁵

Los positivistas —ante la crítica de Dworkin— han reaccionado de modos muy diversos. Algunos, como Carrió,⁶ han sostenido que el ataque de Dworkin al positivismo es más aparente que real y que se mueve todavía en el ámbito del positivismo. Otros han señalado que una modificación de la regla de reconocimiento sería suficiente para invalidar la crítica. Mientras que desde otras perspectivas se ha afirmado que Dworkin representa un nuevo renacimiento del iusnaturalismo.

La regla de reconocimiento

La distinción entre normas y principios es el instrumento que se utiliza para rechazar la regla de reconocimiento como criterio para la identificación del derecho. Genaro Carrió sostiene que esta crítica no da en el blanco porque la regla de reconocimiento no sólo permite identificar normas sino también principios. Carrió pone el siguiente ejemplo: «Imaginemos un país que carece de Constitución escrita. Imaginemos además que en aquella comunidad los jueces y funcionarios rechazan sistemáticamente como normas válidas ... las que son contrarias a los preceptos del Corán. Este criterio no haría referencia exclusivamente al modo de origen o pedigree de la norma porque tendría en cuenta el contenido».⁷

Otros autores —más cercanos a Dworkin—, como Sartorius en *Individual Conduct and Social Norms*, mantienen la tesis de que «es posible encontrar un criterio complejo por medio del cual se puede determinar que ciertos principios y directrices forman parte del derecho de la misma forma que las normas y los precedentes judiciales».⁸ Este objetivo se puede conseguir ampliando un poco el contenido de la regla de reconocimiento.

Estos autores tratan de integrar la distinción entre normas y principios en la tradición positivista mediante una modificación de la regla de reconocimiento.

Una postura distinta mantiene Raz. Este autor —discípulo de Hart— ha puesto de manifiesto las debilidades de la regla de reconocimiento como criterio de identificación del sistema jurídico. Pero, de la insuficiencia de la regla de reconocimiento no se puede inferir —como hace Dworkin— la

imposibilidad de encontrar un criterio que permita identificar el derecho.⁹

El neiusnaturalismo de Dworkin

La reacción positivista no se ha limitado a la mera modificación de la regla de reconocimiento (Carrió o Sartorius) o a la búsqueda de criterios distintos (Raz) para la identificación del derecho. Algunos autores han interpretado la obra de Dworkin como una nueva versión del iusnaturalismo. Richards sostiene que «la interpretación del razonamiento judicial ha sido utilizada por Dworkin para defender una forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart. El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo —la separación entre el derecho y la moral— es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral. Para Dworkin una interpretación teórica aceptable del razonamiento jurídico requiere «la verdad del iusnaturalismo».¹⁰

Sin embargo, Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables. La teoría del autor americano no es una *caja de caudales trascendental* que permite solucionar todos los problemas y que fundamenta la validez y la justicia del derecho. Dworkin rechaza el modelo de razonamiento típico del naturalismo —que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir. El autor americano intenta construir una tercera vía —entre el iusnaturalismo y el positivismo— fundamentada en el *modelo re-constructivo* de Rawls.¹¹ Se parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. Las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. Esta tarea recons-

tructivo-racional del pensamiento moral no es exclusiva de éste, ya que Dworkin la extiende al pensamiento jurídico. Por eso se puede afirmar con Neil MacCormick¹² que el propósito de Dworkin es reinstaurar la relación íntima entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico que desde Bentham y Austin se habían separado radicalmente y desde entonces ha constituido el auténtico hilo conductor de las doctrinas positivistas.

Pero la relevancia de su tesis no se encuentra en este nivel de restauración de la relación entre el derecho y la moral. Con su poderoso aparato analítico rechaza el iusnaturalismo prebenthamiano y pone en cuestión muchas de las tesis que han sostenido los positivistas. Dworkin ha descrito el sistema y el funcionamiento Constitucional de Estados Unidos (su teoría no es conceptual sino descriptiva como observa Soper¹³) y ha puesto de manifiesto la fusión entre los principios morales y jurídicos. Con esta descripción ha pretendido demostrar que el modelo positivista es incapaz de describir correctamente el derecho. Sobre este punto Carrió ha señalado que «la descripción de Dworkin de las actitudes de los jueces americanos es correcta pero no puede ser invocada como contraejemplo del positivismo... La Constitución americana ha incorporado algunos *standards* morales como criterios de validez jurídica y los jueces americanos aplican estos *standards* como criterios últimos de validez. A causa de esta circunstancia, la conexión existente en aquel país entre el derecho y la moral, aunque sea importante y estrecha, no es una conexión necesaria o conceptual sino fáctica».¹⁴

En resumen, la crítica al presupuesto de la separación absoluta entre el derecho y la moral, le conduce a la construcción de una teoría del derecho en la cual la moral y la política ocupan un lugar relevante. Dworkin se ha preocupado de analizar las relaciones entre el derecho y la moral. No ha desgajado ambas parcelas como lo habían hecho los metodólogos de la pureza.

Pero eso no lo hace en nombre del irracionalismo o de un nuevo iusnaturalismo ontológico prebenthamiano. La tercera vía —frente al iusnaturalismo y el positivismo— que pretende abrir el autor americano tiene su propio aparato analítico: el modelo de la reconstrucción racional aplicado al conocimiento —y a la crítica— del derecho.

LA FUNCIÓN JUDICIAL

Según Dworkin el modelo positivista hartiano es incapaz de dar cuenta de la complejidad del derecho. Para poner a prueba las tesis positivistas plantea el problema de la función judicial. En la tradición positivista más desarrollada (el caso de Hart en su obra *The Concept of Law*) se mantiene la tesis de la discreción judicial. En caso de que no exista una norma exactamente aplicable el juez debe decidir discrecionalmente. El derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean. El positivismo hartiano sostiene que en los *casos difíciles* no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado carácter discrecional. Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta.

Los casos difíciles

El análisis de los casos difíciles y la incerteza del derecho que supone es la estrategia elegida por el autor americano para criticar el modelo de la función judicial positivista. Un caso es difícil si existe incerteza, sea porque existe varias normas que determinan sentencias distintas —porque las normas son contradictorias—, sea porque no existe norma exactamente aplicable.

Dworkin sostiene que los casos difíciles tienen respuesta correcta. Los casos insolubles son extraordinarios en derechos mínimamente evolucionados. Es evidente que puede haber situaciones a las que no pueda aplicarse ninguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables *los principios*. Dworkin señala que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial.

El autor americano reconstruye casos resueltos por la jurisprudencia y muestra que su teoría justifica y explica mejor los casos difíciles que la teoría de la discreción judicial. Cuando nos encontramos frente a un caso difícil no es una buena solución dejar libertad al juez. Y no es una buena solución porque el juez no está legitimado ni para dictar nor-

mas ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva si es que nos tomamos la democracia —y su sistema de legitimación— en serio. Al juez se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión. Y ésta debe ser consistente con la teoría.

Los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios. Pero como no hay una jerarquía preestablecida de principios es posible que éstos puedan fundamentar decisiones distintas. Dworkin sostiene que los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. El *reconstruccionismo* conduce a la búsqueda incesante de criterios objetivos.

Dworkin propone un modelo de juez omnisciente —el célebre Hércules— que es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos los problemas. Para ello recurre a la construcción de una teoría coherente. Pero es posible que se construyan teorías que justifiquen respuestas distintas. En ese caso, Dworkin recomienda acoger la teoría que justifique y explique mejor el derecho histórico y el derecho vigente.

Pero aquí se encuentran nuevas dificultades. ¿Cómo se va a saber si la teoría A es mejor que la teoría B? ¿Acaso no se necesitaría un criterio de evaluación de teorías que permitiera decidir entre ellas? ¿No se tendrá la tentación de absolutizar la propia teoría y considerarla como la «mejor»? Sobre este punto Dworkin no ofrece respuesta.

Por otra parte, como ha señalado MacCormick, el modelo constructivo del razonamiento se transforma en el modelo natural.¹⁵ Este Hércules ¿acaso no ejerce un papel semejante a Dios o a la Razón en la reflexión iusnaturalista? Es posible que la tesis de la respuesta correcta exija un criterio absoluto de evaluación de las teorías, y al absolutizar un criterio la tesis de la respuesta correcta no surge de la utilización del modelo de reconstrucción sino de una hipotética ordenación valorativa absoluta. Por eso muchos autores han considerado la filosofía jurídica de Dworkin como una inteligente restauración del viejo iusnaturalismo.

El núcleo más importante de la crítica al modelo de la función judicial positivista está centrado en el tema de los

casos difíciles. Dworkin sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) cualquier norma se fundamenta en un principio; B) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho. Los principios no son pseudorreglas. En el análisis de los principios aparece con claridad meridiana la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico.¹⁶

Pero el rechazo de la discrecionalidad del juez tiene también motivos políticos. Si se admite la discreción judicial entonces los derechos de los individuos están a merced de los jueces. La tesis de la discrecionalidad supone retroactividad. Los derechos individuales sólo son derechos si triunfan frente al gobierno o la mayoría. Dejar a la discrecionalidad del juez la cuestión de los derechos significa no tomarse en serio los derechos. Frente al poder político del juez —poder creador de derecho discrecional— Dworkin propugna la función garantizadora —no creadora— del juez.

La crítica al positivismo y al realismo tiene el mérito de haber abierto una vía de análisis y crítica, pero corre el riesgo propio de todo aquel que se enfrenta a doctrinas bien establecidas. La distinción lógica entre normas y principios, el modelo de reconstrucción (heredado de Rawls), la fusión entre moral y derecho (heredada de Fuller) y la tesis de la respuesta correcta son las principales herramientas de crítica al positivismo.

La incerteza y la función de la teoría

Una de las claves del éxito de la obra del autor americano se encuentra en su preocupación por el tema de la *certeza* del derecho. Su teoría tiene la originalidad de enfocar el análisis del derecho desde la perspectiva de los casos difíciles y de las incertezas que producen. Los casos difíciles plantean problemas que la teoría debe resolver. Este planteamiento le proporciona una dimensión práctica y funcional muy importante. La teoría sirve —efectivamente— para la reducción de la incertidumbre.

El expediente positivista ante el caso difícil es abandonar el problema a la irracionalidad y al sentimiento subjetivo del juez. Dworkin mantiene la tesis de la «búsqueda de la racio-

nalidad». Por muy criticable que sea la tesis de la respuesta correcta, y por mucho que consideremos que la incerteza es «particularmente difícil de destruir en cualquier teoría jurídica»¹⁷ se debe reconocer el mérito a autores como Dworkin o Sartorius de haber buscado la reducción de la irracionalidad. Estos autores han puesto de manifiesto el alto precio que se paga si se concede al juez la discrecionalidad. Los positivistas pagan ese precio sin darse cuenta de que están aceptando leyes retroactivas.¹⁸

Profundamente relacionado con el problema de la certeza se encuentra la idea de Dworkin acerca de la función de la teoría. Según el autor americano la teoría del derecho tiene la función de reducir la incerteza del derecho. La mejor teoría de Hércules no sólo tiene funciones descriptivas sino que sirve para solucionar casos difíciles. Dworkin considera que toda teoría jurídica debe tener un aspecto descriptivo y otro aspecto prescriptivo. La teoría no sólo sirve para conocer el derecho vigente sino que también es un auxiliar indispensable para el juez. Dworkin destruye el supuesto metodológico positivista de la separación absoluta entre la descripción y la prescripción. En un caso difícil la teoría sirve para que el juez decida con fundamento racional. La teoría es el fundamento de la validez de la tesis de la respuesta correcta. Sin una teoría del derecho no es posible solucionar los casos difíciles. El juez al utilizar la teoría como criterio para la resolución de los conflictos sociales aplica el derecho. La teoría no sólo describe sino que forma parte del derecho.

Es posible que los juristas educados en la tradición positivista se rasguen las vestiduras ante tamaña blasfemia, pero, tal como lo enfoca Dworkin sus tesis exigen respuestas. ¿No es posible demostrar que las *teorías jurídicas* se utilizan para resolver casos difíciles?

LA TESIS DE LOS DERECHOS

La filosofía jurídica de Dworkin está fundamentada en los derechos individuales. Ello significa que los derechos individuales —y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto— son *triumfos* frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho.

La filosofía política de Dworkin es antiutilitarista e individualista. En la base de las teorías utilitaristas se encuen-

tran fines colectivos a los cuales se deben subordinar los derechos individuales. Bentham —desde su específica perspectiva utilitarista— afirmó que la idea de unos derechos naturales individuales era un disparate en zancos. Dworkin rechaza el utilitarismo porque no se toma en serio los derechos y se alinea en esa dirección de pensamiento que opone al utilitarismo una auténtica teoría de los derechos. El planteamiento de Dworkin es cercano al pensamiento de Stuart Hampshire. Este autor en un libro reciente¹⁹ ha sostenido que durante décadas el utilitarismo ha sido una doctrina progresiva que ha facilitado y promovido la sociedad del bienestar, pero en los últimos tiempos se ha convertido en un serio obstáculo para el progreso moral. Dworkin sostiene que los objetivos sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos. Una verdadera teoría de los derechos debe dar prioridad a los derechos frente a los objetivos sociales.

Ahora bien, ¿cómo entiende los derechos? Los positivistas consideran que los únicos derechos existentes son los reconocidos por el sistema jurídico. Frente al positivismo Dworkin mantiene que junto a los derechos legales existen derechos morales. Los derechos jurídicos y los derechos morales no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. En caso de conflicto entre derechos morales y jurídicos éstos no triunfan necesariamente sobre aquéllos. Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda por apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir. Según Dworkin el problema de los derechos no se resuelve mediante el mero reconocimiento legal porque el umbral entre derechos morales y jurídicos es difuso.

La garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. El derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno.

Un ejemplo servirá para explicar la concepción de los derechos como triunfos frente a la mayoría. Imaginemos que cuatro personas deciden asociarse para practicar deporte. Crean una sociedad y en sus estatutos estipulan que las decisiones se tomarán por el acuerdo de la mayoría. Una vez constituida la sociedad se decide por unanimidad la construcción de una pista de tenis. Una vez construida la pista, los socios deciden por mayoría que una de las personas aso-

ciadas —que es de raza negra— no puede jugar porque no quieren negros en la pista. ¿Acaso la ley de la mayoría es una ley justa? Si eso se puede hacer, ¿qué sentido tiene el derecho a la igual consideración y respeto?

Una teoría que se tome en serio los derechos no considerará válido este acuerdo porque la persona discriminada tiene un derecho individual que puede triunfar frente a la mayoría. El derecho a no ser discriminado adquiere relevancia frente a los bienes colectivos y sólo es un auténtico *derecho* si puede vencer a la mayoría.

El esquema que utiliza Dworkin para explicar la tesis de los derechos está centrado en el análisis de las controversias judiciales. Se podría sintetizar del siguiente modo: A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quién corresponde vencer; C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable; D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho; E) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan; F) El juez —al fundamentar su decisión en un principio preexistente— no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo.

Este esquema ha sido objeto de numerosas críticas. En primer lugar, para que el esquema funcione es preciso especificar cuáles son los principios aplicables y ésa no es una tarea fácil, pues como ya afirmó Dickinson «los más amplios y fundamentales principios del derecho casi nunca se pueden aplicar directamente como criterios de decisión en las controversias. Por una parte, el principio es demasiado general —por ejemplo, el respeto al derecho de propiedad... y puede ser sostenido por las dos partes en el conflicto... Por otra parte si el principio es más restringido, quizá puede expresar y defender el interés de una parte y entonces puede colisionar con otro principio igualmente válido que defiende el interés de la otra parte».²⁰

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que —como afirma Hart— «la decisión judicial, especialmente en temas de importancia constitucional, implica la elección entre valores morales y no meramente la aplicación de un solo principio moral; por tanto es una locura pensar que donde el sentido del derecho es dudoso la moralidad siempre puede dar respuesta».²¹

En tercer lugar, la mayoría de las constituciones de los países desarrollados —como, por ejemplo, Alemania, Francia, Italia— son sociedades pluralistas. Sus constituciones son fruto de compromisos entre ideologías políticas distintas y por tanto un conflicto entre principios es posible y muy frecuente en razón de su pluralismo.

Estas objeciones son serias. Dworkin reconoce que los conflictos entre principios se pueden producir. Pero Dworkin sostiene que cuando existe un conflicto no puede dejarse el tema en manos de la discreción del juez. Éste debe dar el triunfo al principio que tenga mayor fuerza de convicción. La tarea del juez será la justificación racional del principio elegido. Sartorius —en la línea de Dworkin— sugiere un criterio no sustantivo sino meramente formal. La decisión correcta será aquella que satisfaga el máximo de adhesión.²² Y esa adhesión la tendría la teoría del juez omnisciente Hércules.

Dejar las cosas como las deja Hart —dando libertad discrecional al juez— significa no apurar el campo de las decisiones racionales. Dworkin —a pesar de las dificultades— mantiene que la mejor teoría del derecho será capaz de reducir la incerteza y la inseguridad mediante la justificación de criterios objetivos.

La tesis de los derechos ha recibido numerosas críticas. Por ejemplo MacCormick ha señalado que la resolución de un conflicto entre principios no supone la creación de un nuevo derecho ni la aplicación de una norma retroactiva. Simplemente se trata de la *elección entre derechos*.²³ Sería imposible aquí citar las críticas que ha suscitado la tesis de los derechos. Es indudable que Dworkin plantea temas de fundamental importancia para todo aquel que esté interesado en el estudio de los derechos. No hay que olvidar que los temas que trata Dworkin están basados en conflictos que se han presentado ante la Corte Constitucional y que sus análisis pueden ser de gran utilidad a la hora de analizar las decisiones del Tribunal Constitucional.²⁴ En muchas ocasiones se ha afirmado que el Tribunal está subordinado a la Constitución. Los positivistas y realistas —por lo menos algunos de entre ellos— han considerado que esa afirmación no era más que una mentira piadosa, que servía para ocultar el poder político del juez. Posiblemente las tesis de Dworkin pueden contribuir a comprender lo que el hombre de la calle ya sabe: que los jueces no tienen un gran poder político. Los jueces y tribunales no tienen libertad para *inventarse* derechos e interpretaciones. A la doctrina de los tribunales se le

exige coherencia y adhesión y, en realidad, la función creadora de derecho de los jueces es bastante limitada.

MODELOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Dworkin propone un nuevo modelo de la función judicial que contrasta con los modelos tradicionales. En la historia del pensamiento jurídico se encuentran varias concepciones. Entre ellas las más importantes son las siguientes:

A) El modelo *silogístico* defendido por el formalismo jurídico. Según esa concepción, la tarea del juez es lógico-mecánica. El problema del juez es la subsunción del caso en una norma preestablecida. Si no existe norma aplicable entonces el juez debe rechazar la demanda. En el derecho no existen casos difíciles porque todo lo que no está prohibido está permitido. El derecho siempre ofrece respuesta a los problemas que se plantean. La función del juez está subordinada a la ley.

B) El modelo *realista* defendido por muchas corrientes antiformalistas. Según ese modelo las decisiones de los jueces son fruto de sus preferencias personales y de su conciencia subjetiva. El juez primero decide y luego justifica su decisión mediante normas. Por eso Llewellyn afirmaba que las normas no son más que juguetes vistosos. En ese modelo carece de sentido plantear el tema de los casos difíciles porque no se dan en la realidad. El juez siempre soluciona los casos que se le plantean. El juez tiene por tanto poder político y en realidad no está subordinado a la ley. Este modelo justifica el apartamiento del juez de la ley. Concede al poder judicial un auténtico poder político que no es congruente con el sistema de legitimación del estado democrático ni con el postulado de la separación de poderes.

C) El modelo positivista de la *discreción judicial*. Este modelo reconoce la existencia de casos difíciles en los cuales no existe norma aplicable. En páginas anteriores se ha analizado este modelo defendido por autores como Hart o Bobbio. En los casos difíciles el juez tiene discrecionalidad en el sentido fuerte del término. Este modelo defiende el poder político del juez y le permite la aplicación de normas retroactivas. El derecho no ofrece respuestas correctas sino una variedad de posibles respuestas. El juez elige discrecionalmente entre ellas.

D) El modelo de Dworkin de la *respuesta correcta*. Según ese modelo el juez siempre encuentra respuesta correcta

en el derecho preestablecido. El juez carece de discreción y por tanto de poder político. La verdadera respuesta corresponde a la teoría que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes.

El modelo de Dworkin evita varios problemas importantes: el primero, que el juez no se constituya en legislador, lo cual significa que el poder judicial tiene como función garantizar derechos preestablecidos.

En segundo lugar: la tesis de Dworkin es compatible con el postulado de la separación de poderes puesto que el juez está subordinado a la ley y al derecho. El poder judicial es «nulo» —como afirmaba Montesquieu— porque su función es garantizar derechos.

En tercer lugar: el modelo de la respuesta correcta rechaza la teoría del silogismo, pero acepta su principio político básico: el juez no tiene ni puede tener poder político. La función del juez es garantizar los derechos individuales y no señalar los objetivos sociales. La función judicial es distinta a la legislativa o a la ejecutiva.

En cuarto lugar: en los casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales o directrices políticas. Los casos difíciles se resuelven en base a principios que fundamentan derechos.

Sin lugar a dudas todas estas teorías de la función judicial pueden ser criticadas. Pero quizá la teoría de Dworkin de la función judicial deba tomarse en serio porque no incurre en las exageraciones de las teorías silogísticas y realistas (que negaban los casos difíciles). Tampoco incurre en las contradicciones de la teoría de la discreción judicial (pues de un modo u otro conceder poder político al juez supone traicionar el sistema de legitimación del estado democrático y también supone la aceptación de leyes retroactivas).

La línea de análisis de Dworkin sugiere la negación del poder político del juez sin reducir su actividad a una mera operación mecánica. En su modelo el juez es garantizador de derechos y no creador de ellos, y, en este sentido, es un fiel seguidor de Montesquieu para quien el poder judicial era *nulo*. Por otra parte el análisis de Dworkin no supone una quiebra del sistema de legitimación del estado democrático ni la creación de normas retroactivas. Por último el modelo de Dworkin concuerda con la idea de que el poder judicial no tiene el poder político supremo en los casos difíciles. El hombre de la calle sabe que el poder supremo no se encuentra en los jueces y sostener «en bruto» la teoría de la

discreción judicial supone reconocer —en última instancia— que los jueces pueden desvirtuar mediante interpretación no sólo las leyes sino incluso la Constitución. Para todos aquellos que crean que el poder judicial está subordinado a principios superiores (sean legales, constitucionales o morales) el modelo de Dworkin de la función judicial será atractivo.

EL NUEVO LIBERALISMO

Una de las claves del éxito de la obra de Dworkin se encuentra en su pretensión de fundamentar el liberalismo progresista. Pretende construir y justificar una teoría política liberal superadora del liberalismo «conservador». La crítica al positivismo jurídico —que es la manifestación por excelencia de la teoría jurídica liberal tradicional— y la crítica al utilitarismo —que hasta hoy ha sido una de las manifestaciones de la filosofía política liberal— ocupa un lugar muy importante como prolegómeno del «nuevo liberalismo progresista».

Dworkin pretende rescatar el liberalismo de las garras del positivismo jurídico y de la filosofía utilitarista. Su «ataque al positivismo» queda reforzado por su «ataque a la filosofía utilitarista». La tesis de los derechos es uno de los instrumentos más eficientes que usa para demostrar la debilidad de los argumentos utilitaristas cuando se plantea el tema de los derechos individuales.

Dworkin restaura el liberalismo individualista *radical*. Fundamentado en un poderoso aparato analítico —heredado de Rawls—, el nuevo liberalismo es progresista por sus opiniones favorables a la desobediencia civil o a la discriminación inversa.

Dworkin se preocupa de mantener las distancias con la filosofía utilitarista liberal. Su liberalismo no es utilitarista sino igualitario. Dworkin afirma que «es popular la opinión de que una forma de utilitarismo, que considera que el desarrollo es un valor en sí, es constituyente del liberalismo... pero esta opinión es errónea. El desarrollo económico fue un elemento derivado del liberalismo del *New Deal*. Parecía que desempeñaba un papel útil para lograr la compleja distribución igualitaria de los recursos que exige el liberalismo. Si ahora parece que el desarrollismo económico perjudica más de lo que ayuda a la concepción liberal de la igualdad, entonces el liberal es libre de rechazar o cortar el crecimiento

como estrategia».²⁵ La oportunidad de la obra de Dworkin —en un momento en que el liberalismo había dejado de ser tutor eficaz del equilibrio entre los derechos individuales y el bienestar social— explica la trascendencia de esta obra.²⁶

Como buen liberal Dworkin considera que uno de los objetivos principales del sistema jurídico es controlar y limitar la acción del gobierno. Pero, la defensa de los derechos individuales —y muy especialmente la defensa del derecho a la igual consideración y respeto— no le lleva a posiciones conservadoras sino progresistas.

A veces, esa filosofía individualista coherentemente aplicada debería conducirle a posiciones conservadoras como en los casos estudiados de *Affirmative Action* y discriminación inversa. Como ha señalado Sandel, «Dworkin defiende la *Affirmative Action*... su argumento básico es un argumento de utilidad social... La *Affirmative Action* está justificada porque es un medio efectivo para atacar un problema nacional... Pero Dworkin, como Rawls, cree que ningún objetivo social se puede justificar —incluso si sirve al bienestar general— si viola derechos individuales».²⁷ Los «saltos» en los cuales incurre Dworkin han dado lugar a críticas contradictorias. Por una parte Raz ha sostenido que su teoría es «conservadora» mientras que Mackie la ha considerado radical. El propio Dworkin afirma refiriéndose a Raz que su acusación de conservador «me encanta porque representa un antídoto a la opinión generalizada de que mi teoría jurídica es radical».

A pesar de las posibles incoherencias que existen en el planteamiento y el desarrollo de la teoría liberal de Dworkin, es preciso reconocer su esfuerzo realizado con el objetivo de rescatar el núcleo de la moral liberal de los excesos utilitaristas y consecuencialistas. La rehabilitación del derecho a la igual consideración y respeto —como el primer y auténtico derecho individual de la moral liberal— le permite un nuevo diseño de la filosofía liberal que se aleja del liberalismo tradicional conservador. Dworkin (en su trabajo *Liberalismo*) considera que los principios del liberalismo utilitarista están en crisis y que hay que abandonar la estrategia utilitarista. Pero eso no significa que el liberalismo esté definitivamente muerto. Para Dworkin la fundamentación del liberalismo igualitario es necesaria para la rehabilitación del liberalismo progresista.

El radicalismo igualitarista de Dworkin le conduce a tesis exageradas que han sido objeto de numerosas críticas. Por ejemplo, sostiene que «no existe un derecho a la libertad».

Y no existe tal derecho a la libertad —en el sentido fuerte del derecho— porque el estado puede limitar la libertad de los ciudadanos basándose en políticas de bienestar general. Si los derechos se definen como triunfos frente a los intereses generales, entonces el derecho a la libertad no es un auténtico derecho que compita con el derecho a la igualdad. Evidentemente esta tesis ha provocado numerosas críticas de los liberales conservadores que han privilegiado el derecho de la libertad sobre el derecho a la igualdad. Precisamente Dworkin sostiene —frente a la teoría dominante— que esos derechos no están en tensión porque el verdadero liberal respeta el principio de igualdad como el primer y superior derecho y como el auténtico derecho. Neil MacCormick, por ejemplo, criticando a Dworkin señala que «en ciertas materias la gente tiene derecho a la libertad y que en otras ciertas materias tiene derecho a la igualdad».²⁸ Husak en «Ronald Dworkin and the Right of Liberty»²⁹ pretende demostrar que el derecho a la libertad existe y que las razones dadas por Dworkin para su rechazo son insatisfactorias. Y son insatisfactorias porque «cualquier argumento que se use contra el derecho a la libertad puede usarse también contra el derecho a la igualdad». Y pone el ejemplo de los impuestos progresivos que violan el derecho a la igualdad pero que se justifican por los beneficios sociales que suponen. Para Husak las «consideraciones utilitaristas pueden justificar la negación de los derechos en algunos casos y en otros no». Husak no sólo se limita a mostrar esta «tesis de la variedad»³⁰ sino que además señala que el propio Dworkin la acepta implícitamente y, si es así, entonces Dworkin tampoco se toma tan en serio los derechos como aparenta (p. 127). «Si los derechos deben tomarse seriamente no debemos permitir que la simpatía por el liberalismo nos lleve a creer que el derecho a la libertad no existe» (p. 130).

El radicalismo igualitario de Dworkin es coherente con su tesis de los derechos y el carácter axiomático del derecho a la igualdad. Sin embargo, Dworkin no sólo ha intervenido en debates técnico-jurídicos sino que ha intervenido en los debates políticos desde la palestra liberal *New York Review of Books*. Una aplicación coherente del principio de igualdad entendida como derecho individual a la igualdad debería rechazar cualquier «política de igualdad» llevada a cabo por el gobierno que favorece la igualdad pero que viola el derecho a la igual consideración y respeto individual. Pero ése no es el camino seguido por Dworkin, porque forzando los

argumentos justifica con razones utilitaristas las políticas de igualdad que violan el derecho a la igualdad. Las simpatías por el liberalismo progresista pesan más que su declaración primigenia de considerar el derecho como un mecanismo que sirve para proteger al individuo frente al poder del gobierno y de las mayorías. En el propio Dworkin a veces las consideraciones utilitaristas sirven para negar los derechos individuales y a veces no. Ésa es una buena prueba de que también Dworkin acepta implícitamente la *tesis de la variedad*. Aunque es evidente que en este caso la incoherencia del pensamiento de Dworkin es manifiesta puesto que ningún derecho puede ser violado (si es un derecho en el sentido fuerte) por consideraciones utilitaristas según su propia definición de los derechos como triunfos frente a las mayorías y a los objetivos sociales. La tesis de la variedad y la definición de derechos dada por Dworkin son incompatibles, y —sin embargo— el autor americano las mantiene las dos a la vez. La inconsistencia del argumento en este punto es clara.

Conclusiones

Los trabajos de Dworkin reunidos en este libro constituyen un elemento imprescindible para la reflexión filosófica, política y jurídica actual. El lector encontrará importantes argumentos para la superación del positivismo jurídico metodológico que domina en nuestras latitudes. Encontrará una teoría de los casos difíciles y de la incerteza del derecho que va a poner en cuestión las tesis tradicionales de la función judicial. Es indudable que la novedad de las tesis dworkinianas y su radicalismo pueden producir ciertas sorpresas, pero no hay que olvidar que si esta obra ha producido tan importante literatura es porque la merecía.

En segundo lugar: en estos trabajos se muestran las necesarias conexiones existentes entre el derecho, la moral y la política. Las escuelas analíticas se han esmerado en mostrar las diferencias y las autonomías absolutas entre ellas. Dworkin pretende construir los puentes que las escuelas analíticas han destruido.

En tercer lugar: Dworkin construye una teoría de los derechos basada en el derecho a la igualdad que difiere de las teorías puramente positivistas y lleva la discusión a la «construcción» del argumento moral y de los derechos morales.

Las líneas de demarcación entre derechos morales y jurídicos quedan difuminadas.

En cuarto lugar: Dworkin rehabilita el liberalismo radical igualitario como una filosofía política determinada y coherente, distinta en la estrategia del liberalismo tradicional pero con un núcleo moral y político justificador del nuevo liberalismo progresista.

En quinto lugar: creo que para los juristas continentales puede ser de gran utilidad el contacto con la filosofía jurídica norteamericana. La teoría y la filosofía jurídica europea se ha caracterizado por su academicismo y por su método de la abstracción generalizante. El formalismo se ha considerado como uno de los bastiones frente a las teorías y filosofías irracionalistas y aliberales. Dworkin, siguiendo una antigua tradición americana, parte de problemas muy concretos y no acepta el postulado formalista de la separación absoluta entre el aspecto descriptivo de una teoría y su aspecto normativo. La teoría jurídica de Dworkin no sólo tiene funciones cognoscitivas sino también funciones prácticas de adecuación del derecho al cambio social. La utilización de las capacidades humanas para resolver problemas justifica la existencia de la teoría jurídica. El enfoque de problemas concretos y el análisis de sus consecuencias son necesarios en un ámbito cultural como el nuestro en el que el saber jurídico más desarrollado —la dogmática— se ha refugiado en un esplendoroso aislamiento para evitar la debilidad de sus planteamientos.

Por último: el aparato analítico utilizado por Dworkin permite plantear y resolver problemas de forma novedosa. Pero, como cualquier método, tiene sus limitaciones de las cuales el propio Dworkin es muy consciente. Con el aparato analítico de Dworkin sólo se puede observar un sector de la realidad jurídica. Quien crea que con ese aparato analítico se puede resolver cualquier problema confunde un método con una concepción del mundo.

Todas éstas son razones que avalan la publicación de esta importante obra aquí en España; precisamente en un momento de especial efervescencia —política, social y jurídica— puede ser de especial utilidad la lectura de una obra en la cual los temas candentes de la política jurídica están presentes, con toda la radicalidad —y en algunos casos incoherencia— que suponen.

El propio Dworkin —en una carta de 28 de diciembre de 1983 que se publicará en la revista *Doxa* de la Universi-

dad de Alicante— resumió con especial clarividencia y en muy pocas palabras su posición filosófica jurídica: «De modo general puedo decir que me he ido concienciando progresivamente de la importancia de considerar la filosofía jurídica como parte importante de la filosofía moral y política y por tanto de la filosofía. Creo que nuestra materia ha sufrido aislamiento, en el sentido que los conceptos legales pueden ser explorados por sí mismos de un modo útil, lo cual da como resultado un trabajo analítico estéril. He intentado poner especial énfasis en el hecho de que los conceptos jurídicos fundamentales, incluyendo la idea misma de derecho, son conceptos contestados o interpretativos, de tal modo que no pueden explicarse utilizando las formas convencionales de análisis conceptual o lingüístico que se usan para explicar por ejemplo el concepto de justicia. Por tanto cualquier teoría del derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa. Este punto de vista me ha llevado recientemente a estudiar la idea de interpretación como algo más importante para la teoría jurídica de lo que se había considerado, y también a estudiar la filosofía política cuando mi mayor preocupación ha sido la idea de igualdad. He intentado desarrollar una teoría de la competencia judicial que una esos campos con el estudio del proceso legal.»

Sin lugar a dudas para los juristas formados en el marco positivista, para los filósofos formados en el ámbito del utilitarismo, para los liberales y los marxistas, Dworkin es un autor *incómodo* porque pone en cuestión los presupuestos fundacionales comúnmente aceptados. Por eso las tesis de Dworkin exigen también respuesta en nuestro ámbito cultural.

A. CALSAMIGLIA

Lloret, Juny 1984

NOTAS

1. Véase sobre este punto D. H. Regan, "Glosses on Dworkin: Rights, Principles and Policies", en *Michigan Law Review*, vol. 76, pp. 1213 y ss. (1978). Véase también al crítico de Dworkin de la escuela hartiana J. Raz, "Prof. Dworkin's Theory of Rights", *Political Studies* 1978, 123.

2. Véase Genaro Carrió, "Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. X, n.º 1, 1980, p. 145.

3. Véase, por ejemplo, G. Rebuffa, "Costituzionalismo e Giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del Diritto Naturale", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. X, n.º 1, 1980, p. 219.

4. Véase sobre las características del positivismo metodológico N. Bobbio, "Sul positivismo giuridico", en *Rivista di Filosofia*, vol. LII. Véase también el trabajo de U. Scarpelli, *Cos'è il Positivismo Giuridico?*, Milán, Ed. Comunità, 1965. Véase también Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, CEAM, 1969.

5. Véase el caso Riggs-Pa'mer resuelto en 1889 por la Corte de New York en el cual la Corte condenó por asesinato a un nieto que mató a su abuelo para cobrar una herencia y además le privó de la herencia —en contra de la letra de la ley— justificando el apartamiento de la literalidad de la ley en el principio de que "nadie se puede beneficiar de sus propios delitos".

6. Véase G. Carrió, *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 74. Para la crítica de la escuela de Hart a Dworkin véase Hart: "Un nuevo desafío al positivismo jurídico", en *Sistema*, 1980. Véase también Kent Greenawalt, "Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind the Judges", en *Columbia Law Review*, 1975.

7. Véase G. Carrió, "Le opinioni del prof. Dworkin su: positivismo giuridico", *op. cit.*, p. 169.

8. Véase R. Sartorius, *Individual Conduct and Social Norms*, Encino, Dickenson, 1971, pp. 191 y ss.

9. Véase J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", en *Yale Law Journal*, 1972, epígrafe C. Para la crítica de Raz a la regla de reconocimiento, véase Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970; y *Practical Reason and Norms*, London, 1975.

10. Véase Richards, "Rules, Policies and Neutral Principles", en *Georgia Law Review*, 1977, pp. 1.081 y ss. Véase también, del mismo autor, *The Moral Criticism of Law*, Encino, Dickenson, 1977.

11. Véase sobre este punto la noción de "equilibrio reflexivo" en John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass., Harvard University Press (3.ª ed 1972), pp. 48-51.

12. Véase el interesante trabajo de Neil MacCormick, "Taking the Rights Thesis Seriously", en su libro *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 128.

13. Véase E. Ph. Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", en *Michigan Law Review*, vol. 75, 1976, pp. 476 y ss. Soper sostiene la tesis de que las críticas de Dworkin al positivismo son integrales por el propio positivismo como tal. Para Soper, Dworkin representa un positivismo refinado y sofisticado. Véase sobre este punto Reynolds, "Dworkin as Quixote", en *University of Pennsylvania Law Review*, 123, 574. Para la distinción entre teorías descriptivas, conceptuales y normativas véase la p. 473 del trabajo citado de Soper.

14. Véase Genaro Carrió, "Le opinioni del prof. Dworkin...", *op. cit.*, p. 175.

15. Véase el trabajo citado de MacCormick, p. 136.

16. Véase el artículo citado de G. Rebuffa, pp. 214 y ss.

17. Véase sobre este punto el interesante trabajo de J. Farago, "Judicial Cybernetics: The Effect of Selfreference in Dworkin Right Thesis", en *Valparaíso University Law Review*, vol. 14, 1980, p. 381.

18. Véase el trabajo citado de Sartorius, *Individual Conduct and Social Norms*. Véase también Sartorius, "The Justification of Judicial Decision", en *Ethics*, 1968, pp. 171 y ss.; y "Social Policy and Judicial Legislation", en *American Philosophical Quarterly*, 1971, p. 160.

19. Véase Stuart Hampshire, *Moral Pública y Privada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 9.

20. Véase J. Dickenson, "The Law Behind Law", en *Columbia Law Review*, 1929, p. 298.

21. Véase H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. 200.

22. Véase Sartorius, "The Justification of Judicial Decision", *op. cit.*, p. 183.

23. Véase el trabajo citado de MacCormick, p. 147.

24. Sobre este punto, véase el magnífico trabajo de Francisco Laporta, "Norma Básica, Constitución y Decisión por Mayorías", en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 1, 1984.

25. Véase R. Dworkin, "El Liberalismo", en Stuart Hampshire (ed.), *Moral Pública y Privada*, *op. cit.*, p. 163.

26. Véase sobre este punto Hart, "Between Utility and Rights", en A. Ryan (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford, 1979. Véase también, J. Pennock y J. Chapman (eds.), *Ethics, Economics and the Law*, Nomos XIV, New York University Press, 1982. La parte segunda está dedicada al tema "Utilidad Social y Derechos", con importantes contribuciones de Lyons, Greenawalt, Hare, Gewirth, Flathman y Fletcher.

27. Véase M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982, p. 135.

28. Véase el citado trabajo de MacCornick, p. 147.

29. Publicado en *Ethics* en el año 1979.

30. La tesis de la variedad la define Husak, en la p. 126 de su trabajo citado, del siguiente modo: "A veces las consideraciones utilitaristas justifican la negación de un derecho mientras que en otras no... la tesis de la variedad es verdadera para cada uno de los derechos".

INTRODUCCIÓN

1

Los capítulos de este libro fueron escritos por separado, durante un período de gran controversia política sobre qué es el derecho y quién y cuándo debe obedecerlo. Durante el mismo período pareció que la actitud política llamada «liberalismo» —que en su momento fue la postura de casi todos los políticos— perdía buena parte de su atractivo. Los adultos reprochaban al liberalismo su tolerancia, en tanto que los jóvenes lo culpaban de rigidez, de injusticia económica y de la guerra del Vietnam. La incertidumbre en el derecho reflejaba la incertidumbre en la actitud política convencional.

Los capítulos que siguen definen y defienden una teoría liberal del derecho. Sin embargo, critican severamente otra teoría, a la que en general se considera liberal; una teoría que ha sido tan popular e influyente que la llamaré la teoría jurídica dominante. La teoría dominante tiene dos partes y mantiene la independencia entre ellas. La primera es una teoría sobre lo que es el derecho; dicho de manera más informal, es una teoría sobre las condiciones necesarias y suficientes para que una proposición de derecho sea válida. Ésta es la teoría del positivismo jurídico, que sostiene que la verdad de las proposiciones legales consiste en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales específicas, y en nada más. La segunda es una teoría sobre lo que debe ser el derecho y sobre cómo deben ser las instituciones legales conocidas. Tal es la teoría del utilitarismo, que sostiene que el derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general y a nada más. Ambas partes de la teoría dominante se derivan de la filosofía de Jeremy Bentham.

Estos ensayos critican no sólo las dos partes de la teoría dominante, sino también el supuesto de que las dos son recíprocamente independientes. Los pasajes constructivos subrayan una idea que también es parte de la tradición liberal,

pero que no tiene lugar ni en el positivismo jurídico ni en el utilitarismo. Es la antigua idea de los derechos humanos individuales, a la que Bentham llamaba «el disparate en zancos».

2

Una teoría general del derecho debe ser a la vez conceptual y normativa. Su parte normativa ha de abarcar una diversidad de temas, que se indican en el catálogo siguiente: Debe tener una teoría de la legislación, de la adjudicación y de la obediencia al derecho; estas tres teorías consideran las cuestiones normativas del derecho desde el punto de vista del legislador, del juez y del ciudadano común. La teoría de la legislación debe contener una teoría de la legitimidad, que describe las circunstancias por las que una persona o un grupo determinado tienen derecho a legislar, y una teoría de la justicia legislativa, que describe la ley que tienen derecho de hacer o que están obligados a hacer. La teoría de la adjudicación también debe ser compleja: debe contener una teoría de la controversia, que establece las normas que han de usar los jueces para decidir los casos difíciles, y una teoría de la jurisdicción o de la competencia judicial, que explique por qué y cuándo los jueces, más bien que otros grupos o instituciones, han de tomar las decisiones que exige la teoría de la controversia. La teoría de la obediencia debe comparar y discutir dos temas. Debe contener una teoría de la deferencia, que estudia la naturaleza y los límites de la obligación ciudadana de obedecer el derecho en diferentes formas de estado y en circunstancias diferentes, y una teoría de la coacción, que identifica los objetivos de la coacción y el castigo, y describe la forma en que han de responder los funcionarios a las diferentes categorías de falta o delito.

Una teoría general del derecho comprenderá temas que no entran en ninguna de esas categorías, y un problema que cae dentro de una de ellas puede caer también dentro de otras. El problema del constitucionalismo, por ejemplo, tan delicado políticamente, es un problema de la teoría de la legitimidad. ¿Por qué los representantes electos de la mayoría han de verse alguna vez incapacitados para promulgar leyes que les parecen justas y eficientes? Pero una cuestión relacionada con ésta es también un problema para la parte conceptual de una teoría jurídica. Los principios más funda-

mentales de la constitución, los que definen quién es competente para legislar y de qué manera, ¿pueden ser considerados también como parte del derecho? Es obvio que esta cuestión conceptual incide sobre otras, referentes a la legitimidad y la jurisdicción. Si los principios políticos incorporados en la constitución son derecho, entonces la autoridad de los jueces para decidir sobre lo que exige la constitución queda confirmada, por lo menos *prima facie*; si estos principios son derecho pese a que no son producto de una decisión social o política deliberada, entonces el hecho de que el derecho pueda ser —en ese sentido— natural es un argumento en favor de las restricciones al poder mayoritario que impone una constitución. Tanto la cuestión conceptual como las de jurisdicción y legitimidad se relacionan de maneras evidentes con la teoría de la obediencia; se relacionan, por ejemplo, con el problema de si es admisible, o siquiera coherente, que un disidente diga que su idea de lo que exige el derecho básico de la constitución puede ser superior a la de los legisladores y los jueces.

Las dependencias recíprocas de las diversas partes de una teoría general del derecho son, por consiguiente, complejas. De la misma manera, además, una teoría general del derecho tendrá múltiples conexiones con otros dominios de la filosofía. La teoría normativa vendrá incorporada en una filosofía moral y política más general, que a su vez puede depender de teorías filosóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad. La parte conceptual se inspirará en la filosofía del lenguaje y, por ende, en la lógica y en la metafísica. El problema de qué es lo que significan las proposiciones jurídicas y de si son siempre verdaderas o falsas, por ejemplo, establece inmediatamente conexiones con difícilísimas y muy controvertidas cuestiones de lógica filosófica. Por lo tanto, una teoría general del derecho debe asumir constantemente una u otra posición —discutida— sobre problemas de la filosofía que no son estrictamente jurídicos.

3

En la escuela anglo-norteamericana, Bentham fue el último filósofo que presentó una teoría general del derecho; general, en el sentido que acabamos de describir. Cabe encontrar en su obra una parte conceptual y una parte normativa

de una teoría general del derecho, y se encuentran también, dentro de la última, teorías distintas de la legitimidad, de la justicia legislativa, de la jurisdicción y de la controversia, todas adecuadamente relacionadas dentro de una teoría moral y política del utilitarismo y de una teoría metafísica más general del empirismo. Cada componente de dicha teoría general ha sido ampliado y refinado por diferentes profesionales académicos, pero la teoría jurídica dominante sigue siendo una teoría benthamiana, tanto en las facultades de derecho británicas como en las norteamericanas.

La parte conceptual de su teoría —el positivismo jurídico— ha sido muy mejorada. La versión contemporánea más influyente del positivismo es la que propone H. L. A. Hart, y es la suya la versión que criticamos en este libro. La parte normativa de la teoría de Bentham ha sido muy depurada mediante el uso del análisis económico en la teoría jurídica. El análisis económico proporciona las normas para identificar y medir el bienestar de los individuos que constituyen una comunidad (aunque se discuta mucho la naturaleza de tales normas), y sostiene que todas las cuestiones normativas de una teoría de la legitimidad, de la justicia legislativa, de la jurisdicción y de la controversia, lo mismo que las de la deferencia y la coacción, deben ser respondidas suponiendo que las instituciones jurídicas componen un sistema cuyo objetivo general es la promoción del bienestar promedio más elevado posible entre dichos individuos. Esta teoría normativa general insiste en lo que con frecuencia descuidaron las primeras versiones del utilitarismo: en que se podría promover con más seguridad este objetivo general si se asignan diferentes tipos de cuestiones a diferentes instituciones, de acuerdo con alguna teoría de la competencia institucional, que si se supone que todas las instituciones son igualmente capaces de calcular el impacto de cualquier decisión política en particular sobre el bienestar general.¹

Como el positivismo jurídico y el utilitarismo económico son doctrinas complejas, la teoría jurídica dominante tiene múltiples antagonistas, muchos de los cuales mantienen igualmente un antagonismo recíproco. A la teoría dominante se oponen, por ejemplo, diversas formas del colectivismo. El positivismo jurídico supone que el derecho se crea en virtud de una práctica social explícita o de una decisión institucional, y rechaza la idea, más romántica y más oscura, de que la legislación pueda ser producto de una voluntad general o corporativa implícita. El utilitarismo económico es también

individualista (aunque sólo hasta cierto punto). Establece el objetivo del bienestar general o promedio como norma de justicia en la legislación, pero define el bienestar general como una función de los individuos separados, y se opone obstinadamente a la idea de que una comunidad tenga, como entidad diferente, algún interés o derecho independiente.

También se critica a la teoría dominante su racionalismo. En su parte conceptual, la teoría enseña que el derecho es producto de la decisión deliberada e intencionada de hombres y mujeres que, mediante tales decisiones, proyectan cambiar la comunidad por la vía de la obediencia general a las normas que sus decisiones crean. En su parte normativa, recomienda las decisiones basadas en tales planes y supone, por consiguiente, que los hombres y mujeres que ocupan cargos políticos pueden tener la habilidad, el conocimiento y la virtud necesarios para tomar eficazmente tales decisiones en condiciones de considerable incertidumbre, en comunidades sumamente complejas.

Algunos de los que critican el individualismo y el racionalismo de la teoría dominante representan lo que en las discusiones políticas se suele llamar la «izquierda». Creen que el formalismo del positivismo jurídico obliga a los tribunales a sustituir una justicia sustantiva y más rica, que socavaría la política social conservadora, por un tenue sentido de la justicia procesal puesta al servicio de una política determinada. Creen que el utilitarismo económico es injusto en sus consecuencias, porque perpetúa la pobreza como medio para conseguir la eficiencia, y deficiente en su teoría de la naturaleza humana porque ve a los individuos como átomos de la sociedad, interesados sólo por sí mismos, y no como seres inherentemente sociales cuyo sentimiento de la comunidad es parte esencial del sentimiento de sí mismos.

Por lo demás, muchos otros críticos de la teoría dominante están asociados con la derecha política.² Siguen la curiosa filosofía de Edmund Burke, que ha vuelto a popularizarse en la teoría política norteamericana, y creen que el auténtico derecho de la comunidad no está constituido simplemente por las decisiones deliberadas que son las únicas que considera el positivismo jurídico, sino también por la moralidad consuetudinaria y difusa que ejerce gran influencia sobre esas decisiones. Creen que el utilitarismo económico, que insiste en que decisiones deliberadas contrarias a la moralidad convencional son capaces de mejorar el bienestar de la comunidad, es de un optimismo sin remedio. Como

Burke, argumentan que las reglas más adecuadas para promover el bienestar de una comunidad sólo surgirán de la experiencia de esa comunidad, de manera que se ha de depositar más confianza en la cultura social establecida que en la mecánica social de los utilitaristas, que se imaginan que saben más que la historia.

Sin embargo, ninguna de estas críticas, tan diferentes, de la teoría dominante se dirige contra un rasgo específico y que ya mencioné de dicha teoría. Ninguna sostiene que la teoría dominante falla porque rechaza la idea de que los individuos pueden tener derechos contra el estado que sean previos a los derechos creados por la legislación positiva. Por el contrario, tanto la oposición proveniente de la izquierda como de la derecha se unen para condenar a la teoría dominante por su excesiva preocupación, tal como a ellas les parece, por el destino de los individuos en cuanto individuos. La idea de los derechos individuales, en el sentido profundo en que se la defiende en este libro, para ellos es simplemente un caso exagerado de la enfermedad que padece ya la teoría dominante.

4

Aunque esta idea ha sido propuesta por muchos filósofos diferentes y en muy diversas formas, la teoría dominante la ha rechazado totalmente. El positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación; es decir, rechaza la idea de que a los individuos o los grupos puedan adjudicárseles otros derechos que los explícitamente previstos en el conjunto de normas explícitas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad. El utilitarismo económico rechaza la idea de que los derechos políticos puedan ser anteriores a los derechos jurídicos, es decir, de que los ciudadanos puedan justificadamente oponerse a una decisión judicial en base a cualquier motivo que no sea el hecho de que la decisión no sirve al bienestar general.

Gran parte de la oposición de la teoría dominante a los derechos naturales es consecuencia de una idea que promovió Bentham: que los derechos naturales no pueden tener lugar alguno en una metafísica que se precie de empírica. Los liberales desconfían de la suntuosidad ontológica. Creen que una debilidad cardinal de diversas formas de colectivis-

mo consiste en que confían en entidades fantasmales, como voluntades colectivas o espíritus nacionales, y son, por consiguiente, hostiles a cualquier teoría de los derechos naturales que parezca apoyarse en entidades igualmente sospechosas. Pero la idea de los derechos individuales que se defiende en estos ensayos no presupone forma espectral alguna; en realidad, no es una idea cuyo carácter metafísico difiera del de las ideas principales de la propia teoría dominante. Muestra, de hecho, una dependencia de la idea principal del utilitarismo, que es la de una meta colectiva de la comunidad como un todo.

Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio. Por cierto que una caracterización tal de un derecho es formal, en el sentido de que no indica qué derechos tiene la gente, ni garantiza siquiera que tengan alguno. Pero no supone que los derechos tengan ningún carácter metafísico especial, y la teoría que defendemos en estos ensayos se aparta, por ende, de otras teorías de los derechos más antiguas, que se apoyan efectivamente en tal suposición.

La teoría exige un vocabulario capaz de establecer distinciones entre los diferentes tipos de derechos que tienen los individuos. En el capítulo 4 se propone un vocabulario tal. La más importante de las distinciones que allí se hacen es la que se establece entre dos formas de derechos políticos: los derechos básicos, que son derechos válidos de manera abstracta contra las decisiones tomadas por la comunidad o la sociedad como tales, y los derechos institucionales más específicos, que son válidos contra una decisión tomada por una institución específica. Se puede, pues, identificar los derechos legales como una especie distinta de un derecho político, esto es, como un derecho institucional a la decisión de un tribunal en su función judicial.

En este vocabulario, el positivismo jurídico es la teoría según la cual los individuos tienen derechos legales sólo en la medida en que éstos han sido creados en virtud de decisiones políticas explícitas o de una práctica social explícita. En cuanto teoría conceptual inadecuada del derecho, se encontrará la crítica de dicha teoría en los capítulos 2 y 3. El capítulo 4 sugiere una teoría conceptual alternativa, que mues-

tra cómo los individuos pueden tener derechos legales diferentes de los creados por una decisión o una práctica explícita; es decir, que pueden tener derecho a resoluciones judiciales específicas incluso en casos difíciles en que no hay una decisión o una práctica explícita que exija una decisión en ningún sentido.

La argumentación del capítulo 4 sirve de puente entre las partes conceptual y normativa de la teoría alternativa. Ofrece una teoría normativa de la función judicial, que subraya la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos, y defiende la proposición de que las decisiones judiciales basadas en argumentos de principios son compatibles con los principios democráticos. El capítulo 5 amplía esa teoría normativa de la adjudicación a los casos centrales, y políticamente importantes de la jurisdicción constitucional. Se vale de la teoría para criticar el debate entre lo que, en derecho constitucional, se llama activismo judicial y restricción judicial, y defiende la conveniencia de una revisión judicial limitada a argumentos de principio, incluso en casos políticamente controvertidos.

El capítulo 6 estudia los fundamentos de una teoría de los derechos legislativos. Sostiene, mediante un análisis de la profunda e influyente teoría de la justicia de John Rawls, que nuestras intuiciones sobre la justicia no sólo presuponen que la gente tiene derechos, sino que entre éstos hay uno que es fundamental, e incluso axiomático. Este derecho fundamentalísimo es una concepción inequívoca del derecho a la igualdad, que yo llamo el derecho a igual consideración y respeto.

Los capítulos 7 y 8 defienden una teoría normativa de la obediencia al derecho. En el 7 se consideran casos en que se discuten los derechos de un individuo, aunque no necesariamente los legales. Este capítulo no defiende ningún conjunto determinado de derechos individuales; se limita a señalar ciertas consecuencias derivadas de la admisión de que los individuos tienen algunos derechos distintos de sus derechos legales y anteriores a ellos. Por consiguiente, esta teoría de la obediencia al derecho no se apoya en ningún supuesto previo referente al carácter de los derechos básicos y legislativos que efectivamente tiene la gente; no presupone siquiera la conclusión abstracta del capítulo 6. Satisface, por ende, un importante requisito de cualquier teoría política que dé a los derechos un lugar destacado: ofrece una teoría de la obediencia al derecho en condiciones de incertidumbre y con-

troversia respecto de qué derechos tiene efectivamente la gente.

En el capítulo 8, el análisis se extiende a los casos de incertidumbre y controversia referentes a los derechos legales. Aquí se recogen dos cuestiones, importantes y a menudo descuidadas, de una teoría de la obediencia al derecho: ¿Cuáles son los derechos y responsabilidades de un ciudadano cuando sus derechos constitucionales son inciertos, pero él cree sinceramente que el gobierno no tiene derecho a obligarlo a hacer lo que él cree que está mal? ¿Cuáles son las responsabilidades de los funcionarios que creen que el ciudadano se equivoca, aunque sea sincero, en su opinión de lo que es el derecho?

El capítulo 9 vuelve sobre el derecho a igual consideración y respeto que se analizó en el capítulo 6. Demuestra cómo se puede usar esa concepción de la igualdad para interpretar la famosa *Equal Protection Clause* de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y cómo, si se la usa de esa manera, la concepción confirma nuestras intuiciones referentes a la discriminación racial y defiende la práctica, políticamente controvertida, conocida como discriminación inversa.

Los capítulos 10, 11 y 12 tratan de otro derecho que muchos especialistas de filosofía política han considerado como el más importante de los derechos políticos: se trata del llamado derecho a la libertad, al que con frecuencia se considera no sólo un rival del derecho a la igualdad, sino también, por lo menos en algunos casos, contradictorio con este último. El capítulo 12 sostiene que no hay derecho a la libertad como tal, e incluso que la idea de un derecho tal es en sí misma una confusión. No rechaza la idea de que los individuos tienen derechos a ciertas libertades definidas, como el derecho a tomar decisiones morales personales que se analiza en el capítulo 10, o el derecho a las libertades descritas en el *Constitutional Bill of Rights*. Por el contrario, el capítulo 12 afirma que estos derechos convencionales se derivan, no de un derecho general más abstracto a la libertad como tal, sino del derecho mismo a la igualdad. Los ensayos contradicen, por consiguiente, la idea popular y peligrosa de que el individualismo es el enemigo de la igualdad. Dicha idea es el error común a los liberales que aborrecen la igualdad y a los igualitarios que odian la libertad; cada uno ataca su propio ideal, bajo otro nombre.

5

Los ensayos constituyen la estructura principal de una teoría definida del derecho. Pero aunque todos fueran naciendo fundamentados en dicha teoría, fueron escritos por separado, razón por la cual, tomados en grupo, contienen superposiciones y diferencias de énfasis y de detalle. Ni se anticipan a todas las objeciones que se harán a lo que se dice, ni dicen todo lo que me gustaría decir sobre muchos de los temas considerados.

No es parte de mi teoría, por ejemplo, que haya ningún procedimiento mecánico para demostrar qué derechos políticos, ya sea básicos o legales, tiene un individuo. Por el contrario, los ensayos insisten en que hay casos difíciles, tanto en lo político como en lo legal, en los cuales abogados razonables podrán estar en desacuerdo en cuanto a los derechos, sin que ninguno de ellos disponga de ningún argumento capaz de convencer necesariamente al otro. Se puede objetar que en tales circunstancias es absurdo suponer que exista derecho alguno. Esta objeción presupone una teoría filosófica general de acuerdo con la cual ninguna proposición puede ser verdadera a menos que exista, por lo menos en principio, algún procedimiento para demostrar su verdad de manera tal que cualquier persona racional deba conceder que es válida. El capítulo 13 argumenta que no tenemos razones para aceptar esa posición filosófica general, y sí buenas razones para rechazarla, especialmente en la medida en que se aplica a discusiones sobre derechos.³

Sin embargo, tal vez alguien quisiera objetar que, en todo caso, y desde un punto de vista práctico, no puede tener sentido plantear ni discutir reclamaciones de derecho, a menos que se pueda demostrar que son verdaderas o falsas. Es una objeción equivocada. Si así fuera, no podríamos entender las importantes ideas de sinceridad en la discusión política, ni de responsabilidad en la decisión política; de hecho, tampoco podríamos comprender la difundida práctica, en la cual todos caemos, de discutir sobre los derechos en los casos difíciles. Es importante, sin embargo, que una teoría política reconozca que muchas reclamaciones de derecho, incluso algunas muy importantes, no son demostrables, y por consiguiente, ofrecen principios capaces de regir la decisión oficial cuando los derechos son controvertidos. La teoría de la obe-

diencia al derecho que se detalla en los capítulos 7 y 8, tal como he dicho, proporciona tales principios.

El capítulo 12 ofrece un argumento en favor del reconocimiento de ciertos derechos específicos, institucionales y básicos. Tal vez sea prudente repetir aquí lo que allí digo, esto es, que ni los derechos que allí se describen ni el método usado para defenderlos tienen la intención de excluir otros derechos ni otros métodos de argumentación. La teoría general de los derechos deja margen para que haya diferentes clases de discusión, cada una de ellas suficiente para establecer alguna razón por la cual una meta colectiva, que normalmente proporciona justificación a una decisión política, no justifica una particular desventaja para algún individuo.

El libro sugiere, no obstante, una forma preferida de defensa de los derechos políticos, que es la derivación de derechos particulares a partir del derecho abstracto a igual consideración y respeto, que se toma como fundamental y axiomático. El capítulo 6 demuestra cómo una conocida argumentación que reclama derechos económicos que favorezcan al grupo menos acomodado puede ser referida a ese derecho abstracto, y los capítulos 9 y 12 muestran cómo una argumentación diferente podría generar, a partir de la misma fuente, los conocidos derechos civiles. El capítulo 12 sugiere, además, que el derecho a igual consideración y respeto es fundamental entre los derechos de una manera diferente, porque muestra cómo es posible derivar de ese derecho fundamental la idea misma de una meta colectiva. Si es así, entonces la igualdad de consideración y respeto configura un derecho tan fundamental que no cabe dentro de la caracterización general de los derechos como valores superiores las metas colectivas, excepto como caso límite, porque es tanto la fuente de la autoridad general de los fines colectivos, como de las limitaciones especiales a tal autoridad que se justifican en virtud de derechos más particulares.

Esa promesa de unidad en la teoría política no es, sin embargo, nítida en estos ensayos. Si es que hay que defenderla, habrá que hacerlo en otra parte. En particular, se debe mostrar cómo la misma concepción de igual consideración que justifica también la exención, en forma de derechos económicos, para aquellos que más padecen a causa de tales componendas. Se necesita aquí alguna concepción de los niveles de necesidad, de manera que se pueda demostrar que, en tanto que la igual consideración justifica tales arreglos dentro de necesidades de un nivel de urgencia dado, no per-

mite el sacrificio de necesidades de un nivel más urgente ni siquiera en aras de la satisfacción más plena de un mayor número de necesidades que son menos urgentes.

Los capítulos 12 y 13 no habían sido publicados antes. El 2 y el 6 aparecieron originariamente en la *University of Chicago Law Review* (Copyright © 1967 por Ronald Dworkin, Copyright 1973 por la Universidad de Chicago); el 3 y el 10 en el *Yale Law Journal* (Copyright © 1972, 1966 por la Yale Law Journal Company, Inc.; el capítulo 4 en la *Harvard Law Review* (Copyright © 1975 por Ronald Dworkin); los capítulos 1, 5, 7, 8 y 9 se publicaron en la *New York Review of Books* (Copyright © 1969, 1972, 1970, 1968, 1976, 1974 por Ronald Dworkin). En todos los casos, para esta publicación se han introducido cambios, que en ocasiones afectan al título.

LA JURISPRUDENCIA

Los abogados cuando presentan un caso, o asesoran a sus clientes o redactan leyes que satisfacen necesidades sociales específicas, se enfrentan con problemas de orden técnico, en el sentido de que dentro de la profesión hay general acuerdo respecto del tipo de argumentos o pruebas que se pueden utilizar. Pero en ocasiones, el abogado ha de vérselas con problemas que no son técnicos en este sentido, porque no hay acuerdo general sobre la forma de proceder. Un ejemplo es el problema ético que se plantea cuando un abogado no pregunta si una ley determinada está en vigor, sino si es justa. Otro lo constituyen los enigmas conceptuales que surgen cuando los letrados intentan describir el derecho con conceptos que no son claros. Es posible, por ejemplo, que un abogado quiera decir que la ley de responsabilidad sólo imputa a los hombres los daños causados por su culpa. Otro puede discrepar de tal enunciado, y el problema entre ambos puede ser un desacuerdo que no está referido a hechos ni a doctrinas, sino al significado mismo de culpa. O bien puede ser que dos abogados no estén de acuerdo sobre si, en el caso de segregación de 1954, la Suprema Corte seguía principios ya establecidos o estaba sentando jurisprudencia, y el problema que se plantea entre ellos puede girar sobre qué son los principios y qué significa aplicarlos. No está claro de qué manera han de resolverse problemas conceptuales como éstos, que ciertamente van más allá de las técnicas ordinarias de la práctica jurídica.

Los abogados dicen que estas cuestiones recalcitrantes son «de jurisprudencia» y, tal como cabía esperar, no están de acuerdo sobre si es importante resolverlas. Generalmente, las facultades de derecho dictan cursos especiales, que llaman de «Jurisprudencia» o de «Teoría del Derecho» o algo semejante, dedicados a este estudio, pero dado que la característica distintiva de tales problemas es precisamente la

falta de acuerdo en lo referente al tipo de problemas que se plantean y cuáles son las técnicas de estudio que exigen, estos cursos difieren ampliamente en cuanto a los métodos que usan. Además, el método elegido influye sobre la elección de los problemas que se selecciona para estudiarlos, elección que se ve también afectada por las modas intelectuales y los acontecimientos públicos. En este momento, por ejemplo, la cuestión de si los hombres tienen la obligación moral de obedecer la ley ocupa un lugar destacado en los cursos de jurisprudencia en toda Inglaterra, pero hace dos decenios casi nadie mencionaba tal problema.

Hasta hace poco tiempo, en Inglaterra y en los Estados Unidos, la jurisprudencia se planteaba desde lo que podríamos llamar un punto de vista profesional. Los juristas que enseñaban jurisprudencia reconocían que las cuestiones de esta índole, tales como las que he enumerado, eran fastidiosas simplemente porque no se avenían a las técnicas jurídicas ordinarias; pero sin embargo, proponían hacer frente a la dificultad escogiendo aquellos aspectos de dichas cuestiones que se podían tratar con esas técnicas, en tanto que hacían caso omiso del resto. Cuando los juristas se enfrentan con las cuestiones técnicas que he mencionado, se valen de una combinación de tres habilidades particulares. A un abogado se le enseña a analizar las leyes y las opiniones judiciales para extraer de esas fuentes oficiales la doctrina jurídica. Se le enseña a analizar situaciones fácticas complejas a fin de resumir con precisión los hechos esenciales. Y se le enseña a pensar en términos tácticos, a diseñar leyes e instituciones legales que produzcan determinados cambios sociales decididos de antemano. El enfoque profesional de la jurisprudencia procuraba reformular los problemas de esta índole de manera que se pudiera dar cabida en ellos a una o más de estas habilidades. Esta manera de enfocar las cosas no daba más que una ilusión de progreso, y dejaba intactos los problemas jurídicos de principio auténticamente importantes.

Para fundamentar un cargo tan grave debo explicar el desarrollo de la Jurisprudencia a mediados de siglo. En Inglaterra, la materia se enseñaba a partir de textos estándar, tales como el de Salmond *On Jurisprudence* y el de Paton *On Jurisprudence*. La mayor parte de esos textos estaba dedicada a lo que se llamaba jurisprudencia analítica, cuidadosamente distinguida de la «jurisprudencia ética» o estudio de lo que debe ser el derecho. Por jurisprudencia analítica

se entendía la cuidadosa elaboración del significado de ciertos términos (como «culpa», «posesión», «propiedad», «negligencia» y «ley») que son fundamentales en derecho, en el sentido de que no sólo aparecen en una u otra rama de la doctrina jurídica, sino en toda la extensión de ésta. Tales conceptos, como los que mencioné antes, son fastidiosos porque los abogados los usan aun cuando no entiendan exactamente lo que significan.

Pero los textos ingleses no abordaban esos conceptos dilucidando su significado en lenguaje ordinario, sino más bien valiéndose de métodos doctrinarios convencionales para demostrar su significado específicamente jurídico, tal como se revelaba en casos y estatutos. Estudiaban las opiniones de los jueces y los expertos en derecho y de ellas extraían resúmenes de las diversas normas y doctrinas jurídicas en que aparecían esos conceptos fastidiosos, pero poco hacían por relacionar esas normas con los diversos juicios no jurídicos que hace el profano sobre la culpa, la posesión, etcétera.

Sin embargo, si nos preguntamos *por qué* los abogados discuten sobre estos conceptos, podremos ver por qué esta insistencia en la doctrina parece fuera de lugar. Un abogado no se preocupa por el concepto de culpa porque no sepa cómo se ha usado el término en los tribunales, o cuáles son las reglas que determinan la culpa legal, sino porque se vale del concepto no jurídico de culpa para justificar o criticar la ley. Por convicción o por hábito, el abogado cree que moralmente está mal castigar a alguien por algo que no es culpa de él, y quiere saber si el derecho vulnera este principio moral al hacer responsable a un empresario de lo que hace su empleado, o al responsabilizar a un conductor negligente de la muerte del hombre a quien atropelló si la herida era leve, pero la víctima era un hemofílico. El abogado conoce muy bien estos hechos de la doctrina jurídica, pero no tiene claro si los hechos se contradicen con el principio. Un daño, ¿es culpa de un hombre si lo comete alguien que está a cargo de él, o si resulta de sus propios actos debido a circunstancias que él no tenía posibilidad de prever? Estas cuestiones exigen un análisis del concepto moral de culpa, no del concepto jurídico, que el abogado ya entiende; pero precisamente lo que ha ignorado el enfoque doctrinario de la jurisprudencia inglesa es el uso moral del concepto.

En la jurisprudencia norteamericana los antecedentes son más complejos, ya que ésta se dedicó en gran parte a un problema comparativamente descuidado por la teoría ingle-

sa: ¿Cómo resuelven los tribunales los litigios difíciles o controvertidos? En los Estados Unidos los tribunales habían desempeñado un papel más importante que en Inglaterra en lo referente a adaptar el derecho del siglo XIX a las necesidades de la industrialización, y nuestra constitución dio carácter jurídico a problemas que en Inglaterra eran exclusivamente políticos. En Inglaterra, por ejemplo, el problema de si la legislación sobre salarios mínimos es justa era de índole política, pero en los Estados Unidos era al mismo tiempo un problema constitucional, es decir, judicial. Los abogados norteamericanos se veían, por consiguiente, más urgidos a proporcionar una descripción precisa de lo que estaban haciendo los tribunales, y a justificarlo si podían; la exigencia se volvía más urgente cuando parecía que los tribunales estuvieran creando principios nuevos y políticamente controvertibles, en vez de limitarse a aplicar simplemente el derecho antiguo, tal como lo exigía la teoría jurídica ortodoxa.

A comienzos de este siglo, John Chipman Gray y, más adelante, Oliver Wendell Holmes publicaron informes escépticos sobre el proceso judicial; en ellos desenmascaraban la doctrina ortodoxa según la cual los jueces se limitan a aplicar las normas existentes. Este punto de vista escéptico se convirtió, en las décadas de 1920 y 1930, en el poderoso movimiento intelectual conocido como «realismo jurídico». Sus líderes (Jerome Frank, Karl Llewelyn, Wesley Sturges y Morris y Felix Cohen, entre otros) sostenían que la teoría tradicional se había equivocado porque había adoptado un enfoque doctrinario de la jurisprudencia, intentando describir lo que hacen los jueces a partir de las normas que ellos mismos mencionan en su decisión. Ello es un error, sostenían los realistas, porque en realidad los jueces deciden los casos de acuerdo con sus propios gustos políticos o morales y después, como racionalización, escogen una regla jurídica apropiada. Los realistas pedían un enfoque «científico» que estableciera más bien lo que los jueces hacen que lo que dicen, y cuál es el impacto que tienen sus decisiones sobre la comunidad como tal.

La línea principal de la jurisprudencia norteamericana escuchó esta llamada al realismo y evitó el enfoque doctrinario de los textos ingleses. Insistió en las otras dos habilidades profesionales, las que capacitan a los abogados para el ordenamiento de hechos y para el diseño de tácticas conducentes al cambio social. Podemos distinguir más claramente la influencia posterior del realismo si diferenciamos

estas dos técnicas. La insistencia en los hechos evolucionó hasta convertirse en lo que Roscoe Pound, de Harvard, llamó jurisprudencia sociológica; se refería al estudio cuidadoso de las instituciones jurídicas como procesos sociales, en el que se trata a un juez, por ejemplo, no como a un oráculo de la doctrina sino como a un hombre que reacciona ante diversos estímulos sociales y personales. Algunos juristas, como Jerome Frank y el propio Pound, intentaron llevar a cabo un estudio así, pero descubrieron que los abogados no cuentan con la formación ni con el aparato estadístico necesario para describir instituciones complejas, a no ser de manera introspectiva y limitada. La jurisprudencia sociológica se convirtió, por ende, en dominio de los sociólogos.

La acentuación de los aspectos tácticos ejerció un efecto más duradero en las facultades de derecho. Estudiosos como Myres McDougal y Harold Lasswell en Yale y Lon L. Fuller, Henry Hart y Albert Sachs en Harvard, aunque discreparan entre sí, insistieron todos sobre la importancia de considerar el derecho como un instrumento para conducir a la sociedad hacia determinados objetivos importantes, e intentaron zanjar instrumentalmente las cuestiones referentes al proceso jurídico, preguntando cuáles eran las soluciones que más favorecían tales objetivos.

Pero esta acentuación del hecho y la estrategia terminó por falsear los problemas de la Jurisprudencia de manera muy semejante a como lo falseaba el enfoque doctrinario inglés, es decir, eliminando precisamente aquellos problemas morales de principio que constituyen su núcleo. Este fallo aparece si consideramos más detalladamente el problema central que discutían los sociólogos y los instrumentalistas: ¿Los jueces siempre siguen las normas, incluso en casos difíciles y controvertidos, o establecen algunas veces normas nuevas y las aplican retroactivamente?

Los juristas llevan décadas discutiendo este asunto, no porque ignoren cuáles son las decisiones que toman los jueces o las razones que dan, sino porque no se aclaran respecto de lo que significa realmente el concepto de seguir las normas. En los casos fáciles (por ejemplo, cuando se acusa a un hombre de violar una disposición que prohíbe exceder un límite de velocidad), parece correcto decir que el juez se limita a aplicar una regla anterior a un caso nuevo. Pero, ¿podemos decir lo mismo cuando la Suprema Corte desatiende los precedentes y ordena la desegregación en las escuelas [de los Estados Unidos] o declara ilegales procedimientos

usados por la policía y condonados por los tribunales desde hace decenios? En casos tan llamativos, la Corte da razones; no cita leyes, sino que apela a principios políticos y de justicia. ¿Significa esto que, después de todo, la Corte se atiene a normas, aunque sean de calidad más general y abstracta? Si es así, ¿de dónde provienen esas normas abstractas y qué es lo que les confiere validez? ¿O significa esto que la Corte está decidiendo el caso de acuerdo con sus propias creencias morales y políticas?

Ni los abogados ni los legos que plantean tales cuestiones se preocupan sin motivo o por ociosa curiosidad; saben que los jueces poseen gran poder político y les preocupa saber si ese poder se justifica, en general o en los casos particulares. No están necesariamente convencidos de que los jueces que sientan nuevos precedentes estén actuando con impropiedad; pero quieren saber hasta qué punto la justificación del poder judicial aplicable a los casos fáciles —en que el juez aplica estándares ya establecidos— se extiende a los difíciles y, por consiguiente, qué medida y qué clase de justificación suplementaria requieren esos casos difíciles.

La cuestión de la justificación tiene ramificaciones importantes, porque no sólo afecta a la extensión de la autoridad judicial, sino a la extensión de la obligación moral y política que tiene un individuo de obedecer la ley hecha por los jueces. Afecta también a los fundamentos que pueden servir de base para cuestionar una opinión controvertida. Si tiene sentido decir que en los casos difíciles un juez ha de seguir los estándares existentes, lo tiene también que un objetor de conciencia sostenga que el juez ha cometido un error de derecho cuando defiende la constitucionalidad del servicio militar obligatorio. Pero si los jueces sólo pueden establecer precedentes en los casos difíciles, esa demanda es absurda. De modo que, aunque preguntar si los jueces se ajustan a normas pueda parecer una cuestión lingüística, revela inquietudes que son prácticas en grado sumo.

He enunciado con toda claridad estas implicaciones para demostrar que aquí, lo mismo que en el caso del concepto de culpa, hay cuestiones morales de principio subyacentes en un problema aparentemente lingüístico. Los críticos del derecho aceptan, también en este caso por hábito o por convicción, el principio de que una decisión judicial es más justa si representa la aplicación de estándares establecidos más bien que la imposición de otros nuevos. Pero no tienen claro qué es lo que se considera aplicación de estándares esta-

blecidos, y expresan esta incertidumbre al preguntar si los jueces siguen realmente estándares, por lo menos en cierto sentido, incluso en los casos nuevos. La Jurisprudencia debe responder a esta preocupación indagando cuál es la naturaleza del alegato moral, intentando esclarecer el principio de justicia que tienen presente los críticos para ver si, efectivamente, la práctica judicial cumple con ese principio.

Pero la jurisprudencia norteamericana no hizo tal intento. Los sociólogos, por su parte, se negaron a hablar de «seguir normas», basándose en que el concepto era demasiado vago para estudiarlo con métodos experimentales o cuantitativos. El hecho mismo de que los hombres no puedan ponerse de acuerdo sobre lo que significa seguir una norma, señalaron, hace que el concepto quede descalificado para la ciencia; si cada investigador hubiera de usar el término en su propio sentido, no habría datos objetivos ni progreso conjunto. De modo que sociólogos como Glendon Schubert, C. Herman Pritchett y Stuart Nagel sustituyeron el concepto por cuestiones que parecían relacionadas y más precisas: Los jueces provenientes de determinadas circunstancias económicas o sociales, o formados en determinadas especies de práctica jurídica, o con una afiliación política determinada o que adhieren a determinados esquemas de valores, ¿tenden a decidir en favor de los intereses colectivos? En la Suprema Corte, ¿los jueces forman partidos que se mantienen unidos cuando se deciden casos en los que está en juego el racismo o los sindicatos o la legislación antitrust? Parecía que esas cuestiones empíricas vinieran al caso, porque si la condición social o las lealtades previas determinan la decisión de un juez, eso hace pensar que no está siguiendo normas.

Pero en realidad, por más interesante y útil que sea para otros fines, esta información no arroja mucha luz sobre las cuestiones de principio que inspiraron la cuestión original. Los juristas no necesitan pruebas para demostrar que los jueces discrepan y que con frecuencia sus decisiones reflejan sus antecedentes y su temperamento. Lo que les intriga, sin embargo, es si eso significa solamente que los jueces difieren sobre la naturaleza y el sentido de los principios jurídicos fundamentales, o si demuestra que no hay tales principios. Si significa lo primero, ello hace creer que los jueces intentan seguir las normas, tal como ellos las ven, y que la gente que está en desacuerdo con sus decisiones aún puede estar de acuerdo con la ley; si significa lo segundo, enton-

ces, tal como ya dije, esta discusión es absurda. Los juristas tampoco están seguros de que el hecho de la divergencia sea, en todo caso, lamentable, o si hay que aceptarla como inevitable o aplaudirlo como elemento dinámico, ni saben tampoco cómo se relaciona todo ello con los problemas decisivos de la obligación política y de la coacción del derecho con que se enfrentan los abogados. El enfoque sociológico, al dar a la cuestión un marco nuevo, eliminó precisamente aquellos aspectos que se refieren a todos estos problemas.

También la rama instrumental del post-realismo dio un marco nuevo a la cuestión, aunque de manera diferente. En sus brillantes artículos sobre el proceso legal, Henry Hart y Sachs sugerían que las cuestiones conceptuales referentes a las normas se podían soslayar planteando en esta forma el problema: ¿De qué manera han de tomar sus decisiones los jueces para mejor favorecer los objetivos del proceso jurídico? Pero su esperanza de que así se evitaran los galimatías con las normas era vana, porque resultó imposible enunciar los objetivos del proceso jurídico sin que en un estadio posterior apareciesen esos mismos problemas. Si enunciamos con cierta vaguedad el objetivo del proceso (diciendo que el derecho debe hacer justicia o favorecer el estado justo), se hace entonces ineludible la cuestión de si, como suponen muchos, la justicia exige decisiones acordes con normas previas; y esta cuestión, a su vez, requiere un análisis de lo que es seguir una norma. Si intentamos enunciar algún objetivo más particular o más preciso (que el proceso jurídico ha de incrementar el producto nacional bruto, por ejemplo), entonces el ejercicio pierde sentido, porque no hay nada que garantice el supuesto de que cualquier objetivo particular semejante concierna de manera propia y exclusiva al derecho.

Podemos sostener (como hicieron algunos autores) que el derecho será económicamente más eficiente si da margen para que los jueces tengan en cuenta el influjo económico de su decisión; pero con eso no se responderá la cuestión de si es justo que así lo hagan, o de si podemos considerar los estándares económicos como parte del derecho existente, o de si las decisiones basadas en el influjo económico son, por esa razón, portadoras de mayor o menor peso moral. Supongamos, por ejemplo, que un juez esté persuadido de que la industria automotriz prosperará si él rechaza una norma anticuada e inventa una nueva y más benéfica, y de que la economía en general se beneficiará con el beneficio de la industria automotriz. Todo esto, ¿es una buena razón para

cambiar la norma? No podemos responder a esta clase de preguntas mediante un análisis que relacione simplemente los medios con los fines.

Así pues, las diversas ramas del enfoque profesional de la jurisprudencia fracasaron por la misma razón básica: ignoraron el hecho crucial de que los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia. Estos problemas quedaron enterrados por la insistencia en un enfoque jurídico convencional. Pero, si la jurisprudencia ha de tener éxito, debe poner al descubierto estos problemas y encararlos como problemas de la teoría moral.

Este simple hecho explica la importancia y el éxito del profesor H. L. A. Hart. Hart es un filósofo de la moral; tiene el instinto de los problemas y una lucidez maravillosa para exponerlos. En su primer libro, *The Concept of Law*, por ejemplo, planteó la cuestión de si los jueces siguen normas de tal manera que ponía en claro la relación entre este problema y el problema moral de cuándo es correcto que un hombre cargue a otro con una obligación. Presentó un análisis de los normas que sigue convencionalmente nuestra comunidad para formular y criticar argumentos referentes a la obligación moral, y sostuvo que los jueces siguen en buena parte las mismas normas al razonar sobre la obligación legal. En otro libro, *Causation in the Law*, Hart —en colaboración con A. M. Honore— analizó los enigmas conceptuales que plantea la culpa, que ya he mencionado; pero, a diferencia de los predecesores de Hart, ambos autores se empeñaron en explicar tanto los significados ordinarios del concepto como los estrictamente jurídicos. Lo mismo que los colegas de Hart en la facultad de filosofía de Oxford, especialmente J. L. Austin, se valieron del estudio del lenguaje ordinario para presentar las maneras en que los miembros de la comunidad se adjudican habitualmente unos a otros la culpa y la responsabilidad; y después usaron esos juicios convencionales para explicar, por ejemplo, la norma jurídica que responsabiliza plenamente al hombre que lesiona a un hemofílico.

Señalaron que el lenguaje ordinario establece una distinción entre las circunstancias excepcionales que existen en el momento en que un hombre actúa y las coincidencias improbables que surgen posteriormente. Distingue, por ejemplo, el caso en que el conductor desaprensivo hiere levemente a un hombre que se muere porque es hemofílico de aquel en que

un conductor descuidado hiere levemente a un hombre que se muere de toxemia debido a una negligencia médica. La mayoría de las personas dirían que en el primer caso, el conductor descuidado provocó la muerte y que ésta fue culpa de él, pero no dirían lo mismo en el segundo caso. Esta distinción, a su vez, refleja una concepción popular de la causa: el hombre común distingue un acto causalmente efectivo como un acto que opera sobre una escena ya montada; las circunstancias coetáneas, como la enfermedad de la sangre, son parte de la puesta en escena y no causas concurrentes. Pero los acontecimientos posteriores, como la negligencia del médico, son intervenciones que interrumpen la cadena causal. De este modo, cabe comprender la norma jurídica como una extensión de las teorías populares de la moralidad y la causa.

Pero Hart no se ha conformado simplemente con explicar el derecho demostrando de qué manera incorpora los juicios morales del hombre común. Considera este tipo de análisis como un requisito preliminar necesario para una evaluación crítica, tanto del derecho como de la moralidad popular sobre la cual éste se funda. Mientras no tengamos en claro qué práctica o juicio moral refleja el derecho, no podremos criticarlo con inteligencia; pero una vez aclarado esto, aún nos resta preguntarnos si tal práctica o juicio es sensato, o si está bien fundado o si es congruente con los otros principios a los cuales el derecho pretende servir.

El libro más reciente de Hart, *Punishment and Responsibility*, es un ejemplo excelente de este proceso de crítica. En él se reúne una serie de ensayos del autor sobre problemas de jurisprudencia en el derecho penal; la mayoría de los ensayos tratan el problema de si a un hombre ha de eximirse de responsabilidad por un acto criminal debido a su estado mental. ¿Se lo ha de excusar (o se le ha de reducir la pena) si su acto fue un accidente, o si actuó con negligencia más bien que deliberadamente, o si estaba mentalmente enfermo? Generalmente, la ley concede una eximente, o por lo menos atenúa el castigo, en casos semejantes, pero algunos críticos contemporáneos sostienen que ésta es una política equivocada.

Argumentan que, si los objetivos del derecho penal fueran la venganza y la represalia, el sentido de este tipo de eximentes que apelan al estado mental sería obvio, ya que no cabe obtener satisfacción alguna al vengarse de alguien que actuó por equivocación o era deficiente mental. Pero si los obje-

tivos del derecho son solamente impedir que el delincuente haga más daño y disuadir mediante su ejemplo a otros, tales eximentes parecen contraproducentes. Podríamos evitar más daños encarcelando al conductor con propensión a los accidentes que encerrando al hombre que asesina a su padre para cobrar la herencia, e incrementaríamos el poder de disuasión de la ley si no aceptáramos excusa alguna y no estimuláramos a los criminales en potencia a esperar que si los atrapan pueden plantear un falso alegato de enfermedad mental. De modo que los críticos sostienen que el derecho debe limitar en forma tajante estas eximentes, basándose en que aumentan el coste de los procesos y de la educación legal, que se abusa de ellas y que su propósito en un sistema penal ilustrado parece oscuro.

Hart no está de acuerdo. Inicia su respuesta recordándonos que es falso suponer que el derecho penal (o cualquier otra rama del derecho) tenga una serie de objetivos de importancia primordial, en el sentido de que a ellos deban adaptarse todos y cada uno de los rasgos del derecho. Es indudable que el derecho penal se propone impedir el crimen, pero debe perseguir su objetivo sometiéndose a principios que pueden limitar su eficacia para alcanzarlos; estaría mal castigar como rehén a un inocente, aun cuando al hacerlo se redujera efectivamente la actividad delictiva. Debemos entender las eximentes que apelan al estado mental bajo esta luz, de modo que el hecho de que puedan interferir con la prevención de la delincuencia no es un argumento concluyente. Pero éste no es más que un punto negativo, y deja abierta la cuestión de si este tipo de eximentes está realmente justificado o si se las debe cambiar. Hart aborda el problema de la manera que acabo de describir: comienza por preguntarse si las eximentes basadas en enfermedad mental reflejan alguna tradición moral o algún objetivo o política general de la comunidad.

Considera primero la sugerencia de algunos abogados penalistas, como el profesor Jerome Hall, de que el sentido de la eximente basada en enfermedad mental es asegurar que la ley castigue como criminales sólo a los hombres que son moralmente censurables de acuerdo con los estándares convencionales. Tan atractiva noción parece originariamente plausible. En la vida ordinaria no culpamos a alguien que haya hecho daño si actuó de manera no intencional o inadvertida (a menos, quizá, que también haya sido descuidado); tampoco si creemos que padece un trastorno mental grave. Por

ende, es plausible suponer que jueces y legisladores han de incorporar estas actitudes al derecho penal, en la forma de una doctrina según la cual en tales condiciones los hombres no deben ser castigados, aun cuando fuera más eficaz hacerlo.

Sin embargo, Hart rechaza esta teoría sobre la base de que hay muchos delitos —por ejemplo, en Inglaterra, el no atenerse a los reglamentos de transporte ferroviario— que en sí mismos no son moralmente censurables. La existencia de tales delitos, argumenta Hart, demuestra que el propósito general del derecho no es condenar solamente los actos censurables, con lo que se prueba que tal no puede ser el sentido de las eximentes basadas en enfermedades mentales.

Pero Hart se equivoca al rechazar así la teoría de la censurabilidad; en mi opinión, confunde dos motivos por los cuales una violación de la ley podría constituir un mal moral. Podría estar mal infringir una ley porque el acto que ésta condena (el de matar, por ejemplo) es en sí mismo malo. O podría estar mal, aunque el acto condenado no fuera en sí mismo malo, precisamente porque la ley lo prohíbe, y un caso de ello podría ser la legislación ferroviaria. Tal vez quepa la duda respecto de si es prudente, o justo, que Inglaterra nacionalice los ferrocarriles; pero podría ser verdad que, una vez promulgada la ley, todo el mundo tiene la obligación moral de obedecerla.

Claro que de esto no se sigue que un hombre sea moralmente censurable toda vez que hace algo que la ley prohíbe. Puede que no sea censurable porque la ley es tan injusta que la obligación moral normal de obedecerla deja de existir, y éste es un argumento que opusieron algunos objetores de conciencia a la ley de reclutamiento. (Es discutible que el sentido del *proceso debido* [*due process*] y de otras cláusulas de la Constitución de los Estados Unidos consista en proteger a un hombre contra el castigo en casos como éste.) O quizá no sea censurable porque su acto fue cometido en forma accidental o inadvertida, o porque padecía una enfermedad mental y no era responsable de su conducta. El argumento del profesor Hall, que Hart se apresura demasiado a rechazar, es que el sentido de las eximentes basadas en enfermedad mental es evitar que un hombre sea castigado en este caso.

Sin embargo, aun cuando Hall tenga razón, las cuestiones críticas mantienen su validez, porque debemos preguntarnos si realmente nuestras actitudes convencionales res-

pecto de la culpa y del castigo tienen algo que ver con el derecho. Los que dudan del valor de estas eximentes sostienen que, puesto que el objetivo del derecho penal es reformar y disuadir, no castigar, estas convenciones no vienen al caso, y las eximentes basadas en enfermedad mental deberían ser abandonadas. Y lo dejan perfectamente en claro al proponer que se deje de lado la palabra «castigo» para hablar en cambio de «tratamiento». Afirman que si un hombre ha cometido un delito, la forma en que la sociedad debe tratarlo —ya sea que lo encarcele, lo hospitalice o lo ponga en libertad— ha de depender de cuál sea la acción que mejor prevenga la repetición del hecho. Por eso, el argumento confunde el problema de si era moralmente censurable por hacer lo que hizo, ya que el tratamiento podría ser innecesario aunque fuera censurable, y aconsejable aunque no fuera censurable. Debemos preguntarnos si estas eximentes sirven a algún propósito de importancia para esta noción revisada del derecho penal.

En uno de los primeros ensayos, «Legal Responsibility and Excuses», reproducidos en su reciente libro, Hart presenta esta sugerencia. Las eximentes mentales incrementan el control de cada hombre sobre su propio destino, al reducir el número de ocasiones en que la ley interferirá en su libertad de una manera que él no podría haber predicho a partir de sus propios actos deliberados. Si se revocaran las eximentes mentales, todos tendríamos que convivir con el hecho de que algún accidente o inadvertencia podría enviarnos a la cárcel o complicarnos en un proceso largo, caro y degradante. En virtud de las eximentes y atenuantes, podemos contar con el hecho de que, en general, sólo seremos procesados por actos ejecutados con plena conciencia de que podrían dar lugar a acusación, lo que ofrece el beneficio accesorio de que quienes sean castigados han tenido por lo menos la oportunidad de tomar y llevar a la práctica una decisión de infringir la ley.

Pero, si apunta únicamente al incremento de seguridad personal que permiten las eximentes mentales, el argumento es débil, porque este incremento de seguridad es mínimo. Después de todo, la comunidad ha aceptado multitud de decisiones que hacen mucho más peligrosa la vida, tales como la de favorecer la competencia comercial, de permitir el uso de automóviles o de ir a la guerra. Tales decisiones incrementan enormemente la probabilidad de que determinados hombres sufran un daño que no podían prever y que no

emana de sus actos deliberados; pero la sociedad sigue aceptando esas decisiones y corre esos riesgos, en aras de algún objetivo de eficiencia, provecho o política nacional. Si, como está dispuesto a suponer Hart, la eliminación de las eximentes mentales incrementaría la eficiencia del derecho penal para la prevención del delito, esto se agregaría a la seguridad personal y el control sobre su propio destino del ciudadano ordinario en una medida tal que presumiblemente excedería el riesgo incrementado de verse considerado responsable de un accidente.

Creo que Hart tiene más razón cuando, en un ensayo posterior, «Punishment and the Elimination of Responsibility», ofrece una justificación diferente y más general de las eximentes mentales: «La sociedad humana es una sociedad de personas; y las personas no se consideran, ni consideran a otras personas, como simples cuerpos que se mueven de maneras que a veces son lesivas y que han de ser prevenidas o alteradas. En cambio, las personas interpretan recíprocamente sus movimientos como manifestaciones de intenciones...» En otro escrito, y en el mismo sentido, dice que la ley trataría a las personas como medios y no como fines, si abandonara estos atenuantes.

Estos enunciados unen las doctrinas jurídicas con un amplio cuerpo de tradiciones morales. El principio que recomiendan es que el gobierno debe tratar a sus ciudadanos con el respeto y la dignidad que se exigen entre sí los miembros adultos de la comunidad. El gobierno puede restringir a un hombre por su propio bien o por el bien general, pero sólo puede hacerlo sobre la base de su comportamiento, y debe esforzarse por juzgar tal comportamiento a partir de las mismas normas por las cuales se juzga a sí mismo; es decir, desde el punto de vista de sus intenciones, motivos y capacidades. Generalmente, los hombres sienten que han optado por actuar como lo hicieron, pero no sienten lo mismo en determinadas circunstancias de accidente, compulsión, imposición o enfermedad. Y cada uno de nosotros establece esta distinción, no sólo para sí mismo, sino para evaluar cómo ha de reaccionar ante otros a quienes considera con cierto respeto. Hasta un perro, decía Holmes, sabe cuál es la diferencia entre que le den una patada y que tropiecen con él.

El derecho penal podría ser más eficiente si hiciera caso omiso de esta molesta distinción y encarcelara a la gente o la obligara a aceptar un tratamiento siempre que así pareciera probable una disminución futura del delito. Pero así,

tal como lo sugiere el principio de Hart, se cruzaría la línea que separa el tratar a alguien como nuestro prójimo y como a otro ser humano, de tratarlo como un recurso para beneficio de otros; y, dadas las convenciones y práctica de nuestra comunidad, no puede haber insulto más profundo que éste. El insulto es igualmente grande con independencia de que el proceso se lo llame castigo o tratamiento. Es verdad que a veces restringimos y damos tratamiento a un hombre, simplemente porque creemos que no tiene control de su conducta. Lo hacemos bajo las leyes que restringen la capacidad de obrar y, típicamente, después de que un hombre ha sido absuelto de un delito grave por razones de perturbación mental. Pero es nuestro deber reconocer el compromiso de principio implícito en esta política; y sólo debemos tratar a un hombre contra su voluntad cuando el peligro que presenta es real, y no cuando calculamos que probablemente las cifras delictivas bajarían si lo hiciéramos.

Claro que esta forma de argumentar plantea más cuestiones de las que resuelve. Algunos filósofos piensan, sobre la base de datos de la fisiología y la psicología contemporáneas, que esta distinción fenomenológica entre opción y compulsión no tiene sentido. Creen que todo comportamiento humano está determinado por factores que trascienden el control del individuo, de modo que los sentimientos de libre albedrío que con frecuencia tenemos no son más que ilusiones. Pero las pruebas científicas de tal punto de vista están lejos de ser concluyentes, e incluso quienes las consideran de peso deben decidir de qué manera ha de responder la ley mientras el caso no esté demostrado (si es que alguna vez llega a estarlo). Si aceptáramos el punto de vista de que todo está determinado, por ejemplo, ¿se seguiría de ello que hemos de abandonar completamente la idea de que los seres humanos tienen derechos que sus gobiernos están moralmente obligados a respetar? Si optáramos por no ir tan lejos, ya fuera porque las pruebas científicas no son concluyentes o porque nos resistimos en todo caso a abandonar la idea de derechos, ¿no sería incongruente abandonar las eximentes mentales en nombre de la ciencia? Por otra parte, si mantenemos tales eximentes y aceptamos como base de las mismas la distinción fenomenológica entre elegir o no elegir hacer algo, como lo sugiere este argumento, ¿de qué manera ha de guiar esa actitud nuestra manera de encarar los casos difíciles, como el del psicópata? De acuerdo con las normas convencionales de comportamiento, ¿el psicópata tiene con-

trol de sí mismo o su caso constituye una especie de compromiso, lo que explica nuestra confusión? No dispongo aquí de espacio para profundizar en estos problemas (alguno de los cuales analiza Hart), y los menciono solamente para demostrar que el enfoque de la jurisprudencia que insiste en el principio no puede limitarse a mostrar simplemente los vínculos entre la práctica social y la jurídica, sino que ha de continuar examinando y criticando la práctica social, comparándola con normas independientes de coherencia y de sentido.

Las eximentes mentales no son los únicos aspectos controvertidos de las reglas del procedimiento penal —referentes, por ejemplo, al interrogatorio, a las confesiones y a la detención preventiva— que protegen al presunto delincuente a expensas, hasta cierto punto, de la eficiencia policial. Podría ser útil señalar el valor que puede tener plantear estos problemas desde un punto de vista más filosófico que el que han adoptado hasta el momento los abogados académicos. Hasta ahora, la posición liberal ha sido presentada principalmente en términos instrumentales. El liberal sostiene que los objetivos propios del derecho penal incluyen tanto la protección de la libertad individual como la prevención del delito, y que las salvaguardias de procedimiento consiguen equilibrar estos dos objetivos. Pero esta manera de plantear las cosas hace pensar que lo que hace falta es lograr tal equilibrio, y anima a otros a preguntar por qué la mayoría de ciudadanos respetuosos de la ley no han de llevar el equilibrio un poco más hacia su propia protección.

Esta es una cuestión que pone al liberal en una posición difícil. Podría contestar que él, personalmente, valora la libertad de los otros más que el incremento de su propia seguridad, pero tendría que admitir que la suya es una posición minoritaria. Podría argumentar que a la larga, incluso la mayoría estaría mejor si se promoviera la libertad al precio de un poco de seguridad, pero este argumento, aunque muy aceptado por los liberales, está evidentemente equivocado. El derecho penal representa una amenaza mayor para el tóxico negro que para el blanco de clase media, y hay pocas razones para suponer que interrogar al primero de ellos sin asesoramiento jurídico o mantenerlo en prisión en espera del proceso pueda afectar, ni siquiera a la larga, la libertad del último.

Aquí vuelve a ser útil el enfoque general de Hart, que sugeriría que la posición liberal debe ser defendida **subra-**

yando los principios morales que actúan como restrictivos del derecho, más bien que citando los objetivos conflictivos de éste. El argumento debe basarse en doctrinas jurídicas que son parte de nuestra tradición (como la doctrina de que a ningún hombre se lo puede obligar a condenarse o de que a un hombre se lo supone inocente mientras no se ha demostrado que es culpable) para respaldar la afirmación de que la sociedad no tiene derecho a interrogar a un hombre en ausencia de un abogado, y de que un sospechoso acusado tiene derecho a estar en libertad antes del proceso, independientemente de que la mayoría se beneficie o no. Por cierto que puede haber conflictos entre estos principios y las necesidades prácticas, pero tales conflictos no son ocasión para llegar a compromisos justos, sino más bien, en caso de que no sean honrados los principios, motivo de vergüenza y arrepentimiento.

Los que adoptan un punto de vista diferente y quieren incrementar la eficiencia policial, aceptan las doctrinas que he mencionado, tales como el privilegio contra la autoincriminación, pero niegan que las mismas garanticen los derechos que sostienen los liberales. Argumentarían, por ejemplo, que este privilegio protege a un hombre de la posibilidad de ser torturado para extraerle una confesión, pero no le da derecho a retirar una confesión hecha voluntariamente por la sola razón de que la hizo sin reflexionar. De modo que la controversia ha de ser acuñada en términos filosóficos: el uso de confesiones obtenidas sin asesoramiento jurídico o la detención preventiva, ¿contradicen los principios morales que están en la base de las doctrinas establecidas? Yo creo que sí, pero todavía falta que la jurisprudencia tienda los puentes entre la teoría jurídica y la teoría moral que fundamenta esa afirmación.

Quizás el principio que citaba Hart, de que el gobierno debe mostrar un mínimo de respeto incluso a los acusados y tratarlos como a seres humanos y no como saldos, ayude a establecer la existencia de una contradicción. Este principio, por ejemplo, configura la doctrina de que un hombre es inocente mientras no se demuestre que es culpable y ayuda a explicar por qué parece que está mal enviar a prisión a un hombre que espera ser procesado, sobre la base de una predicción según la cual podría cometer más delitos si se lo dejara en libertad bajo fianza. Porque una predicción como ésta, si es correcta, debe basarse en la opinión de que un individuo es miembro de una clase que tiene determinados

rasgos que la hacen más susceptible de cometer delitos que a otras clases. Es decir que la predicción debe ser actuarial, como la predicción que hace una compañía de seguros respecto de la probabilidad de que los adolescentes tengan accidentes de automóvil. Pero es injusto encarcelar a alguien sobre la base de un juicio referente a una clase, por más exacto que éste sea, porque así se le niega su derecho a ser igualmente respetado como individuo.

2

EL MODELO DE LAS NORMAS (I)

1. CUESTIONES EMBARAZOSAS

Los abogados confían mucho en los conceptos relacionados de derecho jurídico y obligación jurídica. Decimos que alguien tiene un derecho o un deber jurídico y tomamos ese enunciado como base firme para presentar demandas e intimaciones y para criticar los actos de los funcionarios públicos. Pero la comprensión que tenemos de tales conceptos es notablemente frágil, y nos vemos en dificultades cuando intentamos decir qué son los derechos y las obligaciones jurídicos. Con sospechosa facilidad, decimos que el hecho de que alguien tenga o no una obligación jurídica se determina aplicando «el derecho» a los hechos particulares de su caso, pero no es una respuesta útil, porque con el concepto de derecho tenemos las mismas dificultades.

Estamos acostumbrados a evaluar nuestros problemas con las cuestiones clásicas de la jurisprudencia: ¿Qué dice «el derecho»? Cuando dos partes están, como a menudo sucede, en desacuerdo respecto de una proposición «de derecho», ¿sobre qué están en desacuerdo y cómo hemos de decidir cuál de ellas tiene razón? ¿Por qué consideramos lo que dice «el derecho» como asunto de «obligación» jurídica? La palabra «obligación», ¿es aquí un mero término técnico, que significa solamente lo que dice el derecho? ¿O la obligación jurídica tiene algo que ver con la obligación moral? ¿Podemos decir que tenemos, en principio al menos, las mismas razones para cumplir con nuestras obligaciones jurídicas que con nuestras obligaciones morales?

Y aquí no se trata de rompecabezas para tener guardados en el armario y sacarlos cuando llueve, para entretenernos. Estas cuestiones son fuente de continua incomodidad y nos reclaman insistentemente la atención. Nos molestan cuando nos enfrentamos con problemas concretos que debemos

resolver en uno u otro sentido. Supongamos que se plantea ante el tribunal un caso insólito de derecho a la intimidad y que no hay leyes ni precedentes que el querellante pueda invocar. ¿Qué papel ha de desempeñar en la decisión del tribunal el hecho de que la mayoría de las personas en la comunidad piensen que, «moralmente», los individuos tienen derecho a esa especial forma de intimidad? Supongamos que la Suprema Corte ordena poner en libertad a un preso porque la policía se valió de procedimientos que, ahora, la Corte considera constitucionalmente prohibidos, aunque haya habido decisiones previas de la misma Corte que los respaldaban. La Corte, para ser congruente, ¿debe liberar a todos los otros presos previamente condenados en virtud de esos mismos procedimientos?¹ Los enigmas conceptuales referentes al «derecho» y la «obligación jurídica» se agudizan cuando un tribunal se ve frente a un problema de este tipo.

Estas erupciones son síntoma de una enfermedad crónica. Casi todos los días mandamos gente a la cárcel o le hacemos pagar dinero, o les hacemos hacer cosas que ellos no quieren hacer, bajo la coerción de la fuerza, y todo eso lo justificamos diciendo que tales personas han infringido la ley o no han cumplido con sus obligaciones jurídicas o han interferido con los derechos legales de otras personas. Ni siquiera en los casos claros (un robo a un banco o el incumplimiento doloso de un contrato), en que estamos seguros de que alguien tenía una obligación jurídica y la infringió, podemos dar una explicación satisfactoria de qué es lo que eso significa, o por qué eso da derecho al estado para castigar o coaccionar al individuo. Podemos sentirnos seguros de que lo que estamos haciendo es lo adecuado, pero mientras no podamos identificar los principios que seguimos no podemos tener la seguridad de que son suficientes ni de que los estamos aplicando congruentemente. En los casos menos claros, en que el problema de si se ha faltado a alguna obligación es, por alguna razón, discutible, estas molestas cuestiones se agudizan, y se profundiza nuestra responsabilidad de encontrarles respuesta.

Ciertos juristas (a quienes podemos llamar «nominalistas») nos instan a resolver estos problemas ignorándolos, simplemente. En opinión de ellos, los conceptos de «obligación jurídica» y «derecho» son mitos, inventados y mantenidos por los abogados como resultado de una funesta mezcla de motivos conscientes y subconscientes. Los enigmas que encontramos en tales conceptos son meros síntomas de que se

trata de mitos. Son insolubles porque son irreales, y que nos preocupemos por ellos no es más que una característica de nuestra esclavitud. Lo mejor que podríamos hacer sería echar juntos a la basura los enigmas y los conceptos y perseguir nuestros importantes objetivos sociales sin ese exceso de equipaje.

La sugerencia es tentadora, pero tiene tremendas desventajas. Antes de que podamos decidir que nuestros conceptos del derecho y de la obligación jurídica son mitos, debemos decidir qué son. Debemos ser capaces de enunciar, aproximadamente al menos, qué es lo que todos creemos que está mal. Pero lo esencial de nuestro problema reside en que tenemos grandes dificultades para hacer precisamente eso. Es más, cuando preguntamos qué es el derecho y qué son las obligaciones jurídicas, estamos reclamando una teoría de la forma en que usamos estos conceptos y de los compromisos conceptuales que de nuestro uso se derivan. No podemos, antes de tener tal teoría general, llegar a la conclusión de que nuestras prácticas son estúpidas o supersticiosas.

Por cierto que los nominalistas creen saber cómo usamos esos conceptos el resto de nosotros. Creen que cuando hablamos de «el derecho» nos referimos a una serie de normas * intemporales almacenadas en algún depósito en espera de que los jueces las descubran, y que cuando hablamos de obligación jurídica pensamos en las cadenas invisibles con que de alguna manera nos envuelven esas normas misteriosas. Llamamos «jurisprudencia mecánica» a la teoría de que existen tales normas y cadenas, y tienen razón al ridiculizar a quienes la practican. Pero lo que se les hace difícil es encontrar, para ridiculizarla, gente que la practique. Hasta el momento no han tenido mucha suerte en lo tocante a enjaular jurisprudencia mecánica para exhibirlos (todos los especímenes capturados —incluso Blackstone y Joseph Beale— han tenido que ser dejados en libertad tras una cuidadosa lectura de sus textos).

En todo caso, está claro que la mayoría de los abogados no piensan en nada semejante cuando hablan de derecho y de obligación jurídica. Con un examen superficial de nuestras

* La palabra inglesa *rule* presenta una ambigüedad que hizo necesarias dos versiones: *norma* cuando, por el contexto, tiene una dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta (se habla así de “normas” morales o jurídicas), y *regla* cuando tiene el valor instrumental de regular una actividad (“reglas” de un juego o deporte, “reglas” técnicas, etc.). Sin embargo, se ha respetado la terminología acuñada en casos como el de la “regla de reconocimiento” de Hart. (N. de T.)

prácticas basta para demostrarlo, pues hablamos de leyes que cambian y evolucionan, y de obligaciones jurídicas que a veces son problemáticas. De ésta y de otras maneras, demostramos que no somos maniáticos de la jurisprudencia mecánica.

Pese a ello, usamos efectivamente los conceptos de derecho y de obligación jurídica, y suponemos que la justificación de la sociedad para castigar y ejercer coerción está escrita en esos términos. Es posible que cuando se pongan en claro los detalles de tal práctica, se demuestre que de hecho los conceptos que usamos son tan tontos y están tan contaminados de ilusión como los que inventaron los nominalistas. En tal caso, tendremos que encontrar otras maneras de describir lo que hacemos y ofrecer otras justificaciones, o bien cambiar nuestras prácticas. Pero, mientras no lo hayamos descubierto y nos hayamos adaptado a ello, no podemos aceptar la prematura invitación de los nominalistas y dar la espalda a los problemas que nos presentan nuestros conceptos actuales.

Por supuesto que la sugerencia de que dejemos de hablar de «derecho» y de «obligación jurídica» es exagerada. Son conceptos que están demasiado profundamente incorporados a la estructura de nuestras prácticas políticas, y no se puede renunciar a ellos como a fumar o a usar sombrero. Así lo han admitido, a medias, algunos nominalistas, que dicen que los mitos que ellos condenan deben ser considerados como mitos platónicos y mantenidos para inducir al orden a las masas. La sugerencia tal vez no sea tan cínica como parece; quizá sea una forma encubierta de eludir una apuesta dudosa.

Si lo depuramos de la exageración, el ataque nominalista se reduce a un ataque a la jurisprudencia mecánica. A pesar de la crítica y de los heroicos clamores por la muerte del derecho, los propios nominalistas han ofrecido un análisis de cómo se han de usar los términos «derecho» y «obligación jurídica», y su análisis no difiere mucho del que ofrecen filósofos más clásicos. Los nominalistas presentan el suyo como un modelo de cómo «operan en realidad» las instituciones jurídicas (en particular los tribunales). Pero su modelo difiere, principalmente en el énfasis, de la teoría que el filósofo John Austin popularizó por primera vez en el siglo XIX y que actualmente aceptan, en una u otra forma, la mayoría de los juristas, ya sea su actividad profesional o académica, que tienen alguna opinión sobre la jurisprudencia. Con cier-

ta imprecisión histórica, llamaré a dicha teoría «positivismo jurídico». Me propongo examinar la solidez de los fundamentos del positivismo jurídico, particularmente en la poderosa forma que le ha dado el profesor H. L. A. Hart. Opté por concentrarme en su posición debido no solamente a la claridad y elegancia de la misma, sino porque aquí, como en casi cualquier otro ámbito de la filosofía del derecho, un pensamiento constructivo debe partir de la consideración de los puntos de vista de Hart.

2. EL POSITIVISMO

El esqueleto del positivismo está constituido por unas cuantas proposiciones centrales en torno a las cuales se organiza, y que —aunque no todos los filósofos a quienes se llama positivistas las suscribirían, en la forma en que yo las presento— de hecho definen la posición general que me interesa examinar. Estos principios claves pueden ser enunciados de la manera siguiente:

a) El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento sera castigado o sometido a coerción por los poderes públicos. Estas normas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su *pedigree* u origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron. Estas pruebas de origen se pueden usar para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias (aquellas que abogados y juristas defienden equivocadamente como reglas de derecho), y también de otros tipos de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término de «normas morales») que la comunidad sigue, pero que no impone mediante la fuerza pública.

b) El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de «derecho», de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir «aplicando la ley». Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que «ejerza su discreción», lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la

preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente.

c) Decir que alguien tiene una «obligación jurídica» equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga. (Decir que un hombre tiene un derecho jurídico, o que tiene algún tipo de poder jurídico, o un privilegio o inmunidad jurídica, es una forma taquigráfica de aseverar que otros tienen obligaciones jurídicas, reales o hipotéticas, de actuar o de no actuar de ciertas maneras que a él le afectan.) En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica; de ello se sigue que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto.

Esto no es más que el armazón del positivismo. Los diferentes positivistas disponen de manera diversa su contenido, y hasta los hay que se crean el armazón a su manera. Las diferentes versiones se apartan entre sí ampliamente en su descripción del certificado de origen que debe satisfacer una norma para ser considerada norma jurídica.

Austin, por ejemplo, dio forma a su versión de la prueba fundamental como una serie de definiciones y distinciones relacionadas entre sí.² Definió el tener una obligación como el hecho de estar sometido a una norma, una norma como un mandato general, y un mandato como expresión del deseo de que otros se conduzcan de determinada manera, respaldado por el poder y la voluntad de hacer respetar dicha expresión en el caso de desobediencia. Distinguió clases de normas (jurídicas, morales o religiosas) según qué persona o grupo es autor del mandato general que representa la norma. En cada comunidad política, pensaba Austin, se encuentra un soberano, una persona o un grupo determinado a quien habitualmente obedecen los demás, pero que no está habituado a obedecer a nadie más. Las normas jurídicas de una comunidad son los mandatos generales que ha emitido su soberano. La definición que da Austin de la obligación jurídica se sigue de su definición del derecho. Creía que uno tiene una obligación jurídica si se cuenta entre aquellos a quienes se dirige alguna orden general del soberano y está en peligro de sufrir una sanción a menos que obedezca dicha orden.

Por cierto que no hay ningún esquema de órdenes mediante el cual el soberano pueda abarcar todas las contingencias, y algunas de sus órdenes serán inevitablemente vagas o de

límites imprecisos. Por consiguiente (de acuerdo con Austin), el soberano concede a quienes hacen respetar la ley (los jueces) la discrecionalidad de dar nuevas órdenes toda vez que se presenten casos nuevos o difíciles. Los jueces hacen entonces normas nuevas o adaptan las antiguas, y el soberano desconoce tales creaciones o bien, al no hacerlo así, tácitamente las confirma.

El modelo de Austin es bellísimo en su simplicidad. Afirma el primer dogma del positivismo, que el derecho es un conjunto de normas seleccionadas especialmente para gobernar el orden público, y ofrece una simple prueba fáctica —la pregunta por cuál ha sido el mandato del soberano— como único criterio para la identificación de esas normas especiales. Con el tiempo, sin embargo, los que estudiaron e intentaron aplicar el modelo de Austin lo encontraron demasiado simple. Se le plantearon muchas objeciones, entre las cuales había dos que parecían fundamentales. Primero, que no parecía que el supuesto clave de Austin —que en cada comunidad se puede encontrar un grupo o institución determinado que ejerce en última instancia el control de todos los otros grupos— fuera válido en una sociedad compleja. En una nación moderna el control político es pluralista y cambiante; es cuestión de flexibilidad y moderación, de compromiso, cooperación y alianza, de modo que con frecuencia es imposible decir que alguna persona o grupo tenga ese control absoluto, necesario para ser reconocido como soberano, en el sentido de Austin. Si se quiere decir, por ejemplo, que en los Estados Unidos el «pueblo» es soberano, eso no significa casi nada, y en sí mismo no constituye prueba alguna para determinar cuál ha sido el mandato del «pueblo», ni para distinguir sus mandatos jurídicos de los de orden social o moral.

En segundo lugar, los críticos comenzaron a darse cuenta de que el análisis de Austin no llega en absoluto a explicar, ni a reconocer siquiera, ciertos hechos sorprendentes en lo referente a las actitudes que adoptamos hacia «el derecho». Establecemos una importante distinción entre el derecho y las órdenes generales de un gángster. Sentimos que las exigencias del derecho —y sus sanciones— son diferentes, en cuanto son obligatorias de una manera que no lo son los mandatos del forajido. En el análisis de Austin no hay lugar para tal distinción, porque en él se define una obligación como sumisión a la amenaza de la fuerza, de modo que la autoridad del derecho se funda exclusivamente sobre la ca-

pacidad y la voluntad del soberano de perjudicar a quienes desobedecen. Quizá la distinción que nosotros establecemos sea ilusoria; tal vez nuestra sensación de que con el derecho va ligada alguna autoridad especial se base en resabios religiosos o en alguna otra especie de autoengaño en gran escala. Pero esto es algo que Austin no demuestra, y podemos, pues, insistir en que un análisis de nuestro concepto del derecho reconozca y explique nuestras actitudes, o bien demuestre por qué están equivocadas.

La versión del positivismo que da H. L. A. Hart es más compleja que la de Austin en dos sentidos. Primero, porque reconoce, cosa que Austin no hizo, que las normas son de diferentes géneros lógicos. (Hart distingue dos géneros, a los que denomina normas «primarias» y «secundarias».) En segundo lugar, rechaza la teoría de Austin de que una norma es una especie de mandato, y la sustituye por un análisis general más elaborado de la naturaleza de las normas. Debemos detenernos en cada uno de estos puntos, para después señalar cómo se funden en el concepto que Hart tiene del derecho.

La distinción de Hart entre normas primarias y secundarias es de gran importancia.³ Las normas primarias son las que aseguran derechos o imponen obligaciones a los miembros de la comunidad. Las normas del derecho penal que nos prohíben robar, asesinar o conducir a velocidad excesiva son buenos ejemplos de normas primarias. Las secundarias son las que estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias. Ejemplos de normas secundarias son las que establecen de qué manera se compone el Congreso y cómo efectúa su labor legislativa. Las normas referentes a la formación de contratos y a la ejecución de testamentos también son secundarias, porque estipulan de qué manera llegan a existir y se cambian normas muy particulares que rigen determinadas obligaciones jurídicas (p. ej., los términos de un contrato o las disposiciones de un testamento).

También es de gran importancia su análisis general de las normas.⁴ Austin había dicho que toda norma es un mandato general, y que una persona está obligada por una norma si es susceptible de ser sancionada en caso de desobedecerla. Hart señala que así se borra la distinción entre *verse obligado* a [*being obliged to*] hacer algo y *estar obligado* a [*being obligated to*] hacerlo. Si uno está limitado por una norma, está obligado (no se ve simplemente obligado) a ha-

cer lo que ésta prescribe; por consiguiente, estar limitado por una norma debe ser diferente de verse sometido a una sanción si uno desobedece una orden. Una norma difiere de una orden, entre otras cosas, por ser normativa, por establecer un estándar de comportamiento que plantea al sujeto una exigencia que trasciende la amenaza capaz de hacerla cumplir. Una norma nunca puede ser obligatoria simplemente porque una persona que tiene fuerza física quiere que lo sea. Tal persona debe tener *autoridad* para dictar la norma, porque si no, no es norma, y una autoridad tal sólo puede provenir de otra norma que es ya obligatoria para aquellos a quienes ella se dirige. Tal es la diferencia entre una ley válida y las órdenes de un pistolero.

Hart ofrece, pues, una teoría general de las normas que no hace depender la autoridad de éstas de la fuerza física de sus autores. Si examinamos la forma en que llegan a existir las diferentes normas, dice, y nos atenemos a la distinción entre normas primarias y secundarias, vemos que hay dos fuentes posibles para la autoridad de una norma:⁵

a) Una norma puede llegar a ser obligatoria para un grupo de gente porque ese grupo, mediante sus prácticas, la *acepta* como norma de su conducta. No es bastante con que el grupo se ajuste simplemente a un modelo de comportamiento: aunque la mayoría de los ingleses vayan al cine el sábado a la noche, no han aceptado una norma que les exija que lo hagan. Una práctica constituye la aceptación de una norma sólo cuando quienes siguen la práctica consideran la norma como obligatoria y la reconocen como razón o justificación de su propio comportamiento, y como razón para criticar el comportamiento de otros que no la obedecen.

b) Una norma también puede llegar a ser obligatoria de una manera muy diferente, a saber, al ser promulgada de conformidad con alguna norma *secundaria* que estipule que las leyes así promulgadas serán obligatorias. Si la constitución de un club estipula, por ejemplo, que los estatutos pueden ser adoptados por una mayoría de los miembros, entonces los estatutos particulares votados de esa manera son obligatorios para todos los miembros, no debido a ninguna práctica de aceptación de esos determinados estatutos, sino porque la constitución lo dice. En este sentido usamos el concepto de *validez*: a las normas que son obligatorias porque han sido creadas de la manera estipulada por alguna norma secundaria las llamamos normas «válidas».

Así, podemos expresar de la siguiente manera la distin-

ción fundamental que establece Hart: una norma puede ser obligatoria a) porque es aceptada o b) porque es válida.

El concepto de derecho que propone Hart es una construcción en la que intervienen estas diversas distinciones.⁶ Las comunidades primitivas no tienen más que normas primarias, que son obligatorias debido solamente a las prácticas de aceptación. De tales comunidades no se puede decir que tengan «derecho», porque no hay manera de distinguir un conjunto de normas jurídicas de las otras reglas sociales, como lo exige el primer principio del positivismo. Pero cuando una comunidad determinada ha llegado a tener una norma secundaria fundamental que estipula de qué manera han de ser identificadas las normas jurídicas, nace una idea de un conjunto distinto de normas jurídicas y, por ende, la del derecho.

Esta norma secundaria fundamental es lo que Hart llama «regla de reconocimiento». La regla de reconocimiento de una comunidad dada puede ser relativamente simple («Lo que el rey manda es derecho») o sumamente compleja (la constitución de los Estados Unidos, con todas sus dificultades de interpretación, puede ser considerada como una regla única de reconocimiento). Por ende, la demostración de que una norma determinada es válida puede exigir que se remonte una complicada cadena de validez, a partir de esa norma en particular, hasta llegar en última instancia a la norma fundamental. Así, una ordenanza de aparcamiento de la ciudad de New Haven es válida porque ha sido adoptada por un ayuntamiento, siguiendo los procedimientos y manteniéndose dentro de las competencias especificadas por la ley municipal adoptada por el estado de Connecticut, de conformidad con los procedimientos y dentro de las competencias especificadas por la constitución del estado de Connecticut, que a su vez fue adoptada de acuerdo con las exigencias de la constitución de los Estados Unidos.

Por cierto que una regla de reconocimiento no puede ser válida, porque es por hipótesis la instancia decisiva, de manera que no puede satisfacer las pruebas estipuladas por una norma superior. La regla de reconocimiento es la única regla de un sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación. Si deseamos saber qué regla de reconocimiento ha adoptado o sigue una comunidad determinada, debemos observar de qué manera se conducen sus ciudadanos, y particularmente sus funcionarios. Debemos observar qué argumentos decisivos aceptan como demostrativos de la

validez de una regla determinada, y qué argumentos últimos usan para criticar a otros funcionarios o a las instituciones. Aunque no podamos aplicar ninguna prueba mecánica, no hay peligro que confundamos la regla de reconocimiento de una comunidad con sus normas de moralidad. La regla de reconocimiento se identifica por el hecho de que su jurisdicción es el funcionamiento del aparato gubernamental de legislaturas, tribunales, organismos, policía y cosas semejantes.

De esta manera, Hart rescata de los errores de Austin los puntos fundamentales del positivismo. Está de acuerdo con Austin en que las normas jurídicas válidas pueden ser creadas en virtud de los actos de funcionarios públicos e instituciones públicas. Pero Austin pensaba que la autoridad de tales instituciones descansaba únicamente en su monopolio del poder. Hart encuentra esa autoridad en el conjunto de los estándares constitucionales que sirve de telón de fondo a su actuación; estándares constitucionales que han sido aceptados, en la forma de una regla fundamental de reconocimiento, por la comunidad a la cual rigen. Son éstos los antecedentes que legitiman las decisiones del gobierno y les dan el matiz de obligación del cual carecían las meras órdenes del soberano de Austin. La teoría de Hart difiere también de la de Austin porque reconoce que las diferentes comunidades usan diferentes fuentes de derecho, y que algunas permiten otros medios de creación de derecho, aparte el acto deliberado de una institución legislativa. Hart menciona la «larga práctica consuetudinaria» y la «relación [de una norma] con decisiones judiciales» como otros criterios de uso frecuente, aunque generalmente se los combine con la legislación y se los subordine a ella.

La versión que da Hart del positivismo es, pues, más compleja que la de Austin, y más refinada su forma de probar las normas jurídicas válidas. En un aspecto, sin embargo, los dos modelos son muy similares. Hart, como Austin, reconoce que las normas jurídicas tienen límites inciertos (él dice que son de «textura abierta») y, también como Austin, da cuenta de los casos difíciles diciendo que los jueces tienen y ejercen la discreción para decidirlos mediante una legislación nueva.⁷ (Más adelante procuraré demostrar por qué alguien que considera el derecho como un conjunto especial de normas se ve casi inevitablemente llevado a explicar los casos difíciles en función de algún ejercicio particular de la discreción.)

3. NORMAS, PRINCIPIOS Y DIRECTRICES POLÍTICAS

Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart. Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas.

Acabo de hablar de «principios, directrices políticas y otros tipos de pautas». En la mayoría de los casos usaré el término «principio» en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo «directriz» o «directriz política» * al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo «principio» a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester

* En el texto se usa "directrices políticas" o, simplemente, "directrices" como traducción del inglés *policies* (plural de *policy*, plan o curso de acción dirigido al logro de un objetivo social, económico, cultural, etc., y puesto en práctica por un gobierno, institución, empresa o persona), término que traducido como plural al castellano ("políticas") resulta incorrecto y equivoco. Su forma singular, en cambio, se ha hecho familiar —y es fácilmente distinguible de "política" en la acepción de "ciencia y arte de gobernar", y de lucha por el poder de hacerlo— en expresiones tan conocidas como "una política" desarrollista, o de reconversión industrial o de apoyo a las universidades privadas. En el mismo sentido ha de entenderse la forma adjetiva en frases como "argumentos políticos" o "consideraciones políticas". (N. de T.)

disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia), o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera.⁸

Mi propósito inmediato, sin embargo, es distinguir los principios —en el sentido genérico— de las normas, y empezar por reunir algunos ejemplos de los primeros. Los ejemplos que ofrezco son escogidos al azar; casi cualquier caso tomado de los archivos de una facultad de derecho proporcionaría ejemplos igualmente útiles. En 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el famoso caso de *Riggs v. Palmer*,⁹ si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: «Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino».¹⁰ Pero el tribunal continuaba señalando que «todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen».¹¹ El asesino no recibió su herencia.

En 1960 un tribunal de Nueva Jersey se vio enfrentado, en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*,¹² con la importante cuestión de si un fabricante de automóviles puede (o hasta qué punto) limitar su responsabilidad en caso de que el coche sea defectuoso. Henningsen había comprado un coche y firmado un contrato donde se decía que la responsabilidad del fabricante por los defectos se limitaba a «re-

parar» las partes defectuosas, «garantía ésta que expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades». Henningsten argumentaba que, por lo menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debía quedar protegido por esa limitación y debía hacérsele responsable de los gastos médicos y de otro orden de las personas heridas en un accidente. No pudo aportar ninguna ley ni ninguna norma jurídica establecida que impidiera al fabricante ampararse en el contrato. El tribunal, sin embargo, estuvo de acuerdo con Henningsen. En diversos momentos de su argumentación, los jueces van apelando a los siguientes principios: a) «Debemos tener presente el principio general de que, en ausencia de fraude, quien no opta por leer un contrato antes de firmarlo no puede luego evadir sus consecuencias.»¹³ b) «En la aplicación de este principio, es un factor de importancia el dogma básico de la libertad de contratación de las partes competentes.»¹⁴ c) «La libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne.»¹⁵ d) «En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y donde su uso está tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches. Por consiguiente, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados.»¹⁶ e) «¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia?»¹⁷ f) «Más específicamente, los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un “pacto” en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra...»¹⁸

Los principios que se establecen en estas citas no son del tipo que consideramos como normas jurídicas. Parecen muy diferentes de proposiciones como «La velocidad máxima permitida por la ley en la autopista es de cien kilómetros por hora» o «Un testamento no es válido a menos que esté firmado por tres testigos». Son diferentes porque son principios jurídicos más bien que normas jurídicas.

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídi-

cas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

La forma disyuntiva se puede ver con toda claridad si consideramos de qué manera funcionan las reglas, no en el derecho, sino en alguna actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte. En el béisbol, una regla establece que si el *batter* o bateador no contesta tres lanzamientos, queda fuera del juego. No es coherente reconocer que ésta es una enunciación correcta de una de las reglas del béisbol y decidir que un bateador que no contesta tres lanzamientos no queda fuera del juego. Por cierto que una regla puede tener excepciones (el *batter* que ha fallado tres lanzamientos no está *out* si el *catcher* ha dejado caer el tercero). Sin embargo, un enunciado preciso de la regla tendría en cuenta esta excepción, y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy grande, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla; en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas: y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla.

Si tomamos como modelo las reglas del béisbol, veremos que las normas de derecho, como la que establece que un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos, se adecúan bien al modelo. Si la exigencia de los tres testigos es una norma jurídica válida, entonces no puede ser válido un testamento que haya sido firmado solamente por dos testigos. La norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones. En teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones, y cuantas más haya, más completo será el enunciado de la norma.

Pero no es así como operan los principios mostrados anteriormente. Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se

beneficie de las injusticias que comete. De hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias. El caso más notorio es el de la usucapión; si penetro reiteradamente en predio ajeno, algún día tendré el derecho de atravesarlo siempre que quiera. Hay muchos ejemplos menos espectaculares. Si un hombre deja un trabajo por otro mucho mejor pagado, y para hacerlo incumple un contrato, es posible que tenga que indemnizar por daños y perjuicios a su primer patrono, pero por lo común tiene derecho a conservar su nuevo salario. Si alguien quebranta la libertad bajo fianza para ir a hacer una inversión provechosa atravesando los límites estatales [en los Estados Unidos], es posible que lo envíen de vuelta a la cárcel, pero seguirá obteniendo los beneficios.

No consideramos que estos ejemplos en contrario —y otros, innumerables, que son fáciles de imaginar— demuestren que el principio de no beneficiarse de las propias injusticias no sea un principio de nuestro sistema jurídico, ni que sea incompleto y necesite de excepciones que lo limiten. No tratamos estos ejemplos como excepciones (por lo menos, no en el sentido en que es una excepción el hecho de que un *catcher* deje caer el tercer lanzamiento), porque no podemos esperar que los ejemplos en contrario queden simplemente incluidos en un enunciado más extenso del principio. No están, ni siquiera en teoría, sujetos a enumeración, porque tendríamos que incluir no solamente aquellos casos, como la usucapión, en que alguna institución ha previsto ya que se pueda obtener beneficio mediante una injusticia, sino también los innumerables casos imaginarios en que sabemos por anticipado que el principio no sería válido. La enumeración de algunos de ellos podría agudizar nuestra percepción del peso del principio (una dimensión sobre la que volveré en breve), pero no nos proporciona un enunciado más completo ni más exacto del mismo.

Un principio como «Nadie puede beneficiarse de su propio delito» no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de algo ilegal que hizo para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de dere-

chos o un principio que limite la pena a lo estipulado por la legislación. En tal caso, es posible que nuestro principio no prevalezca, pero ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.

La distinción lógica entre normas y principios aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas. Considérese la proposición, enunciada como punto «d)» en los extractos tomados del caso Henningsen, de que «el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches». Este enunciado no intenta siquiera definir los deberes específicos que tal obligación especial lleva consigo, ni decirnos qué derechos adquieren, como resultado, los consumidores de automóviles. Se limita a enunciar —y éste es un eslabón esencial en la argumentación del caso Henningsen— que los fabricantes de automóviles han de atenerse a estándares más elevados que otros fabricantes, y que tienen menos derecho a confiar en el principio concurrente de la libertad de contratación. No significa que jamás puedan confiar en dicho principio, ni que los tribunales puedan rehacer a voluntad los contratos de compra-venta de automóviles; sólo quiere decir que si una determinada cláusula parece injusta u onerosa, los tribunales tienen menos razón para hacerla valer que si se tratara de una compra de corbatas. La «obligación especial» tiende a favorecer una decisión que se niegue a imponer los términos de un contrato de compra-venta de automóviles, pero por sí misma no la determina.

Esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en

particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son *funcionalmente* importantes (la regla de béisbol de que tres lanzamientos fallados significan la exclusión es más importante que la regla de que los corredores pueden avanzar sobre una base, porque la alteración de la primera regla modificaría mucho más el juego que la de la segunda). En este sentido, una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.

Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes. (Nuestro propio sistema jurídico se vale de ambas técnicas.)

La forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio. «Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos» no es una proposición muy diferente, en la forma, de «Un hombre no puede beneficiarse de su propio delito», pero quien sepa algo del derecho norteamericano sabe que debe tomar el primero de estos enunciados como la expresión de una norma, y el segundo como la de un principio. En muchos casos, la distinción es difícil de hacer; tal vez no se haya establecido cómo debe operar el estándar, y este problema puede ser en sí mismo motivo de controversia. La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos estipula que el Congreso no ha de limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una ley determinada limita de hecho la libertad de expresión, de ello se siga que es inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es «absoluta» dicen que se la debe tomar en este sentido,

es decir, como una norma. ¿O se limita a enunciar un principio, de modo que cuando se descubre que hay limitación de la libertad de expresión esto es inconstitucional a menos que el contexto aporte algún otro principio u otra directriz política que, dadas las circunstancias, tenga el peso suficiente para permitir que se lo limite? Tal es la posición de los que defienden lo que se denomina la prueba del «riesgo actual e inminente» o alguna otra forma de «equilibrio».

En ocasiones, una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma. La primera sección de la Sherman Act enuncia que todo contrato que restrinja el comercio será nulo. La Suprema Corte tuvo que decidir si esa disposición debía ser tratada como una norma en sus propios términos (que anula todo contrato que «restringe el comercio», cosa que hacen casi todos) o como un principio, que proporciona una razón para anular un contrato a falta de directrices efectivas en contrario. La Corte interpretó la disposición como una norma, pero trató esa norma teniendo en cuenta que contenía la palabra «irrazonable» y considerando que prohibía solamente las restricciones «irrazonables» del comercio.¹⁹ Esto permitió que la disposición funcionara lógicamente como una norma (toda vez que un tribunal encuentra que la restricción es «irrazonable» está obligado a declarar que el contrato no es válido) y sustancialmente como un principio (un tribunal debe tener en cuenta multitud de otros principios y directrices para determinar si una restricción en particular, en determinadas circunstancias económicas, es «irrazonable»).

Con frecuencia, palabras como «razonable», «negligente», «injusto» y «significativo» cumplen precisamente esta función. Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio. Pero no la convierten totalmente en un principio, porque incluso el menos restrictivo de esos términos limita el *tipo* de los otros principios y directrices de los cuales depende la norma. Si estamos condicionados por una norma que dice que los contratos «irrazonables» son nulos o que no se ha de imponer el cumplimiento de contratos manifiestamente «injustos», esto exige [ejercer] mucho más [el] juicio que si los términos citados hubieran sido omitidos. Pero supongamos un caso en el cual alguna consideración, sea una directriz

o un principio, haga pensar que se ha de imponer el cumplimiento de un contrato por más que su restricción no sea razonable, o aun cuando sea manifiestamente injusta. El cumplimiento forzado de tales contratos estaría prohibido por nuestras normas, y por ende, sólo estaría permitido si se les abandonara o modificara. Sin embargo, si no nos viéramos frente a una norma sino ante una directriz que se opone al cumplimiento impuesto de los contratos irrazonables, o con un principio según el cual no deben aplicarse contratos injustos, su cumplimiento podría ser impuesto sin que implicara una infracción del derecho.

4. LOS PRINCIPIOS Y EL CONCEPTO DE DERECHO

Una vez que identificamos los principios jurídicos como una clase de estándares aparte, diferente de las normas jurídicas, comprobamos de pronto que estamos completamente rodeados de ellos. Los profesores de derecho los enseñan, los textos los citan, los historiadores del derecho los celebran. Pero donde parecen funcionar con el máximo de fuerza y tener el mayor peso es en los casos difíciles, como el de *Riggs* y el de *Henningsen*. En casos así, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (por ejemplo, la norma de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva. En el caso *Riggs*, el tribunal citó el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito como estándar básico con arreglo al cual debía entenderse la ley testamentaria, y así justificó una nueva interpretación de dicha ley. En el caso *Henningsen*, el tribunal citó diversos principios y directrices que se interferían, como autoridad sobre la cual fundar una nueva norma referente a la responsabilidad de los fabricantes por los defectos de los automóviles.

Por consiguiente, un análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas. Hay dos puntos de vista muy diferentes que podemos tomar:

a) Podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. Si adoptamos este punto de vista, debemos decir que en los Estados Unidos, por lo menos, el «derecho» incluye tanto principios como normas.

b) Podríamos, por otra parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que lo son algunas normas. Diríamos en cambio que, en casos como el de *Riggs* o el de *Henningsen*, el juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar (es decir, va más allá del «derecho»), en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si lo desea.

Se podría pensar que no hay mucha diferencia entre estos dos enfoques, que no se trata más que de una cuestión verbal, según cómo se quiera usar la palabra «derecho». Pero eso sería un error, porque la elección entre ambos puntos de vista es de la mayor importancia para un análisis de la obligación jurídica. Es una opción entre dos *conceptos* de un principio jurídico, una opción que podemos esclarecer si la comparamos con la elección que podríamos hacer entre dos conceptos de una norma jurídica. A veces decimos que alguien «tiene por norma» hacer algo, cuando nos referimos a que ha decidido seguir cierta práctica. Podríamos decir, por ejemplo, que alguien tiene por norma correr un par de kilómetros antes del desayuno porque quiere conservar la salud y tiene fe en un régimen de vida. No queremos decir con ello que esté obligado por la norma que él mismo se dicta, ni siquiera que él mismo la considere como obligatoria. Aceptar una norma como obligatoria es diferente de tomar por norma o costumbre hacer algo. Si volvemos a usar el ejemplo de Hart, es diferente decir que los ingleses tienen por costumbre ir al cine una vez por semana y decir que los ingleses tienen por norma que se debe ir al cine una vez por semana. La segunda formulación da a entender que si un inglés no sigue la norma, se ve sujeto a críticas o censuras, pero la primera no. La primera no excluye la posibilidad de una *especie* de crítica —podemos decir que quien no va al cine descuida su educación—, pero con eso no se sugiere que el sujeto en cuestión esté haciendo algo malo, simplemente porque no sigue la norma.²⁰

Si pensamos en los jueces de una comunidad, podríamos describir las normas jurídicas que sigue este grupo de dos

maneras diferentes. Podríamos decir, por ejemplo, que en cierta situación los jueces acostumbran a no imponer el cumplimiento de un testamento a menos que esté firmado por tres testigos. Esto no implicaría que el juez —excepcional— que impusiera el cumplimiento de un testamento que no estuviera firmado por tres testigos estuviera haciendo nada malo por esa simple razón. Por otra parte, podemos decir que en ese estado una norma jurídica exige que los jueces no impongan el cumplimiento de tales testamentos; ello implica que un juez que lo imponga está actuando incorrectamente. Por supuesto que Hart, Austin y otros positivistas insistirían en este último punto de vista respecto de las normas jurídicas; no se quedarían para nada satisfechos con el punto de vista del «tomar por norma o costumbre». Y no es una cuestión verbal, de qué punto de vista es el correcto; es cuestión de cuál de ellos describe con más precisión la situación social. Otros problemas importantes dependen de cuál sea la descripción que aceptemos. Si los jueces simplemente «tienen por costumbre» no imponer el cumplimiento de ciertos contratos, por ejemplo, entonces no podemos decir, antes de la decisión, que nadie «tenga derecho» a ese resultado, y esa proposición no puede integrar ninguna justificación que pudiéramos ofrecer para la decisión.

Las dos maneras de enfocar los principios corren paralelas con estos dos puntos de vista respecto de las reglas. El primer punto de vista trata los principios como vinculantes para los jueces, de modo que éstos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. El segundo punto de vista trata los principios como resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen «por principio» [o «se hacen el principio de hacer»] cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan. La elección entre estos enfoques afectará —y hasta es posible que determine— la respuesta que podamos dar a la cuestión de si el juez, en un caso difícil como el de *Riggs* o el de *Henningsen*, intenta imponer el cumplimiento de derechos y deberes preexistentes. Si adoptamos el primer enfoque, aún estamos en libertad de argumentar que, como esos jueces están aplicando normas jurídicas obligatorias, lo que hacen es imponer el cumplimiento de derechos y deberes jurídicos. Pero si adoptamos el segundo, el argumento es inaceptable, y debemos reconocer que el asesino en el caso *Riggs* y el fabricante en el caso *Henningsen* se vieron privados de su propiedad por un acto de discreción judicial aplicado *ex post facto*. Es po-

sible que esto no escandalice a muchos lectores, pues la noción de discreción judicial ha rebasado el ámbito jurídico, pero de hecho ejemplifica uno de los problemas más espinosos que llevan a los filósofos a preocuparse por la obligación jurídica. Si privar al acusado de la propiedad no se puede justificar en casos como éstos, apelando a una obligación establecida, se le ha de encontrar otra justificación, y todavía no ha aparecido ninguna satisfactoria.

En el esquema básico del positivismo que diseñé antes, enumeré como segundo principio la doctrina de la discreción judicial. Los positivistas sostienen que cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo. Puede haber una relación importante entre esta doctrina y la cuestión de cuál de los dos enfoques de los principios jurídicos debemos adoptar. Hemos de preguntarnos, por ende, si la doctrina es correcta y si, como parece a primera vista, lleva implícito el segundo enfoque. Sin embargo, mientras nos aproximamos a estos problemas, tendremos que depurar nuestro concepto de la discreción. Intentaré demostrar de qué manera ciertas confusiones referentes a dicho concepto y, en particular, la falta de distinción clara entre los diferentes sentidos en que se lo usa, explican la popularidad de la doctrina de la discreción. Sostendré que, en el sentido en que la doctrina incide efectivamente sobre nuestra manera de enfocar los principios, no encuentra apoyo alguno en los argumentos de que se valen los positivistas para defenderla.

5. LA DISCRECIÓN

Los positivistas tomaron el concepto de discreción del lenguaje común y, para entenderlo, debemos devolverlo momentáneamente a su contexto originario. ¿Qué significa, en la vida ordinaria, decir que alguien «tiene discreción»? Lo primero que hay que observar es que el concepto sólo tiene significación en algunas situaciones especiales. Por ejemplo, nadie diría que yo tengo —o no tengo— discreción al elegir una casa para mi familia. No es verdad que «no tenga discreción» al hacer una elección tal, y sin embargo, sería casi igualmente inadecuado decir que sí la tengo. El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisio-

nes sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada. Tiene sentido hablar de la discreción de un sargento que está sometido a las órdenes de sus superiores, o de la de un funcionario deportivo o un juez de competición que se rige por un reglamento o por los términos de la competición. La discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea. Es, por consiguiente, un concepto relativo. Siempre tiene sentido preguntar: «Discreción, ¿según qué normas?» o: «Discreción, ¿según qué autoridad?» Generalmente, el contexto simplificará la respuesta a esta cuestión, pero en algunos casos, el funcionario puede tener discreción desde un punto de vista, pero no desde otro.

Como sucede con casi todos los términos, el significado exacto de «discreción» se ve afectado por las características del contexto. El término va siempre teñido por el conjunto de la información que constituye el marco en el cual se lo usa. Aunque los matices son múltiples, será útil que intentemos reconocer algunas distinciones importantes.

A veces hablamos de «discreción» en un sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento. Usamos este sentido débil cuando el contexto todavía no lo aclara, cuando la información básica con que cuenta nuestro auditorio no contiene esa información. Así, podríamos decir: «Las órdenes recibidas dejaban un amplio margen de discreción al sargento» a alguien que no sabe cuáles eran las órdenes que éste había recibido, o que desconoce algo que hacía que tales órdenes fueran vagas o difíciles de llevar a la práctica. Y tendría mucho sentido agregar, como aclaración, que el teniente le había ordenado que formara una patrulla con sus cinco hombres más experimentados, pero que era difícil decidir quiénes eran los más experimentados.

A veces usamos el término en un sentido débil diferente, para decir únicamente que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Hablamos así cuando el funcionario forma parte de una jerarquía de funcionarios estructurada de tal manera que algunos tienen autoridad superior, pero en la cual las pautas de autoridad son diferentes para las diferentes clases de decisiones. Así, podríamos decir que en el béisbol ciertas decisiones —como la decisión de si

la pelota o el corredor llegó primero a la segunda base—son competencia discrecional del árbitro de la segunda base, si lo que queremos decir es que, respecto de esto, el árbitro principal no tiene poder para imponer su propio criterio aunque esté en desacuerdo.

Llamo débiles a estos dos sentidos para distinguirlos de otro, más fuerte. A veces hablamos de «discreción» no simplemente para decir que un funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. En este sentido, decimos que un sargento a quien se le ha ordenado que escoja a los cinco hombres que prefiera para formar una patrulla tiene discreción, o que en una exposición canina la tiene un juez para evaluar los *airedales* antes que los *boxers*, si las reglas no estipulan un orden determinado. Usamos este sentido no como comentario de la vaguedad o dificultad de las normas, ni para referirnos a quién tiene la última palabra en su aplicación, sino para aludir a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar. Si al sargento se le dice que escoja a los cinco hombres más experimentados, no tiene discreción en este sentido fuerte, porque la orden pretende regir su decisión. El árbitro de boxeo que debe decidir cuál de los contrincantes ha sido el más agresivo tampoco tiene discreción, en el sentido fuerte, por la misma razón.²¹

Si alguien dijera que el sargento o el árbitro tenía discreción en tales casos, tendríamos que entender, si el contexto lo permitiese, que usaba el término en alguno de los sentidos débiles. Supongamos, por ejemplo, que el teniente ordenara al sargento elegir los cinco hombres que le pareciesen más experimentados y agregara luego que el sargento podía escogerlos a discreción. También las reglas podían establecer que el árbitro debía adjudicar el *round* al boxeador más agresivo y que la decisión quedaba librada a su discreción. Tendríamos que entender estos enunciados en el segundo sentido débil, como referentes a la cuestión de la revisión de la decisión. El primer sentido débil —que las decisiones requieren juicio— sería ocioso, y el tercero —el fuerte— queda excluido por los enunciados mismos.

Debemos evitar una confusión tentadora. El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica. Casi cualquier situación en la

cual una persona actúa (incluyendo aquellas en las que no es cuestión de decidir bajo una autoridad especial y, por ende, no es cuestión de discreción) pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia. En función de ellos nos criticamos unos a otros, y no hay razón para no hacerlo cuando los actos están más bien en el centro que más allá de la órbita de la autoridad especial. Así, podemos decir que el sargento a quien se le concedió discreción (en el sentido fuerte) para escoger una patrulla lo hizo con malevolencia, con estupidez o con descuido, o que el juez a cuya discreción quedaba librado el orden en que se juzgaría a los perros cometió un error porque hizo pasar primero a los *boxers*, aunque éstos eran muchos más que los tres únicos *airedales*. La discreción de un funcionario no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad particular en que pensamos al plantear la cuestión de la discreción. Por cierto que este último tipo de libertad es importante; por eso tenemos el sentido fuerte de «discreción». A alguien que tiene discreción en este tercer sentido se le puede criticar, pero no por desobediencia, como en el caso del soldado. Se puede decir que cometió un error, pero no que privó a un participante de una decisión a la cual tenía derecho, como en el caso de un árbitro deportivo o de un juez de competición.

Ahora, teniendo presentes estas observaciones, podemos volver a la doctrina de la discreción judicial de los positivistas. La doctrina sostiene que si un caso no está controlado por una norma establecida, el juez debe decidir mediante el ejercicio de la discreción. Queremos examinar esta doctrina y verificar qué relación tiene con nuestro tratamiento de los principios, pero primero debemos preguntarnos en qué sentido del término «discreción» hemos de entenderla.

Algunos nominalistas sostienen que los jueces siempre tienen discreción, incluso cuando hay una norma clara que regula el caso, porque los jueces son los que tienen la última palabra en el derecho. Esta doctrina de la discreción usa el segundo sentido débil del término, porque se centra en el hecho de que ninguna autoridad superior revisa las decisiones del tribunal supremo. Por consiguiente, no tiene relación con el problema de cómo justificamos los principios, como no la tiene tampoco con el problema de cómo justificamos las normas.

Los positivistas no dan este sentido a su doctrina, porque

dicen que un juez no tiene discreción cuando se cuenta con una norma clara y establecida. Si atendemos a los argumentos con que los positivistas defienden su doctrina, podemos sospechar que hablan de discreción en el primer sentido débil, para referirse únicamente a que en ocasiones los jueces deben ejercer su juicio en la aplicación de normas jurídicas. Sus argumentos llaman la atención sobre el hecho de que algunas normas jurídicas son vagas (el profesor Hart, por ejemplo, dice que todas ellas son de «textura abierta»), y que se plantean algunos casos (como el de *Henningsen*) en los que ninguna norma establecida parece adecuada. Insisten en que en ocasiones, los jueces pasan momentos angustiosos para elucidar un principio jurídico, y en que es frecuente que dos jueces igualmente experimentados e inteligentes estén en desacuerdo.

Cualquiera que tenga familiaridad con el derecho se puede encontrar con problemas semejantes. En realidad, ésta es la dificultad que se plantea al suponer que los positivistas quieren usar el término «discreción» en este sentido débil. La proposición según la cual cuando no se dispone de una norma clara se ha de ejercer la discreción, en el sentido de «juicio», es una tautología. Además, no tiene relación con el problema de cómo dar cuenta de los principios jurídicos. Es perfectamente congruente decir que en el caso *Riggs*, por ejemplo, el juez tuvo que ejercer su juicio, y que estaba obligado a seguir el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito. Los positivistas hablan como si su doctrina de la discreción judicial fuera un descubrimiento y no una tautología, y como si tuviera efectivamente alguna relación con el tratamiento de los principios. Hart, por ejemplo, dice que cuando está en juego la discreción del juez ya no podemos hablar de que esté limitado por normas, sino que debemos decir más bien cuáles son las que «usa de manera característica».²² Hart piensa que cuando los jueces tienen discreción, los principios que citan deben ser tratados según nuestro segundo enfoque, como aquello que los tribunales suelen hacer «por principio».

Parece por ende que los positivistas, por lo menos algunas veces, se toman su doctrina en el tercer sentido —el fuerte— del término «discreción». En ese sentido, sí tiene que ver con el tratamiento de los principios; es más, en ese sentido no es nada menos que un nuevo enunciado de nuestro segundo enfoque. Da lo mismo decir que cuando un juez se queda sin normas tiene discreción, en el sentido de que

no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad jurídica, que decir que los estándares jurídicos que citan los jueces, y que no son normas, no son obligatorios para ellos.

Debemos, pues, examinar la doctrina de la discreción judicial en el sentido fuerte. (En lo sucesivo, usaré en ese sentido el término «discreción».) Preguntémosnos si los principios que citan los jueces en casos como el de *Riggs* o el de *Henningsen* vinculan sus decisiones, tal como las órdenes del sargento, de elegir los hombres más experimentados, o la obligación del árbitro de optar por el boxeador más agresivo determinan las decisiones de esas personas. ¿Qué argumentos podría presentar un positivista para demostrar que no es así?

1) Un positivista podría sostener que los principios no pueden ser vinculantes. Eso sería un error. Se plantea siempre, por supuesto, la cuestión de si un determinado principio es *de hecho* obligatorio para algún funcionario forense. Pero en el carácter lógico de un principio no hay nada que lo incapacite para obligarle. Supongamos que el juez del caso *Henningsen* hubiera dejado de tener en cuenta el principio de que los fabricantes de automóviles tienen una obligación especial para con los consumidores, o el principio de que los tribunales procuran proteger a aquellos cuya posición negociadora es débil, y que hubiera tomado simplemente una decisión favorable al demandado, citando sin más ni más el principio de la libertad de contratación. Sus críticos no se habrían contentado con señalar que no había tenido en cuenta consideraciones a las que otros jueces han venido prestando atención desde hace algún tiempo; la mayoría de ellos habrían dicho que era su deber tomar como referencia esos principios, y que el demandante tenía derecho a que así lo hiciera. Cuando decimos que una norma es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa sino que debe seguirla si viene al caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error.

De nada sirve decir que en un caso como el de *Henningsen* el tribunal sólo está «moralmente» obligado a tener en cuenta determinados principios, o que está «institucionalmente» obligado, o que lo está por «razón de su oficio», o algo semejante. La cuestión seguirá siendo por qué ese tipo de obligación (de cualquier modo que la llamemos) es diferente de la obligación que imponen las normas a los jueces, y por qué nos autoriza a decir que los principios y las directrices

no son parte del derecho, sino simplemente normas extra-jurídicas que los tribunales «usan de manera característica».

2) Un positivista podría argumentar que, aun cuando algunos principios sean obligatorios, en el sentido de que el juez debe tenerlos en cuenta, no pueden determinar un resultado en particular. Es un argumento más difícil de evaluar, porque no está claro qué quiere decir que una norma «determina» un resultado. Quizá signifique que la norma *im-pone* el resultado siempre que se da el caso, de manera que nada más cuenta. Si es así, entonces es indudablemente cierto que los principios individuales no determinan resultados, pero esto no es más que otra manera de decir que los principios no son normas. Sólo las normas imponen resultados, pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan. No parece que esto justifique la conclusión de que los jueces que tratan con principios tengan discreción porque un conjunto de principios *puede* imponer un resultado. Si un juez cree que los principios que está obligado a reconocer apuntan en una dirección y que los principios que apuntan en otra, si los hay, no tienen el mismo peso, entonces debe decidir de acuerdo con ello, así como debe seguir lo que él cree que es una norma obligatoria. Por cierto que puede equivocarse en su evaluación de los principios, pero también puede equivocarse al juzgar que la norma es obligatoria. Es frecuente, podríamos agregar, que el sargento y el árbitro se encuentren en la misma situación. No hay un factor único que dicte qué soldados tienen más experiencia ni cuál es el boxeador más agresivo. Ambos jueces deben decidir cuál es el peso relativo de los diversos factores, pero no por eso tienen discreción.

3) Un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse como derecho porque su autoridad, y y mucho más su peso, son *discutibles* por naturaleza. Es verdad que generalmente no podemos *demostrar* la autoridad o el peso de un principio determinado como podemos a veces demostrar la validez de una norma, localizándola en un acta del Congreso o en la opinión de un tribunal autorizado. En cambio podemos defender un principio —y su peso— apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos

comunitarios. No hay un criterio válido que sirva como prueba de la solidez de un caso así; es una cuestión de juicio, y entre hombres razonables puede haber desacuerdos. Pero, una vez más, esto no distingue al juez de otros funcionarios que no tienen discreción. El sargento no tiene un criterio claro y distinto para la experiencia, ni el árbitro para la agresividad. Ninguno de ellos tiene discreción, porque está obligado a llegar a entender, de manera discutible o no, qué es lo que le exigen sus órdenes, o las reglas, y a actuar de acuerdo con tal interpretación. Éste es, también, el deber del juez.

Claro que si los positivistas tienen razón en otra de sus doctrinas —la teoría de que en cada sistema legal hay un *criterio* decisivo de la obligatoriedad, como la regla de reconocimiento del profesor Hart—, de ello se sigue que los principios no tienen fuerza de ley. Pero difícilmente se puede tomar la incompatibilidad de los principios con la teoría de los positivistas como un argumento en virtud del cual se deba tratar a los principios de alguna manera determinada. Esto constituye un razonamiento circular; nos interesa el status de los principios porque queremos evaluar el modelo de los positivistas. El positivista no puede defender por decreto su teoría de la regla de reconocimiento; si los principios no son susceptibles de prueba, debe encontrar alguna otra razón por la cual no tienen fuerza de ley. Como al parecer los principios desempeñan un papel en las discusiones referentes a la obligación jurídica (recordemos de nuevo los casos de *Riggs* y *Henningsen*), un modelo que tenga en cuenta el papel de los principios en el derecho tendrá alguna ventaja inicial sobre otro que lo excluya, y no corresponde que este último sea alegado en su propia defensa.

Tales son los argumentos más obvios que podría usar un positivista para defender la doctrina de la discreción en el sentido fuerte, y el segundo enfoque de los principios. Mencionaré un importante argumento en contra de esta doctrina y en favor del primer enfoque. A no ser que se reconozca que por lo menos algunos principios son obligatorios para los jueces y que exigen de ellos, como grupo, que tomen determinadas decisiones, tampoco se puede decir que alguna norma —o, en todo caso, muy pocas— sea obligatoria para ellos.

En la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas, y actualmente también en Inglaterra, no es raro que los tribunales superiores no apliquen normas establecidas. En oca-

siones, se anulan directamente las normas del *Common Law* —las establecidas por decisiones previas de los tribunales— y otras veces hay formulaciones nuevas que las alteran radicalmente. Las normas legales se ven sometidas a interpretaciones y reinterpretaciones, a veces incluso cuando el resultado no es llevar a la práctica lo que se llama «la voluntad del legislador».²³ Si los tribunales pueden modificar las normas establecidas, entonces naturalmente tales normas no serían obligatorias para ellos, y por tanto no serían derecho según el modelo positivista. Por consiguiente, el positivista debe argumentar que hay estándares, que en sí son obligatorios para los jueces, que determinan cuándo un juez puede anular o alterar una norma establecida, y cuándo no.

¿Cuándo se le permite, entonces, a un juez, que cambie una norma jurídica existente? Los principios figuran de dos maneras en la respuesta. Primero, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio, que así viene a ser el que justifica el cambio. En el caso *Riggs*, el cambio (una nueva interpretación de la ley testamentaria) se justificaba por el principio de que nadie debe beneficiarse de su propio delito; en el caso *Henningsen*, las normas antes reconocidas en lo referente a la responsabilidad de los fabricantes de automóviles fueron alteradas sobre la base de los principios que antes cité, expresados en la opinión del tribunal.

Pero cualquier principio no sirve para justificar un cambio, porque entonces ninguna norma estaría jamás a salvo. Debe haber algunos principios que cuentan y otros que no cuentan, y debe haber algunos que cuentan más que otros. Eso no podría depender de las preferencias del propio juez, entre multitud de normas extrajurídicas, todas respetables y, en principio, elegibles, porque si así fuera, no podríamos decir que ninguna regla fuese obligatoria. Siempre podríamos imaginarnos un juez cuyas preferencias entre los estándares extrajurídicos fueran tales que justificasen un cambio o una reinterpretación radical, incluso de la más firmemente arraigada de las normas.

En segundo lugar, cualquier juez que se proponga cambiar la doctrina existente debe tener en cuenta algunos estándares importantes que desaconsejan apartarse de la doctrina establecida, y que son también, en su mayoría, principios. Incluyen la doctrina de la «supremacía legislativa», un conjunto de principios que exigen que los tribunales muestren el debido respeto a los actos de legislación. Incluyen

también la doctrina del precedente, otro conjunto de principios que reflejan el valor y la eficiencia de la coherencia. Las doctrinas de la supremacía legislativa y del precedente, cada una a su manera, tienden a respetar el *statu quo*, pero no hacen de ello un mandato. Los jueces, sin embargo, no son libres de elegir y escoger entre los principios y las directrices que constituyen estas doctrinas; si lo fueran, tampoco podría decirse que ninguna norma fuese obligatoria.

Consideremos, por lo tanto, qué quiere decir quien afirma que una norma determinada es obligatoria. Puede referirse a que la norma cuenta con el apoyo afirmativo de principios que el tribunal no es libre de ignorar, y que colectivamente tienen más peso que otros principios que abogan por el cambio. Si no es así, que cualquier cambio estaría condenado por una combinación de principios conservadores de la supremacía legislativa y del precedente, que el tribunal no es libre de ignorar. Es muy frecuente que se refiera a ambas cosas, porque los principios conservadores, al ser principios y no normas, no son generalmente lo bastante poderosos como para proteger una norma del *Common Law* o una ley anticuada totalmente falta de apoyo en principios sustantivos que el tribunal está obligado a respetar. Cualquiera de estas implicaciones, por supuesto, trata a un cuerpo de principios y de directrices como si fuera derecho, en el sentido en que lo son las normas: como estándares que obligan a los funcionarios de una comunidad, controlando sus decisiones de derecho y obligación jurídica.

Nos queda, pues, el siguiente problema. Si la teoría de la discreción judicial de los positivistas es trivial porque usa el término «discreción» en un sentido débil, o bien carece el fundamento porque los diversos argumentos que podemos aportar en su apoyo son insuficientes, ¿por qué la han adoptado tantos juristas cuidadosos e inteligentes? No podemos confiar en nuestro propio tratamiento de la teoría a menos que podamos dar respuesta a esta pregunta. No basta con señalar (aunque tal vez hacerlo contribuya a la explicación) que «discreción» tiene diferentes sentidos y que es posible confundirlos. Estos sentidos no se nos confunden cuando no estamos hablando de derecho.

Parte de la explicación, por lo menos, reside en la natural tendencia del jurista a asociar derecho y normas, y a pensar en «el derecho» como una colección o sistema de normas. Roscoe Pound, que hace ya mucho tiempo diagnosticó esta tendencia, pensaba que los juristas de habla inglesa caían en

esta trampa debido al hecho de que en inglés se usa la misma palabra, cambiando únicamente el artículo, para hablar de «una ley» [*a law*] y de «el derecho» [*the law*].²⁴ (Otras lenguas, por el contrario, se valen de dos palabras: *loi* y *droit*, por ejemplo, y *Gesetz* y *Recht* [en francés y alemán respectivamente].) Es posible que eso les haya sucedido a los positivistas ingleses, porque la expresión «*a law*» hace, ciertamente, pensar en una norma. Pero la razón principal de que se asocie el derecho con las normas es más profunda, y creo que reside en el hecho de que, durante largo tiempo, la formación jurídica ha consistido en enseñar y examinar aquellas normas establecidas que configuran lo esencial del derecho.

En todo caso, si un abogado entiende el derecho como un sistema de normas y reconoce sin embargo, como debe, que los jueces cambian las viejas normas e introducen otras nuevas, llegará naturalmente a la teoría de la discreción judicial en el sentido fuerte. En aquellos otros sistemas de normas de los cuales tiene experiencia (como los juegos), las reglas son la única autoridad especial que rige las decisiones oficiales, de manera que si un árbitro pudiera cambiar una regla, tendría discreción en lo que respecta al contenido de esa regla. Sean cuales fueren los principios que puedan citar los árbitros cuando cambian las reglas, no representarían más que sus preferencias «características». Los positivistas tratan al derecho como si fuera el béisbol, revisado de esta manera.

Este supuesto inicial de que el derecho es un sistema de normas tiene otra consecuencia, más sutil. Cuando los positivistas se ocupan efectivamente de los principios y las directrices, los tratan como si fueran normas *manquéées*. Suponen que si son estándares de derecho, deben ser normas, de manera que los entienden como estándares que intentarían ser normas. Cuando un positivista oye sostener a alguien que los principios jurídicos son parte del derecho, lo entiende como un argumento en defensa de lo que él llama la teoría del «derecho superior»; que estos principios son las normas de un derecho de rango superior al ordinario.²⁵ Y refuta la teoría señalando que a esas «normas» a veces se las sigue, y a veces no; que por cada «norma» como «nadie ha de beneficiarse de su propia injusticia» hay otra «norma» contradictoria, como «el derecho favorece la seguridad jurídica» y que no hay manera de poner a prueba la validez de semejantes «normas». Su conclusión es que estos principios y directrices no son normas válidas de un derecho superior al

ordinario, lo cual es verdad, porque en modo alguno son normas. Concluye también que hay estándares extrajurídicos que cada juez escoge de acuerdo con sus propias luces en el ejercicio de su discreción, lo cual es falso. Es como si un zoólogo hubiera demostrado que los peces no son mamíferos y llegara después a la conclusión de que en realidad no son más que plantas.

6. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

El análisis que antecede estuvo motivado por dos explicaciones opuestas de los principios jurídicos. Al estudiar la segunda de ellas, que parecen adoptar los positivistas mediante su doctrina de la discreción judicial, hemos descubierto graves dificultades. Es hora de regresar a la disyuntiva inicial. ¿Qué pasa si adoptamos el primer enfoque? ¿Cuáles serían las consecuencias de tal actitud para la estructura básica del positivismo? Claro que tendríamos que abandonar el segundo dogma, la doctrina de la discreción judicial (o, como alternativa, aclarar que la doctrina ha de entenderse simplemente en el sentido de que con frecuencia los jueces deben ejercitar su juicio). ¿Tendríamos también que abandonar o modificar el primer dogma, la proposición de que el derecho se distingue mediante criterios del tipo que se puede establecer en una regla maestra, como la regla de reconocimiento del profesor Hart? Si principios tales como los de los casos *Riggs* y *Henningsen* han de considerarse jurídicos, y pese a ello hemos de resguardar la noción de una regla maestra del derecho, entonces es necesario que podamos organizar algún criterio que permita identificar los principios que efectivamente cuentan como derecho (y únicamente éstos). Empecemos por la prueba que sugiere Hart para identificar las normas válidas de derecho, y veamos si se la puede aplicar también a los principios.

De acuerdo con Hart, la mayoría de las normas de derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó. Algunas fueron creadas por un órgano legislativo, en forma de estatutos. Otras fueron creadas por los jueces que las formularon para decidir casos particulares y las establecieron así como precedentes para el futuro. Pero este tipo de certificación no sirve para los principios de los casos *Riggs* y *Henningsen*, cuyo origen como principios jurídicos no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano

legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo. La continuación de su poder depende de que tal sentido de la conveniencia se mantenga. Si dejara de parecer injusto permitir que la gente se beneficie de sus delitos, o ya no se considerase justo imponer responsabilidades especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios dejarían de desempeñar un papel importante en los casos nuevos, aun cuando jamás hubieran sido derogados o rechazados. (De hecho, poco sentido tiene hablar de que principios como éstos sean «derogados» o «rechazados», ya que cuando se suprimen es porque se desgastan, no porque se los impugne.)

Verdad es que si nos urgieran a fundamentar nuestra afirmación de que cierto principio es un principio de derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior en que tal principio hubiera sido citado o figurase en la discusión. Mencionaríamos también cualquier ley que pareciera ejemplificarlo (y sería mejor aún si el principio estuviera citado en el preámbulo de la ley, o en los informes de la comisión o en cualquier otro documento legislativo que lo acompañase). A menos que llegáramos a encontrar el apoyo de algún antecedente institucional, no podríamos probablemente demostrar nuestro caso; y cuanto más apoyo encontrásemos, tanto más peso podríamos reclamar para el principio.

Sin embargo, no podríamos idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional, y de qué clase, es necesario para convertir un principio en principio jurídico, y menos todavía para fijar su peso en un orden de magnitud determinado. Para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes. No podemos reunir todo esto para formar una única «norma», por compleja que fuese, y si pudiéramos, el resultado no tendría mucha relación con la imagen que presenta Hart de una regla de reconocimiento, o sea la de una regla maestra bastante estable, que especifica «algún rasgo o rasgos cuya posesión por una supuesta regla se considera indicación afirmativa y concluyente de que es una regla...».²⁶

Además, las técnicas de que nos valemos para defender otro principio no están (como es la intención de la regla de reconocimiento de Hart) en un nivel totalmente diferente de los principios que fundamenta. La nítida distinción que establece Hart entre aceptación y validez no se sostiene. Si estamos defendiendo el principio de que un hombre no debe beneficiarse de su propio delito, podríamos citar actas de tribunales y leyes que lo ejemplifiquen, pero esto se refiere tanto a la aceptación del principio como a su validez. (Parece extraño hablar, simplemente, de que un principio sea válido, quizá porque la validez es un concepto sin matices, apropiado para las normas, pero incongruente con la dimensión de peso de un principio.) Si nos pidieran (como bien podría suceder) que defendiéramos la doctrina del precedente o la técnica particular de interpretación legislativa que usamos en esta argumentación, citaríamos por cierto la práctica de otros que hayan usado tal doctrina o técnica. Pero también tendríamos que citar otros principios generales que a nuestro entender sustentan dicha práctica, y ello introduce una nota de validez en el acorde de aceptación. Podríamos sostener, por ejemplo, que la forma en que nos valemos de casos y leyes anteriores se apoya en un determinado análisis del sentido de la práctica legislativa o de la doctrina del precedente, o en los principios de la teoría democrática, o en una posición determinada respecto de la adecuada atribución de competencias entre las instituciones nacionales y las locales, o en alguna otra cosa de índole semejante. Tampoco esta fundamentación es una calle de sentido único que nos conduce a un principio decisivo, fundado solamente en la aceptación. También nuestros principios de legislación, precedente, democracia o federalismo podrían verse cuestionados, y en tal caso no sólo los defenderíamos en función de la práctica, sino en función de sus relaciones recíprocas y de las implicaciones de tendencias de las decisiones judiciales y legislativas, aun cuando esto último significara apelar a aquellas mismas doctrinas de la interpretación que justificábamos por mediación de los principios que ahora intentamos fundamentar. En este nivel de abstracción, hay que decir que los principios no convergen, sino que coexisten.

De modo que aun cuando se apoyen en los actos oficiales de instituciones jurídicas, los principios no tienen con tales actos una conexión lo bastante simple y directa como para que quede enmarcada en función de los criterios especificados por alguna regla maestra final de reconocimiento.

¿Hay alguna otra vía por la cual se puedan incluir los principios en una regla tal?

En realidad, Hart dice que una regla maestra podría designar como derecho no sólo las normas promulgadas por determinadas instituciones jurídicas, sino también las establecidas por la *costumbre*. Al decirlo, piensa en un problema que preocupó a otros positivistas, entre ellos a Austin. Muchas de las normas jurídicas más antiguas [de los Estados Unidos] no han sido creadas explícitamente por una legislatura o un tribunal. Cuando hicieron su primera aparición en textos y opiniones jurídicos, se las trató como parte ya existente del derecho, porque representaban la práctica consuetudinaria de la comunidad o de algún sector especializado de ésta, como la comunidad comercial. (Los ejemplos que se dan de ordinario son reglas de la práctica mercantil, como las que rigen qué derechos se derivan de una forma estándar de documento mercantil.)²⁷ Como Austin pensaba que todo el derecho era el mandato de un soberano, sostuvo que esas prácticas consuetudinarias no constituían derecho mientras no las reconocieran los tribunales (como agentes del soberano), y que si los tribunales decidían otra cosa, estaban incurriendo en una ficción. Pero eso parecía arbitrario. Si todo el mundo pensaba que la costumbre en sí misma podía constituir derecho, el hecho de que la teoría de Austin dijese lo contrario no resultaba aceptable.

Hart invierte el razonamiento de Austin en este punto. La regla maestra, dice, podría estipular que alguna costumbre es considerada como derecho incluso antes de que los tribunales la reconozcan. Pero no resuelve la dificultad que esto plantea a su teoría general, porque no intenta exponer los criterios que con este fin podría usar una regla maestra. Ésta no puede usar, como único criterio, el requisito de que la comunidad considere la práctica como *moralmente* obligatoria, porque con ello no se distinguirían las normas consuetudinarias jurídicas de las normas consuetudinarias morales; y naturalmente, no todas las obligaciones morales consuetudinarias aceptadas desde antiguo por la comunidad adquieren fuerza de ley. Por otra parte, si la prueba exige que la comunidad considere la práctica consuetudinaria como *jurídicamente* obligatoria, el sentido mismo de la regla maestra falla por la base, por lo menos para esta clase de reglas jurídicas. La regla maestra, dice Hart, señala la transformación de una sociedad primitiva en una sociedad de derecho, porque proporciona un criterio para la determinación de las

normas sociales de derecho, que no se reduce a evaluar su aceptación. Pero si la regla maestra se limita a decir que cualquier otra regla que la sociedad acepte como jurídicamente obligatoria es jurídicamente obligatoria, entonces no proporciona prueba alguna, aparte de la que tendríamos que usar si no hubiese regla maestra. La regla maestra se convierte (para estos casos) en una no-regla de reconocimiento; lo mismo podríamos decir que toda sociedad primitiva tiene una regla secundaria de reconocimiento, a saber, la que establece que todo lo que se acepta como obligatorio es obligatorio. El propio Hart, al analizar el derecho internacional, ridiculiza la idea de que una regla así pueda ser una regla de reconocimiento, al describir la regla propuesta como «una repetición vacía del mero hecho de que la sociedad en cuestión... observa ciertos estándares de conducta como reglas obligatorias».²⁸

La forma en que Hart trata el problema de la costumbre equivale, de hecho, a la confesión de que hay por lo menos algunas reglas de derecho que no son obligatorias porque sean válidas bajo normas establecidas por una regla maestra, sino que lo son —como la regla maestra— porque la comunidad las acepta como válidas. Esto socava la pulcra arquitectura piramidal que admirábamos en la teoría de Hart: ya no podemos decir que únicamente la regla maestra es obligatoria por su aceptación, puesto que todas las otras normas son válidas en virtud de ella.

Tal vez esto no sea más que un detalle, porque las reglas consuetudinarias en que piensa Hart ya no son parte muy importante del derecho. Pero en efecto hace pensar que Hart se mostraría renuente a ahondar en la herida, reuniendo bajo el rótulo de «costumbre» todos aquellos principios y directrices cruciales que hemos ido analizando. Si hubiera de considerarlos parte del derecho, y sin embargo admitir que la única prueba de su fuerza reside en la medida en que son aceptados como derecho por la comunidad o una parte de ella, reduciría muy marcadamente el ámbito del derecho sobre el cual ejerce algún dominio su regla maestra. No se trata solamente de que todos los principios y directrices escaparían de su influencia, aunque ya esto sería bastante grave. Una vez que tales principios y directrices son aceptados como derecho, y por lo tanto como estándares que los jueces deben seguir en la determinación de obligaciones jurídicas, de ello se seguiría que *normas* como las que se enunciaron por primera vez en casos como los de *Riggs* y *Hen-*

ningsen deben su fuerza, por lo menos en parte, a la autoridad de principios y directrices políticas, es decir, no exclusivamente a la regla maestra de reconocimiento.

Entonces, no podemos adaptar la versión que da Hart del positivismo modificando su regla de reconocimiento para que abarque los principios. No se pueden formular criterios que relacionen los principios con actos legislativos, ni se puede hacer que su concepto de derecho consuetudinario, que es en sí mismo una excepción al primer dogma del positivismo, sirva de algo sin abandonar por completo ese dogma. Sin embargo, debemos considerar una posibilidad más. Si ninguna regla de reconocimiento puede proporcionar un criterio para la identificación de principios, ¿por qué no decir que los principios son decisivos y que ellos *forman* la regla de reconocimiento de nuestro derecho? La respuesta a la cuestión general de qué constituye derecho válido en la jurisdicción norteamericana nos exigiría entonces que enunciáramos todos los principios (así como las reglas constitucionales finales) en vigor en esa jurisdicción en ese momento, junto con las adecuadas estimaciones de su peso. Entonces, un positivista podría considerar el conjunto completo de tales normas como la regla de reconocimiento de la jurisdicción. Esta solución ofrece el atractivo de la paradoja, pero naturalmente, es una rendición incondicional. Si nos limitamos a designar nuestra regla de reconocimiento con la frase «el conjunto completo de principios en vigor», a lo único que llegamos es a la tautología de que el derecho es el derecho. Si, en cambio, intentáramos efectivamente enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aun si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del derecho, porque no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir.

Mi conclusión es que si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra. Ya hemos decidido que en ese caso debemos abandonar el segundo dogma —la doctrina de la discreción judicial— o aclararlo hasta llegar a la trivialidad. ¿Qué pasa con el tercer dogma, la teoría positivista de la obligación jurídica?

Esta teoría sostiene que existe una obligación jurídica cuando (y sólo cuando) una norma jurídica establecida la impone como tal obligación. De ello se sigue que en un caso difícil —cuando no se puede encontrar tal norma establecida— no hay obligación jurídica mientras el juez no cree una nueva norma para el futuro. El juez puede aplicar esa nueva norma a las partes, pero entonces es legislación *ex post facto*, no la confirmación de una obligación existente.

La doctrina positivista de la discreción (en el sentido fuerte) exigía este punto de vista de la obligación jurídica, porque si un juez tiene discreción, no puede haber derecho ni obligación jurídica —o sea ningún título— que él deba imponer. Sin embargo, una vez que abandonamos esta doctrina y tratamos los principios como derecho, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida. Podríamos expresarlo diciendo que existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios.

Por cierto que habría que dar respuesta a muchas cuestiones antes de que pudiéramos aceptar este punto de vista respecto de la obligación jurídica. Si no hay regla de reconocimiento ni criterio para identificar el derecho en ese sentido, ¿cómo decidimos qué principios han de contar, y en qué medida, en la elaboración de tal alegato? ¿Cómo decidimos si uno de los dos es mejor que el otro? Si la obligación jurídica descansa sobre un juicio indemostrable de esa clase, ¿cómo puede servir de justificación para una decisión judicial [decir] que una de las partes tenía una obligación jurídica? ¿Coincide esta visión de la obligación con la forma en que se expresan abogados, jueces y legos, y es coherente con nuestras actitudes en lo tocante a la obligación moral? Éste análisis, ¿nos ayuda a resolver los enigmas clásicos de jurisprudencia referentes a la naturaleza del derecho?

Es menester hacer frente a estas cuestiones, pero ya las preguntas mismas son más prometedoras que las del positivismo. Condicionado por su propia tesis, el positivismo se detiene precisamente al borde de esos casos enigmáticos y difíciles que nos obligan a buscar teorías del derecho. Cuando estudiamos estos casos, el positivista nos remite a una doctrina de la discreción que no nos dice nada ni nos lleva a ninguna parte. Su imagen del derecho como sistema de

normas ha ejercido tenaz influencia sobre nuestra imaginación, por obra tal vez de su misma simplicidad. Si nos desembarazamos de este modelo de las normas, quizá podamos construir otro que se ajuste más a la complejidad y la sutileza de nuestras propias prácticas.

3

EL MODELO DE LAS NORMAS (II)

En el capítulo 2 sostuve que las proposiciones centrales de la teoría jurídica que denomino positivismo eran erróneas y que debían ser abandonadas.¹ En particular, sostuve que es erróneo suponer, como el positivismo, que en todo sistema legal ha de haber algún criterio fundamental y comúnmente reconocido, que permita determinar qué estándares cuentan como derecho y cuáles no. Dije que en los sistemas legales complejos, como los que rigen en los Estados Unidos y en Gran Bretaña, no se puede encontrar semejante criterio fundamental, y que en tales países no es posible establecer una distinción final entre los estándares legales y morales, como afirma el positivismo.

Podría resumir mi argumentación de la siguiente manera. Dije que la tesis de que existe algún criterio de derecho comúnmente reconocido es plausible si consideramos solamente las normas jurídicas simples, del tipo de las que aparecen en las leyes o que en los libros se destacan con negrita. Pero cuando abogados y jueces discuten y deciden un proceso, no apelan sólo a las normas jurídicas, sino también a otro tipo de estándares, que yo llamo principios jurídicos; por ejemplo, el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito. Ese hecho enfrenta al positivista con esta difícil opción: podría intentar demostrar que, cuando apelan a principios de este tipo, los jueces no están apelando a normas legales, sino solamente ejerciendo su discreción. O podría tratar de demostrar que, contrariamente a mis dudas, de hecho algún criterio comúnmente reconocido identifica siempre los principios que para los jueces cuentan como derecho, y los distingue de los que no están en ese caso. Yo sostengo que ninguna de las dos estrategias puede llevar al éxito.

Varios juristas se han interesado amablemente en replicar a mi argumentación; digno ejemplo de ello es un artículo del

doctor Raz.² Creo que los puntos principales en que se opone a mi argumentación son los siguientes: (i) Se dice que no está claro que mi tesis ponga realmente en juego nada más que una enmienda a la doctrina de los positivistas. Si se lee cuidadosamente la obra del profesor H. L. A. Hart, que yo tomo como el ejemplo más claro de doctrina positivista, se verá que su teoría puede dar cabida a mis conclusiones con sólo leves enmiendas.³ (ii) Se dice que mis propios argumentos son inconsecuentes, en este sentido: mi argumentación contra la teoría de la discreción supone que, de hecho, algunos principios cuentan como derecho y otros no, pero si es así, entonces debe haber un criterio de derecho del tipo, precisamente, que yo rechazo.⁴ (iii) Además, los argumentos que presento sugieren la forma de este criterio último. Decía yo que los jueces identifican los principios, por lo menos en parte, refiriéndose al papel que tales principios han desempeñado en debates jurídicos previos, y este género de prueba, que yo describía como una prueba de la «estructura institucional»,⁵ puede constituir el criterio último o decisivo de los principios que, en mi opinión, no se puede encontrar. (iv) Mi argumento de que los jueces no tienen discreción en la cuestión de los principios ignora el hecho de que, en ocasiones, los jueces pueden verse *obligados* a ejercitar la discreción en virtud del hecho de que no está claro qué principios cuentan y en qué medida.⁶ (v) La distinción entre normas y principios, de la cual depende al parecer mi argumentación, es insostenible de hecho.⁷

Se podría hacer una objeción más, a la que no intentaré responder. No tengo respuesta para el argumento según el cual se puede usar la palabra «derecho» de manera tal que por convención confiera validez a la tesis del positivismo. Es decir, que se la pueda usar de tal manera que el hablante sólo reconozca como «jurídicos» los estándares que jueces y abogados citan y que de hecho se identifican mediante algún criterio comúnmente reconocido. Es indudable que se puede usar «derecho» en ese sentido, y quizás algunos juristas lo hagan. Pero lo que a mí me interesaba era lo que consideraba un argumento referente al concepto de derecho de uso general hoy, que es, creo, el concepto de los estándares que estipulan los derechos y deberes que un gobierno tiene el deber de reconocer e imponer, en principio por lo menos, por mediación de instituciones tan familiares como los tribunales y la policía. Señalaba yo que el positivismo, con su doctrina de una regla de derecho fundamental y comúnmente

reconocida, confunde con el todo parte del dominio que abarca ese concepto.

Sin embargo, antes de atender a las objeciones específicas que enumeraré, quiero considerar una, muy general, que no he incluido en la lista pero que, por razones que luego aclararé, creo que está en la base de varias de las efectivamente enumeradas. Esta objeción general depende de una tesis que Hart defendía en *The Concept of Law*,⁸ una tesis que pertenece tanto a la filosofía moral como a la filosofía jurídica. En su forma más fuerte, sostiene que no pueden existir derechos ni deberes de ninguna clase a no ser en virtud de una práctica social uniforme de reconocimiento de tales derechos y deberes. Si es así, y si el derecho es, como supongo, cuestión de derechos y deberes, y no simplemente de la discreción de los funcionarios, entonces debe haber un criterio de derecho comúnmente reconocido que asuma la forma de una práctica social uniforme, y mi argumento debe estar equivocado.

En la primera sección de este ensayo me detendré en esta importante tesis, haciendo especial referencia al deber de los jueces de aplicar determinadas normas como de derecho. Sostendré después que la tesis debe ser rechazada. En las secciones restantes daré, en ocasiones, nueva forma a mis argumentos originales para demostrar por qué dependen de la refutación de esta tesis.

1. LAS NORMAS SOCIALES

Empezaré por señalar una distinción importante entre dos de los varios tipos de conceptos que usamos al discutir nuestro propio comportamiento o el de otras personas. A veces decimos que en general y teniendo en cuenta todos los factores, uno «debe o «no debe» hacer algo. En otras ocasiones decimos que alguien tiene la «obligación» o el «deber» de hacer algo, o que no tiene «ningún derecho» a hacerlo. He aquí diferentes clases de juicios: una cosa es, por ejemplo, decir simplemente que alguien debe contribuir a una obra de caridad, y otra muy diferente decir que tiene el deber de hacerlo; también es muy distinto decir simplemente que no debería beber alcohol o fumar marihuana que afirmar que no tiene derecho a hacerlo. Es fácil imaginar casos en que estaríamos dispuestos a hacer la primera de cualquiera de estas afirmaciones, pero no la segunda.

Además, en determinados casos, algo podría depender de qué afirmación sintiéramos como justificada. Los juicios de deber son, por lo común, mucho más fuertes que los que se refieren simplemente a lo que uno debería hacer. Podemos exigir obediencia a una obligación o un deber, y en ocasiones, proponer una sanción para la desobediencia, pero ni las exigencias ni las sanciones son adecuadas cuando es cuestión simplemente de lo que, en general, uno debe hacer. La cuestión de cuándo son adecuadas las exigencias de obligación o de deber, en cuanto distintas de tales exigencias generales referentes a la conducta, es por consiguiente una cuestión importante de filosofía moral, por más que haya sido relativamente descuidada.

La ley no enuncia simplemente lo que deben o no deben hacer los ciudadanos particulares; prevé lo que tienen el deber de hacer o lo que no tienen el derecho de hacer. Además, no aconseja simplemente a los jueces y a otros funcionarios sobre las decisiones que deben tomar; prevé que tienen el deber de reconocer e imponer ciertas normas. Es posible que en algunos casos un juez no tenga el deber de decidir en ningún sentido; en esos casos, debemos conformarnos con hablar de lo que debe hacer. A esto, creo, es a lo que se alude cuando decimos que en un caso tal el juez tiene «discreción». Pero cualquier filósofo del derecho, excepción hecha de los representantes más extremos del realismo jurídico norteamericano, supone que, en algunos casos por lo menos, el juez tiene el deber de decidir en un sentido determinado, por la expresa razón de que el derecho le exige tal decisión.

Pero para la teoría jurídica es un problema importante explicar por qué los jueces tienen tal deber. Supongamos, por ejemplo, que una ley prevea que en el caso de que un hombre haya muerto sin testar, sus propiedades irán al pariente más próximo. Los abogados dirán que el juez tiene el deber de ordenar que las propiedades se distribuyan de acuerdo con la ley, pero ¿qué es lo que impone ese deber al juez? Podemos decir que los jueces están «obligados» por una norma general en el sentido de que deben hacer lo que dice la ley, pero no está claro de dónde proviene la norma. No podemos decir que el organismo legislativo sea en sí mismo la fuente de la norma según la cual los jueces deben hacer lo que dice la ley, porque esa explicación presupone la norma que estamos tratando de justificar. Quizá podamos descubrir un documento jurídico básico, como una constitución, que diga

—ya sea explícita o implícitamente— que los jueces deben seguir lo que dice la ley. Pero, ¿qué impone a los jueces el deber de seguir la constitución? No podemos decir que la constitución lo impone sin incurrir, de la misma manera, en petición de principio.

Si nos contentáramos simplemente con decir que los jueces *deben* seguir lo que dice la ley, o la constitución, la dificultad no sería entonces tan grave. Para esta afirmación limitada podríamos dar cualquier cantidad de razones; por ejemplo, que si los jueces se condujeran así, todo el mundo estaría mejor. Pero este tipo de razonamiento no es convincente si lo que queremos es afirmar, como parece suponerlo nuestro concepto del derecho, que los jueces tienen el *deber* de seguir lo que dice la ley o la constitución. Entonces, debemos tratar de encontrar no simplemente razones por las cuales los jueces deban hacerlo, sino fundamentos para declarar asertivamente ese deber, y eso exige que nos enfrentemos con el problema de filosofía moral que acabo de mencionar. ¿En qué circunstancias surgen efectivamente deberes y obligaciones?

Es posible resumir de la manera siguiente la respuesta de Hart.⁹ Los deberes existen cuando existen normas sociales que tienen previstos tales deberes. Semejantes normas sociales existen cuando se satisfacen las condiciones prácticas para su existencia. Tales condiciones prácticas se satisfacen cuando los miembros de una comunidad se comportan de cierta manera; este comportamiento *constituye* una norma social e impone un deber. Supongamos que un grupo de feligreses sigue esta práctica: (a) los hombres se quitan el sombrero antes de entrar en la iglesia, (b) cuando se le pregunta por qué lo hace, un hombre se refiere a «la norma» que le exige que lo haga, y (c) cuando alguien se olvida de quitarse el sombrero antes de entrar en la iglesia, los demás lo critican y hasta es posible que lo castiguen.¹⁰ Según Hart, en estas circunstancias se satisfacen las condiciones prácticas para que una norma imponga un deber. La comunidad «tiene» una norma social en el sentido de que los hombres no deben usar sombrero en la iglesia, y esa norma social impone el deber de no usar el sombrero en la iglesia. La norma saca el problema de usar sombrero en la iglesia del ámbito general de los problemas que los hombres pueden debatir en función de lo que deben hacer, porque crea un deber. La existencia de la norma social y, por ende, la existencia del deber, es simplemente un hecho.

Hart aplica después su análisis al problema del deber judicial. Cree que en cada sistema jurídico el comportamiento de los jueces satisface las condiciones prácticas para [la existencia de] una norma social que impone el deber de identificar y aplicar ciertos estándares como de derecho. Si en una comunidad determinada, esos funcionarios (a) aplican regularmente las normas establecidas por la ley para llegar a sus decisiones, (b) justifican esta práctica apelando a «la norma» según la cual los jueces deben seguir lo que dice la ley, y (c) censuran a cualquier funcionario que no siga la norma, entonces, según la teoría de Hart, se puede decir que esa comunidad tiene una norma social según la cual los jueces deben seguir lo que dice la ley. Entonces, los jueces de esa comunidad tienen el deber de hacerlo así. Si ahora preguntamos por qué los jueces tienen el deber de seguir las normas sociales, a la manera de nuestras anteriores objeciones, Hart dirá que no hemos entendido la argumentación. Según él, es característica del concepto de deber el que los deberes se creen en virtud de normas sociales como las que él describe.

Pero la teoría de Hart, tal como hasta ahora la ha presentado, es susceptible de una objeción que se podría formular de la siguiente manera. Cuando un sociólogo dice que una determinada comunidad «tiene» o «sigue» una norma determinada, como la de no usar sombrero en la iglesia, lo único que se propone es describir el comportamiento de esa comunidad respecto de cierto punto. Sólo quiere decir que los miembros de esa comunidad suponen que tienen un deber determinado, y no que él esté de acuerdo. Pero, cuando es un miembro de la comunidad quien apela a una norma con el fin de criticar su propio comportamiento o el de algún otro, entonces lo que se propone no es simplemente describir el comportamiento de otras personas, sino evaluarlo. No quiere decir simplemente que los otros creen que tienen cierto deber, sino que *tienen* tal deber. Por consiguiente, debemos reconocer una distinción entre dos clases de enunciados que se valen, ambos, del concepto de norma. El sociólogo, podríamos decir, está afirmando una norma social, pero el feligrés está afirmando una regla normativa. Podríamos decir que la afirmación que hace el sociólogo de una norma social es válida (o se justifica) si se da cierta situación fáctica, es decir, si la comunidad se conduce de la manera que Hart describe en su ejemplo. Pero sólo diríamos que la afirmación que hace el feligrés de una regla normativa es válida (o se justi-

fica) si existe cierta situación normativa, es decir, sólo si los individuos tienen en realidad el deber que suponen tener en el ejemplo de Hart. El juez a cargo de un proceso está en la posición del feligrés, no en la del sociólogo. No se propone enunciar fría y simplemente que la mayoría de los jueces creen que tienen el deber de seguir lo que ha dicho la ley; quiere decir que en realidad tienen un deber tal, y cita ese deber, no las creencias de otros, como justificación de su propia decisión. Así las cosas, la norma social no puede, sin más ni más, ser la fuente del deber que él cree tener.

Hart se anticipa a esta objeción con un argumento que es el corazón de su teoría. Reconoce, aunque él no utilice esos términos, la distinción que he establecido entre las afirmaciones de una «norma social» y la afirmación de una «regla normativa». Sin embargo, por lo menos en lo que respecta a los casos que discute, niega que se pueda decir que esos dos tipos diferentes de afirmaciones enuncien dos clases de normas diferentes. Nos pide, en cambio, que distingamos entre la *existencia* de una norma y su *aceptación* por los individuos miembros de la comunidad en cuestión. Cuando el sociólogo afirma la existencia de una norma social, se limita a afirmar su existencia: lo único que dice es que se han satisfecho las condiciones prácticas para la existencia de la norma. Cuando el feligrés afirma su existencia, también él dice que esas condiciones prácticas están satisfechas, pero *además* muestra su *aceptación* de la norma como estándar para guiar su propia conducta y para juzgar la conducta de otros. Al mismo tiempo que identifica una práctica social, indica su disposición a conformar con ella su comportamiento. No obstante, en la medida en que cada uno se refiere a una norma, se trata de la misma norma, esto es, la constituida por la práctica social de que se trata.

La diferencia entre enunciar una norma social y enunciar una regla normativa no es, pues, una diferencia en el tipo de norma que afirma cada enunciado, sino más bien una diferencia en la actitud de cada uno de ellos hacia la norma social que afirma. Cuando un juez apela a la norma de que todo lo que promulga el parlamento es ley, está adoptando un punto de vista interno hacia una norma social; lo que dice es verdad porque existe una práctica social en ese sentido, pero él va más allá de decir simplemente que es así: señala su disposición a considerar la práctica social como justificación de su propia conformidad con ella.

De modo que Hart propone al mismo tiempo una teoría

general sobre el concepto de obligación y deber, y una aplicación específica de esa teoría al deber de imponer la ley que tienen los jueces. Para mantener el equilibrio de esta sección inicial, me ocuparé de criticar la teoría general, a la que llamaré teoría de la norma social, y distinguiré versiones fuertes y débiles de dicha teoría. En la versión fuerte, toda vez que alguien afirma un deber, ha de entenderse que presupone la existencia de una norma social y quiere decir que él acepta la práctica que la norma describe. De modo que si digo que los hombres tienen el deber de no mentir, debo querer decir por lo menos que existe una norma social en ese sentido, y a menos que así sea, mi enunciado debe ser falso. En una versión más débil, simplemente *a veces* se da el caso de que a alguien que afirma un deber haya que entenderle en el sentido de que presupone una norma social que estipula dicho deber. Por ejemplo, podría darse el caso de que se haya de entender de esa manera que un feligrés diga que los hombres no deben usar sombrero en la iglesia, pero de ello no se seguiría que se haya de entender de la misma manera al hombre que afirma el deber de no mentir. Este último podría estar afirmando un deber que en realidad no depende de la existencia de una norma social.

En las páginas pertinentes de *The Concept of Law*, Hart no aclara del todo cuál de las versiones se propone adoptar, aunque buena parte de lo que dice hace pensar en la versión fuerte. Pero la aplicación de su teoría general al problema del deber judicial dependerá, como es natural, de qué versión de la teoría de la norma social se proponga defender. Si la versión fuerte es correcta, entonces los jueces que hablan de un deber fundamental de tratar como derecho lo que dice la ley, por ejemplo, deben presuponer una norma social en ese sentido; pero si es válida alguna versión más débil de la teoría de la norma social, entonces simplemente podría darse el caso de que es así, y para demostrar que lo es sería necesario profundizar la discusión.

La versión fuerte de la teoría no puede ser correcta si se propone explicar todos los casos en que la gente apela a deberes, ni siquiera todos los casos en que apelan a normas como fuente de los deberes. La teoría debe conceder que hay afirmaciones de reglas normativas que no pueden ser explicadas como apelaciones a una norma social, por la razón de que no existe la norma social correspondiente. Un vegetariano podría decir, por ejemplo, que no tenemos derecho a matar animales para comerlos en virtud de la norma funda-

mental de que siempre está mal quitar la vida, en cualquier forma y en cualquier circunstancia. Es obvio que no existe ninguna norma social en ese sentido: el vegetariano reconocerá que hoy son poquísimos los hombres que reconocen una norma así o un deber tal, y de eso precisamente se queja.

Sin embargo, la teoría podría argumentar que este uso de los conceptos de norma y de deber designa un caso especial y pertenece de hecho a un género distinto de práctica moral, dependiente de la práctica estándar que la teoría se propone explicar. Por eso, se ha de entender que el vegetariano no dice en realidad que ahora hombres y mujeres tengan el deber de no quitar la vida, sino más bien que, dado que hay razones muy fuertes para decir que no se *debería* quitar la vida, *debería* existir una norma social en ese sentido. Su apelación a «la norma» podría sugerir que existe ya alguna norma tal, pero esta sugerencia es una especie de tropo, un intento por su parte de capturar la fuerza imperativa de las normas sociales y de hacer extensiva esa fuerza a su propia pretensión muy diferente.

Pero esta defensa interpreta mal lo que dice el vegetariano. Él quiere decir no sólo que es deseable que la sociedad reorganice sus instituciones de manera tal que nadie tenga jamás el derecho de quitar la vida, sino que en realidad, tal como están las cosas, nadie tiene jamás ese derecho. Es más, él querría mostrar la necesidad de la existencia de un deber moral de respetar la vida argumentando que la sociedad debería tener una norma social en ese sentido. La versión fuerte de la teoría de la norma social no le permite formular ese argumento, de manera que esa teoría sólo puede dar cabida a sus enunciados si insiste en hacerle decir algo que él no quiere decir.

Por consiguiente, si la teoría de la norma social ha de ser plausible, es menester debilitarla por lo menos en esta medida. Sólo debe aspirar a dar una explicación de lo que se entiende por una pretensión de deber (o afirmación de una regla normativa de deber) en un único tipo de caso, a saber, cuando la comunidad está en general de acuerdo en que tal deber existe efectivamente. La teoría no sería aplicable en el caso del vegetariano, pero sí en el del feligrés. Este debilitamiento no afectaría mucho a la aplicación de la teoría al problema del deber judicial, porque de hecho parece que los jueces siguen reglas muy semejantes para decidir qué han de reconocer como la ley que están obligados a imponer.

Pero la teoría no es plausible ni siquiera en esta forma debilitada, porque no llega a establecer la importante distinción entre dos clases de moralidad social, a las que podríamos llamar moralidad *concurrente* y *moralidad convencional*. Una comunidad exhibe una moralidad concurrente cuando sus miembros coinciden en afirmar la misma regla normativa o una muy semejante, pero no consideran el hecho de esa coincidencia como parte esencial de la razón por la cual afirman dicha regla. Cuando lo consideran así, la comunidad exhibe una moral convencional. Si los feligreses creen que todos los hombres tienen el deber de quitarse el sombrero en la iglesia, pero no cumplirían con tal deber si no hubiera una práctica social en ese sentido, nos hallamos ante un caso de moralidad convencional. Si creen también que un hombre tiene el deber de no mentir, y cumplirían con ese deber aun cuando la mayoría de los demás mintieran, estaríamos ante un caso de moralidad concurrente.

La teoría de la norma social debe debilitarse para ser aplicable únicamente a los casos de moralidad convencional. En los casos de moralidad concurrente, como el de la mentira, se satisfarían las condiciones prácticas que describe Hart. En general la gente no mentiría, citarían «la norma» de que está mal mentir como justificación de este comportamiento y condenarían a quienes mintieran. Según la teoría de Hart, en virtud de este comportamiento quedaría constituida una norma social, y estaría justificado el sociólogo que afirmara que la comunidad «tenía una norma» contra la mentira. Pero se tergiversaría la pretensión que hacen los miembros de la comunidad cuando hablan del deber de no mentir, si se supusiera que al hacerlo están apelando a esa norma social, o que consideran necesaria para su pretensión la existencia de la norma. Por el contrario, como éste es un caso de moralidad concurrente, de hecho no es así. De manera que la teoría de la norma social debe limitarse a la moralidad convencional.

Este nuevo debilitamiento de la teoría bien podría reducir sus consecuencias sobre el problema del deber judicial. Puede ser que por lo menos parte de lo que los jueces creen que deben hacer sea más bien expresión de moralidad concurrente que convencional. Por ejemplo, muchos jueces pueden creer que tienen el deber de imponer la decisión de un parlamento elegido democráticamente, basándose en los principios políticos que ellos aceptan y a los cuales reconocen mérito independiente, y no simplemente porque otros jueces

y funcionarios los acepten también. Por otra parte, es por lo menos plausible suponer que no es así, y que por lo menos la mayoría de los jueces en los sistemas jurídicos típicos considerarían que cierta práctica judicial general es parte esencial de las razones que respaldan cualquier referencia a sus deberes judiciales.

Sin embargo, la teoría de la norma social no da siquiera cuenta adecuada de la moralidad convencional, porque no puede explicar el hecho de que, aun cuando la gente considere una práctica social como parte necesaria de las razones para afirmar algún deber, todavía pueden estar en desacuerdo respecto del alcance de tal deber. Supongamos, por ejemplo, que los miembros de la comunidad que tiene la norma de que los hombres no deben llevar sombrero en la iglesia discrepan, de hecho, sobre la aplicabilidad de «esa» norma al caso de que los bebés varones lleven gorrito. Cada una de las partes cree que su punto de vista respecto de los deberes de los bebés o de sus padres es el más razonable, pero no se puede presentar ninguna de las dos opiniones como basada en una norma social, porque no hay ninguna que se refiera al problema.

La descripción que da Hart de las condiciones prácticas para las normas sociales es explícita en este punto: una norma se constituye mediante el comportamiento acorde de la mayoría de una población. Sin duda alguna, él contaría como acorde aquel comportamiento respecto del cual todo el mundo coincidiría en que es el que requiere un caso determinado, aun cuando el caso no se haya planteado. De modo que la norma social «abarcaría» el caso de un pelirrojo, aunque casualmente en la comunidad no hubiese todavía ninguno. Pero, si la mitad de los feligreses sostienen que a los bebés hay que quitarles el gorrito, y la otra mitad rechaza tal exigencia, ¿qué norma social constituye este comportamiento? No podemos decir que constituya una norma social según la cual a los bebés haya que quitarles el gorrito, ni una que estipule que no existe tal deber.

Podríamos caer en la tentación de decir que la norma social que prescribe a los hombres el uso de sombrero en la iglesia es «incierta» en lo tocante a los bebés, pero esto implica precisamente una confusión del tipo que se quiere evitar con la teoría de la norma social. No podemos decir que la norma social es incierta cuando todos los hechos de importancia referentes al comportamiento social son conocidos, como en este caso, porque con ello se violaría la tesis de que

las normas sociales se constituyen por el comportamiento. Se podría decir que una norma referente al uso de sombrero en la iglesia es incierta cuando no se conocen todavía los hechos respecto de lo que hace y piensa la gente, o quizá si no se hubiera planteado todavía la cuestión de los bebés, de modo que no estuviera en claro si el grueso de la comunidad sería o no de la misma opinión. Pero aquí no se presenta nada semejante a este tipo de incertidumbre; el caso se ha planteado y sabemos que los miembros de la comunidad no están de acuerdo. De manera que, en este tipo de caso, no debemos decir que la norma social referente al uso de sombrero en la iglesia es incierta, sino más bien que la única norma social que constituye el comportamiento de la comunidad es la que prohíbe que los hombres adultos lleven sombrero en la iglesia. La existencia de la norma es cierta, e igualmente cierto es que no hay norma social alguna referente al problema de los bebés.

Pero todo esto parece casi fatal para la teoría de la norma social, por la siguiente razón: cuando afirma reglas normativas, incluso en casos de moralidad convencional, la gente afirma típicamente reglas que difieren en cuanto al alcance o a los detalles; o, en todo caso, que diferirían si cada persona diera expresión más detallada a su norma. Pero dos personas cuyas reglas difieren, o que diferirían si se las elaborase, no pueden estar apelando a la misma norma social, y por lo menos una de ellas no puede estar apelando a ninguna norma social. Ello es así aunque estén de acuerdo en la mayoría de los casos que se plantean o pueden plantearse, cuando están en juego las normas que cada uno de ellos defiende. De modo que la teoría de la norma social debe terminar debilitándose hasta un punto inaceptable, simplemente para sobrevivir. Sólo se ha de sostener que es aplicable en los casos en que, como en algunos juegos, los participantes aceptan que si hay discusión respecto de un deber, no hay tal deber. No se aplicaría, pues, a los deberes judiciales.

La teoría puede tratar de eludir esta conclusión de diversas maneras. Podría sostener, primero, que cuando alguien apela a una norma, en un caso discutible, se ha de entender que lo que dice tiene dos partes: primero, identifica la norma social que representa efectivamente el acuerdo existente en la comunidad (que los adultos no deben usar sombrero en la iglesia) y después insiste en que esa norma *debe* extenderse hasta abarcar casos más controvertibles (el de los be-

bés en la iglesia). Dicho de otra manera, la teoría podría adoptar la misma línea con todas las apelaciones controvertibles a normas, tal como lo dije en el caso del vegetariano. Pero entonces la objeción que formulé en el caso del vegetariano se podría plantear con mucho mayor efecto, como crítica general de la teoría en su totalidad. La gente —por lo menos la que no vive metida en textos de filosofía— apela en gran medida a normas morales en circunstancias discutibles. Cuando así lo hacen, no quieren decir que la norma deba aplicarse al caso en cuestión, sea lo que fuere lo que ello signifique, sino que la norma se aplica; no que la gente debe tener los deberes y responsabilidades que prescribe la norma, sino que de hecho los tiene. Mal podría argumentar la teoría que todas esas afirmaciones son usos especiales o parásitos del concepto de deber; si así lo hiciera, limitaría a lo trivial su propia aplicación.

Alternativamente, se podría defender la teoría de manera muy diferente: cambiando el concepto de norma social que emplea. Esto se podría hacer atendiendo al hecho de que, por lo menos en el caso de la moralidad convencional, es frecuente que ciertas formulaciones verbales de una regla se estandaricen, como en la forma «los hombres deben quitarse el sombrero en la iglesia». Según el concepto revisado, una norma social existe cuando una comunidad acepta una determinada formulación verbal de sus deberes, y usa tal formulación como guía de su conducta y de su crítica; entonces se puede decir que la norma es «incierta» en la medida en que la comunidad discrepa respecto de la adecuada aplicación de uno o más términos de la formulación estándar, siempre que se coincida en que los casos discutibles deben ser decididos sobre la base de una u otra interpretación de dichos términos. La revisión daría una respuesta al argumento que presenté. Los feligreses aceptan efectivamente una sola norma social referente a la responsabilidad de usar sombrero, es decir, la regla de que los hombres no deben llevar sombrero en la iglesia. Pero esa norma es incierta, porque hay desacuerdo respecto de si «hombres» incluye a los bebés varones, o de si en «sombreros» han de incluirse los gorritos.

Pero esta revisión del concepto asigna demasiado peso a un punto accidental: si los miembros de la comunidad en cuestión pueden localizar, o efectivamente localizan, sus desacuerdos referentes a los deberes como desacuerdos en la interpretación de alguna palabra clave en una determinada formulación verbal que ha llegado a popularizarse. Los feli-

greses pueden expresar en esta forma su desacuerdo, pero de ello no se sigue que todos lo harán. La formulación verbal de la norma podría haber sido diferente sin que lo fueran los hechos sociales que le sirven de base, como [sucedería] si la gente tuviera la costumbre de decir que sólo las mujeres pueden llevar la cabeza cubierta en la iglesia; en ese caso, no habría que expresar el desacuerdo como referido a la cuestión de si al hablar de «mujeres» se incluye a los «bebés varones», sino establecer si la versión popular era un enunciado correcto de la verdadera regla normativa.

Además, en caso de ser así revisada, la teoría perdería la mayor parte de su poder explicativo original. Tal como se la presentó en un principio, captaba —aunque lo tergiversaba— un hecho importante, a saber, que la práctica social desempeña un papel central en la justificación de algunas, por lo menos, de nuestras afirmaciones normativas referentes a la responsabilidad o el deber individual. Pero lo que cuenta son los hechos de una práctica consecuente, no los accidentes del comportamiento verbal. Nuestras prácticas morales no son ejercicios de interpretación legislativa.

Finalmente, la teoría de la norma social podría conservar la definición originaria que da Hart de una norma social, como descripción de una práctica uniforme, pero interpretarse de diferente manera para reducir sus pérdidas. Podría renunciar a la afirmación de que las normas sociales pueden fijar el *límite* de los deberes de un hombre, pero mantenerse en la idea de que fijan su *umbral*. Entonces, cabría decir que la función de las normas sociales en la moralidad es la siguiente: las normas sociales distinguen lo que se establece a modo de deberes, no simplemente en el sentido fáctico de que describen un margen de consenso, sino en el sentido conceptual de que, cuando tal consenso existe, es innegable que los miembros de esa comunidad tienen por lo menos los deberes que el consenso abarca, aunque puedan —y tal vez sin salirse de lo correcto— negarse a cumplir con tales deberes. Pero la norma social no establece que los individuos no tengan derechos o deberes que trasciendan sus términos, ni siquiera en el ámbito de la moralidad convencional; el hecho de que la norma social no se extienda a ciertos casos, como el de los bebés en la iglesia, significa más bien que en ese caso, alguien que afirme un deber ha de apoyarse en argumentos que van más allá de una simple apelación a la práctica.

Si se la revista de esta manera, la teoría de la norma so-

cial ya no apoya, como lo hacía la teoría original que describí, la tesis de Hart de una regla social de reconocimiento. Si es posible que los jueces tengan el deber de decidir un caso de una manera determinada, pese al hecho de que ninguna norma social les impone tal deber, entonces la afirmación de Hart de que la práctica social da cuenta de todo lo que sea deber judicial se pierde. Me gustaría, sin embargo, señalar la debilidad que sigue habiendo incluso en esta forma revisada de la teoría de la norma social. No es conforme con nuestra práctica moral decir siquiera que una norma social estipula el nivel mínimo de derechos y deberes. Generalmente se reconoce, incluso como rasgo de la moralidad convencional, que las prácticas que no tienen sentido o que son en principio incongruentes con otras exigencias de la moralidad no imponen deberes, aunque por cierto, cuando existe una norma social sólo una reducida minoría pensará que esta estipulación se aplica realmente. Por ejemplo, cuando existía la norma social de que los hombres tuvieran ciertas cortesías formales con las mujeres, la mayoría de la gente decía que las mujeres tenían derecho a ellas; pero alguien, del sexo que fuere, que hubiera considerado insultantes tales cortesías no habría estado de acuerdo.

Este hecho referente a la moralidad convencional, que la teoría de la norma social pasa por alto, es de gran importancia porque apunta a una mejor comprensión de la relación entre práctica social y juicios normativos que la que nos ofrece la teoría. Es verdad que con frecuencia los juicios normativos suponen una práctica social como parte esencial de los fundamentos del juicio en cuestión; ya dije que ése es el sello distintivo de la moralidad convencional. Pero la teoría de la norma social concibe erróneamente la relación. Cree que la práctica social *constituye* una norma que el juicio normativo acepta; en realidad, la práctica social ayuda a *justificar* una norma que el juicio normativo enuncia. El hecho de que exista la práctica de quitarse el sombrero en la iglesia justifica que se afirme en ese sentido una regla normativa, no porque la práctica constituya una regla que el juicio normativo describe y respalda, sino porque crea maneras de infringir y genera el tipo de expectativas que constituyen el terreno adecuado para afirmar que uno se debe quitar el sombrero en la iglesia, o para afirmar como regla normativa que ése es su deber.

La teoría de la norma social fracasa porque insiste en que una práctica debe tener el mismo contenido que la nor-

ma que los individuos afirman en su nombre. Pero si suponemos simplemente que una práctica puede justificar una norma, entonces la norma así justificada puede o no tener el mismo contenido que la práctica; su contenido puede ser más restringido que el de la práctica o puede trascenderlo. Si consideramos de esta manera la relación entre la práctica social y las afirmaciones normativas, entonces fácilmente podemos dar cuenta de lo que la teoría de la norma social pugna por explicar. Si alguien encuentra que una práctica social no tiene sentido o es inadecuada o agravante, es posible que crea que no justifica, ni siquiera en principio, la afirmación de ningún deber o regla normativa de conducta; y en ese caso la persona no dirá que la norma le impone un deber que ella rechaza, sino que, pese a lo que los demás piensen, no le impone deber alguno.

Además, si una comunidad tiene una práctica determinada, como la de no llevar sombrero en la iglesia, será más probable que sorprendente que los miembros afirmen diferentes reglas normativas, cada una de las cuales se justifica supuestamente en virtud de esa práctica. Discreparán sobre si los bebés deben usar gorrito porque discreparán respecto de si, sopesados todos los factores, el hecho de la práctica justifica que se afirme tal deber. Algunos pueden pensar que sí porque piensan que la práctica como tal establece una especie de insulto o falta de respeto que los padres de un infante pueden cometer por persona interpuesta. Otros pueden estar en desacuerdo por diversas razones. Es verdad que, incluso en un caso tan trivial, la disputa asumirá la forma de una discusión sobre lo que exige «la regla» referente a usar sombrero en la iglesia. Pero aquí no se hace referencia a la regla constituida por el comportamiento común, es decir, a una norma social, sino a la regla que se justifica por el comportamiento común, es decir, una regla normativa. Lo que discuten es precisamente qué es *esa* regla.

Puede que el deber judicial sea un caso de moralidad convencional. De ello no se sigue que alguna norma social enuncie el límite, ni siquiera el umbral, del deber judicial. Cuando los jueces citan la norma de que deben seguir lo dispuesto por la ley, por ejemplo, es posible que estén apelando a una regla normativa que se justifica en alguna práctica social, y que estén en desacuerdo respecto del contenido preciso de esa regla normativa de una manera que no equivale simplemente a un desacuerdo sobre la realidad del comportamiento de otros jueces. Quizás el positivista tenga razón, pero debe

desenmarañar su caso sin recurrir al atajo que intenta proporcionar la teoría de la norma social.

2. ¿ESTOY REALMENTE EN DESACUERDO CON HART?

Se ha insinuado que mi desacuerdo con el positivismo, por lo menos en la forma en que lo presenta Hart, no es realmente tan amplio como yo pretendo. Tal vez yo haya demostrado que una visión sensata del derecho dejaría margen tanto para los principios como para las normas. Pero esto es algo que nada en la teoría de Hart parece negar. Es verdad que habla únicamente de las normas, pero no define el término «norma» de la manera limitada en que yo lo defino en el capítulo 2, y por consiguiente se podría entender que cuando él habla de normas incluye tanto los principios como las normas en sentido estricto. Quizá yo haya demostrado que cualquier criterio fundamental del derecho, si ha de incluir tanto principios como normas de derecho, debe ser más complejo que los ejemplos que ofrece Hart como especímenes de una regla de reconocimiento. Pero Hart dice que la regla de reconocimiento puede ser compleja; dice, de hecho, que puede estar compuesta por varios criterios dispuestos jerárquicamente. Sus sencillos ejemplos —como la norma de que lo que la Reina promulga en el Parlamento es ley— no se proponen ser más que ejemplos.

¿Dónde reside, pues, el desacuerdo? Es verdad que aparentemente el capítulo 2 niega la tesis de Hart, de que todo sistema jurídico tiene un criterio fundamental del derecho, que asume la forma de una regla de reconocimiento. Pero, como señala el profesor Sartorius, lo que quiero decir no es, en realidad, que pueda existir un sistema jurídico que no tenga un criterio fundamental para la identificación de normas y principios de derecho.¹¹ Como parte de mi argumentación [dije] que algunos principios deben ser considerados como de derecho, y figurar por ende en la discusión judicial, mientras que con otros esto no es permisible. Pero si eso es verdad, entonces debe haber alguna especie de criterio que se pueda usar para distinguirlos, de modo que mi declaración de que no existe tal regla fundamental debe ser entendida en el sentido de que el criterio fundamental debe de ser demasiado complejo para enunciarlo en una simple regla. Pero, como Hart jamás sostuvo que la regla fundamental deba ser simple, este desacuerdo es limitado.

Tal es la primera de las objeciones que quiero considerar. Cuando escribí el capítulo 2 pensaba que la tesis de los positivistas —que en todo sistema jurídico existe un criterio fundamental del derecho— era lo suficientemente clara como para necesitar muy poca elaboración. Pensé que cualquier ambigüedad podía resolverse tomando como ejemplo la cuidadosa formulación que de esa tesis ofrece el profesor Hart. La objeción que acabo de describir me convence de que en esto me equivocaba, y ahora intentaré reparar el daño anunciando con más claridad lo que entiendo que es la afirmación de los positivistas y de qué manera difiere esa afirmación de otras que yo mismo pudiera querer hacer.

Empezaré por presentar tres tesis diferentes, cada una de las cuales tienen algo que ver con la idea de un criterio base del derecho. Al descubrir estas diferentes tesis, me valdré de la distinción que introduje en la última sección, la distinción entre describir el comportamiento social mediante el concepto de una norma social, por una parte, y afirmar una posición normativa mediante el concepto de una regla normativa, por la otra. (i) La primera tesis sostiene que, en toda nación que tenga un sistema jurídico evolucionado, existe dentro de la comunidad de sus jueces y funcionarios legales alguna norma *social* o conjunto de ellas que establece los límites del deber del juez de reconocer como derecho cualquier otra norma o principio. La tesis sería válida para Inglaterra, por ejemplo, si los jueces ingleses, como grupo, reconocieran que es su deber tener en cuenta, cuando determinan derechos y obligaciones legales, únicamente normas o principios promulgados por el Parlamento, o dictados en decisiones judiciales, o establecidos por una costumbre inmemorial; y si reconocieran también, como grupo, que no tenían el deber de tener en cuenta ninguna otra cosa. Hart propone esta primera tesis; en realidad, su teoría de que en todo sistema jurídico existe una regla social de reconocimiento puede ser considerada como una de las contribuciones más importantes que el autor ha hecho a la tradición positivista. (ii) La segunda tesis sostiene que en todo sistema jurídico alguna regla o principio normativo en particular, o un conjunto complejo de ellos, es la norma adecuada para que usen los jueces en la identificación de normas o principios de derecho más particularizados. Alguien que acepte esta segunda tesis podría creer, por ejemplo, que en Inglaterra los jueces tienen el deber de no reconocer como derecho más que leyes, precedentes y costumbres inequívocos,

independientemente de que en realidad lleguen o no de esa manera a sus decisiones. (iii) La tercera tesis sostiene que en cada sistema jurídico, la mayoría de los jueces *aceptan* alguna regla o teoría normativa que rige su deber de tomar otras normas como normas legales. Esta tesis argumenta que quien estudie las pautas de decisiones de los diversos jueces ingleses, por ejemplo, se encontrará con que cada juez, más o menos conscientemente, sigue una regla determinada que designa ciertas fuentes exclusivas del derecho, o bien una teoría más compleja que estipula cómo ha de hallarse el derecho. De esta tesis no se sigue, aunque también podría ser verdad, que la mayoría de los jueces ingleses sigan la *misma* regla o teoría; si así fuera, entonces la primera tesis sería también válida para Inglaterra, por lo menos, pero no en otro caso.

El desacuerdo entre Hart y yo se centra en la primera de estas tres tesis; él la propone y yo la niego. El problema es importante; de él depende la idea tradicional de que las normas jurídicas se pueden distinguir, en principio y como grupo, de las normas morales o políticas. Si la primera tesis es correcta, entonces en todo sistema jurídico existe algún criterio del derecho, comúnmente aceptado, que tiene la forma de una regla social, y esto basta para distinguir los principios y normas jurídicos de los morales. Pero si la primera tesis es falsa, entonces no existe tal criterio.

No basta con que alguna versión de la segunda o de la tercera tesis pueda estar bien fundada. Supongamos que yo mismo acepte una teoría normativa del derecho, del tipo que contempla la segunda tesis. Mi teoría, si todo el mundo no la comparte, ha de incluir afirmaciones discutibles; podría incluir, por ejemplo, una teoría discutible del precedente, que sostenga que los tribunales deben dar más peso a los precedentes recientes que a los más anticuados. Me exigirían entonces que fundamente la afirmación de que mi manera de ver los precedentes enuncia correctamente cuál es el deber de un juez, y sólo podría hacerlo presentando una nueva teoría referente al sentido o al valor del precedente como institución. Indudablemente, mi defensa de esa nueva teoría dependería de principios discutibles de moralidad política; por ejemplo, de principios referentes al papel que corresponde a la judicatura en una democracia. Precisamente, lo que más preocupa al positivismo es negar este tipo de dependencia.

Las distinciones que he establecido entre estas tres tesis

diferentes demuestran por qué la objeción de Sartorius no acierta: él piensa que si digo que los jueces tienen el deber de usar algunos principios, pero no otros, o de asignar a un principio un peso dado, pero no uno mayor, de ello se sigue que suscribo la idea de que hay un criterio fundamental para identificar el derecho. Lo que se sigue es que suscribo alguna versión de la segunda tesis, es decir, que yo también pienso que se puede defender de manera convincente una teoría con preferencia a otra, en lo referente a cómo deben decidir los jueces los casos difíciles. Pero no se sigue que yo deba aceptar la primera tesis, según la cual entre los jueces existe alguna norma social que resuelve el problema. Ésa es la tesis de Hart, pero no es la mía ni tiene por qué serlo.

Sin embargo, en la teoría de Hart hay un rasgo que hace pensar que le atribuyo una teoría demasiado rígida. Él tiene el cuidado de decir que una regla social de reconocimiento podría ser incierta en algunos casos, de modo que no resolvería todos los problemas que pueden plantearse respecto de lo que se considera como derecho.¹² Para que una regla tal exista, es suficiente con que resuelva la mayoría de esos problemas. Hart da el siguiente ejemplo. No cabe duda, dice de que es parte, por lo menos, de la regla de reconocimiento inglesa la proposición de que todo lo promulgado por el Parlamento es derecho. Sin embargo, es discutible que el Parlamento actual tenga el poder de restringir a los Parlamentos futuros, como podría suceder si adoptara, por ejemplo, determinada norma jurídica y después reforzara tanto esa norma como el procedimiento que la asegura, estipulando que sólo puede ser revocada por una mayoría de dos tercios. Si eso sucediera, es posible que se generase una división entre los jueces en lo referente a las consecuencias jurídicas de la pretensión de un Parlamento futuro de revocar tales reglas por simple mayoría. Si los jueces estuvieran así divididos, ello demostraría que la regla de reconocimiento es incierta en ese punto, y entonces sólo se podría resolver el problema y aclarar la regla de reconocimiento si un tribunal tomara la decisión en un sentido u otro y acertase a tener el poder político para hacer valer su decisión.

Podría, pues, parecer que Hart no suscribe la idea de que en todo sistema jurídico existe alguna regla social que resuelve todos los problemas referentes a qué normas son jurídicas. Para establecer la primera tesis, podría decir Hart, basta con tratar a una norma social como si *rigiera* todas las decisiones de derecho, aunque no sea tan precisa que sus

requerimientos jamás se vean sometidos a discusión. Después, podría agregar que cuando de hecho los jueces se dividen (como sucedería con respecto al caso de poner obstáculos a la modificación de la norma jurídica o, para continuar con el ejemplo que di, a la fuerza que se ha de asignar a los precedentes más antiguos) revelan, dentro de una norma social, un ámbito de incertidumbre que se corresponde con la realidad.

Pero la reserva que hace Hart al admitir que la regla de reconocimiento puede ser incierta en determinados puntos no se limita a agregar complejidad y flexibilidad a su teoría. Por el contrario, la socava, por razones que intenté poner en claro en la sección anterior. Simplemente, no concuerda con el concepto de una norma social, tal como lo usa Hart, decir que una norma social puede ser incierta en el sentido a que ahora alude. Si de hecho los jueces están divididos respecto de lo que deben hacer si, con un procedimiento especial de revocación, un Parlamento posterior intenta revocar una norma asegurada, entonces no es incierto que alguna regla social rija esa decisión; por el contrario, es cierto que ninguna lo hace. El ejemplo demuestra, simplemente, que el enunciado de que en Inglaterra existe entre los jueces una regla social en el sentido de que todo lo promulgado por el Parlamento es derecho, es —en términos estrictos— inexacto, aunque podría ser bastante exacto para la mayoría de los casos.

Un enunciado cuidadoso de la posición, que se valiera del concepto de norma social, tendría que ser formulado en esta línea. Entre los jueces existe una norma social en el sentido de que todo lo promulgado por el Parlamento, a no ser una ley que pretenda establecer limitaciones a los Parlamentos futuros, es derecho. No existe norma social alguna sobre el problema de si el Parlamento puede limitar a los Parlamentos futuros; sobre este punto los jueces están divididos. Algunos piensan que puede y que ellos, por consiguiente, tienen el deber de no reconocer como derecho ninguna revocación propuesta de una ley asegurada. Otros piensan que no puede y que, por ende, ellos tienen el deber de reconocer como derecho la legislación que la revoke. (Esta sencilla formulación hace caso omiso de las posiciones más complejas que en realidad podrían tomar los diferentes jueces.)

Pero naturalmente, plantear de esa manera las cosas da un ejemplo en contrario de lo que afirma la primera tesis, a saber, que existe siempre alguna regla social que estipula

las condiciones necesarias y suficientes de aquello que los jueces deben reconocer como derecho. Si tales desacuerdos entre los jueces se limitaran únicamente a casos raros y extraordinarios como son las cláusulas de aseguramiento, entonces los ejemplos en contrario serían pocos y no constituirían un verdadero impedimento para la afirmación. Pero si, como doy por supuesto, los desacuerdos de esta clase entre los jueces son muy frecuentes, y de hecho se encuentra uno con ellos toda vez que los tribunales de apelación intentan decidir casos difíciles o controvertidos, entonces la debilidad general que pone de relieve este argumento es fatal.

Ahora bien, se podría decir que estoy tomando demasiado literalmente el enunciado de Hart según el cual la regla de reconocimiento es una norma social constituida por el comportamiento común a los miembros de una determinada comunidad, como los jueces y otros funcionarios. Quizás Hart quisiera revisar su riguroso concepto en la forma que sugerí en la última sección y decir que una regla de reconocimiento existe como norma social cuando los jueces aceptan una determinada formulación verbal de su deber, tal como la formulación: «Todo aquello que el Parlamento promulga es derecho». En ese caso, Hart podría decir que una regla de reconocimiento existe, pero pese a ello es incierta, cuando los miembros de la comunidad discrepan respecto de la adecuada aplicación de esa formulación verbal a los casos particulares. De modo que la regla de reconocimiento según la cual todo lo que el Parlamento hace es derecho, existe como hecho social, pero es incierta en la medida en que los jueces discrepan sobre casos particulares, como el de las leyes que establecen mayorías cualificadas.

Pero, como ya dije, esta revisión del concepto asigna demasiado peso a los accidentes lingüísticos e históricos. El presente ejemplo lo confirma. Puede ser convencional decir que todo lo que el Parlamento promulga es derecho, pero difícilmente es posible definir el desacuerdo sobre las leyes que establecen mayorías cualificadas como un desacuerdo referente a la adecuada interpretación de los términos que intervienen en esa formulación convencional. Nadie diría que la discusión gira en torno del significado de «todo aquello» o de la fuerza que ha de asignarse al término «promulga». Tampoco se puede describir como discrepancias respecto del significado de los términos que integran alguna fórmula verbal establecida, a muchas de las controversias, tan numerosas como poco imaginativas, en que yo pensaba; por ejemplo, los

desacuerdos sobre el peso que se ha de asignar a los precedentes inmemoriales.

Alguien podría plantear a mi argumento una objeción diferente, recordándome la distinción que hice en la última sección, entre enunciados sobre lo que los jueces deben hacer y enunciados sobre lo que tienen el deber de hacer. La primera tesis no afirma que exista siempre una norma social que decide lo que los jueces *deben* hacer en casos controvertibles como el del aseguramiento mediante mayorías cualificadas. Sólo afirma que una norma social estipula lo que se les *requiere* que hagan en casos tales; es decir, el límite de sus deberes. Si efectivamente los jueces discrepan respecto de la imposición de una ley que se propone revocar una norma cualificada, el hecho mismo de la discrepancia, de acuerdo con esta objeción, demostraría que los jueces no tienen deber alguno en ningún sentido. El asunto quedaría entonces librado a su discreción hasta que algún tribunal, por la fuerza de su decisión en uno u otro sentido, estimulase a otros jueces a aceptar esa decisión como creadora de un deber.

Si así fuera, entonces la primera tesis sería inmune al argumento que presenté, pero ¿por qué hemos de suponer que es así? La objeción depende de un supuesto ético: que los deberes no pueden ser, en principio, discutibles. Supone que, si no está claro cuál es el deber de un juez, y no hay acuerdo respecto de qué otros criterios decidirían la cuestión, entonces el juez no puede tener deber alguno; sólo podemos hablar de lo que debe hacer. Pero ese supuesto es, por lo menos, cuestionable. No cuadra con la forma en que usamos el concepto de deber en la discusión moral. El vegetariano no necesita aceptar que nuestros deberes se limitan a lo que, incontrovertible o demostrablemente, son nuestros deberes. [El supuesto] no cuadra siquiera con la forma en que los juristas enfocan el problema del deber judicial. En la disputa referente a la cláusula de mayorías cualificadas, por ejemplo, la única proposición que constituye terreno común entre los discrepantes es que no se trata de un asunto en el cual los jueces tengan libertad para ejercitar su discreción. Los que piensan que el Parlamento tiene efectivamente el poder de limitar a sus sucesores creen que los jueces no tienen derecho a reconocer un intento posterior de revocación. Quienes creen que el Parlamento no tiene tal poder, consideran que los jueces tienen el deber de reconocer la revocación subsiguiente. Es verdad que algunos jueces pue-

den sentirse inseguros, pero su incertidumbre está referida a sus deberes; no es la certidumbre de no tener ninguno. Por cierto que si la versión fuerte de la teoría de la norma social fuese correcta, el supuesto que he descrito sería sólido. Pero como esa teoría es falsa, se ha de hallar algún otro fundamento para el supuesto, y creo que no es posible hallarlo.

Espero que nadie querrá decir que en este tipo de casos los jueces discrepan respecto de su deber político o moral en cuanto jueces, pero no respecto de su deber jurídico. La única base para esta distinción es tal que, en este contexto, incurre en una obvia petición de principio. La primera tesis que distinguí está encaminada a explicar la distinción que establece el positivista entre el deber jurídico y otras clases de deberes, así que no puede dar por sentada esta distinción. El propio Hart dice que la regla fundamental de reconocimiento es una norma jurídica sólo en el sentido en que el metro patrón que se guarda en París mide un metro; ¹³ si los jueces tienen el deber de imponer las cláusulas de mayorías cualificadas, tiene que ser un deber jurídico exactamente en ese sentido. Pero la cuestión de la terminología no viene al caso. Si es posible que los jueces tengan el deber de aplicar alguna norma o principio para determinar lo que requiere el derecho, pese al hecho de que ninguna norma social así lo estipula, entonces la primera tesis es errónea, independientemente de cómo se describa el deber.

3. EL «APOYO INSTITUCIONAL», ¿CONSTITUYE UNA REGLA DE RECONOCIMIENTO?

En el capítulo 2 dije que los principios, como el que enuncia que nadie puede beneficiarse de su propio delito, no podían quedar comprendidos en ninguna regla simple de reconocimiento, como la que expresa que todo lo que promulga el Parlamento es derecho. El positivista, dije allí, tiene una opción: puede sostener que esos principios no son parte del derecho, porque el juez no tiene el deber de tenerlos en cuenta, sino que ello queda librado a su discreción. O bien puede conceder que son principios de derecho y demostrar cómo se puede construir una regla social de reconocimiento más complicada que dé cabida a tales principios. Por cierto que el positivista puede combinar ambas estrategias: podría argumentar que una regla de reconocimiento más compleja com-

prendería algunos de los principios que citan los jueces, y después sostener que los jueces no tienen el deber de imponer ningún otro principio más que éstos.

El doctor Raz intenta combinar de esa manera ambas estrategias. Confía principalmente en el argumento, que consideraré en la sección siguiente, de que los jueces tienen la discreción, pero no el deber, de emplear ciertos principios. Pero cree que los jueces tienen efectivamente el deber de tener en cuenta por lo menos algunos principios, y que éstos pueden ser reunidos bajo algo semejante a una regla de reconocimiento, mediante la noción de lo que él llama una «costumbre judicial».¹⁴ Supongamos que, de hecho, muchos jueces citen durante cierto tiempo un determinado principio, afirmando que debe ser tenido en cuenta. Entonces, señala Raz, esa misma práctica constituiría una norma social definida que luego formaría parte, junto con las reglas de reconocimiento de tipo convencional en que pensaba Hart, del grupo de normas sociales que, en conjunto, sirven como criterio para identificar el derecho.

Pero este concepto de la costumbre judicial no puede llevarnos muy lejos en la discusión, por dos razones. La primera, que la gran mayoría de los principios y directrices que citan los jueces son discutibles, por lo menos en cuanto al peso; el peso del principio según el cual nadie puede beneficiarse de su propio delito, por ejemplo, fue lo suficientemente discutible como para provocar una disensión en el caso *Riggs v. Palmer*.¹⁵ Segundo, muchísimos alegatos basados en principios apelan a principios que en modo alguno han sido objeto de una práctica judicial establecida; así sucedió con varios de los ejemplos que di, tomados de la decisión en el caso *Henningsen*, que incluía principios que de hecho no habían sido formulados antes de ninguna manera parecida, como el principio de que los fabricantes de automóviles tienen una especial responsabilidad hacia el público.

De modo que la noción de costumbre judicial de Raz no podría distinguir muchos de los principios que los jueces tratan como principios que deben tener en cuenta. Por consiguiente, habremos de considerar muy seriamente su argumento de que en realidad los jueces no tienen el deber de llevar a la práctica principios que no son objeto de una costumbre judicial semejante. Pero primero quiero considerar una idea, diferente y más compleja, de cómo se puede adaptar la noción de una regla social de reconocimiento para dar cabida tanto a los principios como a las reglas.

El profesor Sartorius coincide conmigo en rechazar la idea de que, cuando los jueces apelan a principios en los casos difíciles, al hacerlo están ejerciendo cierto grado de discreción.¹⁶ Por consiguiente, si desea adherirse a la primera tesis que distinguí, debe describir una forma de regla social que efectivamente dé cabida a todos esos principios o por lo menos los tenga en cuenta. Sartorius intenta hacerlo, y procura oponerme mis propios argumentos. Admite que la elaboración de un criterio fundamental de identificación del derecho sería sumamente trabajosa, pero cree que en principio es posible. Cree, además, que lo esencial de ese criterio decisivo residiría en el concepto de «apoyo institucional» que presenté en el capítulo 2, y cita el siguiente pasaje de ese capítulo como respaldo de su propia posición:

Si nos urgieran a fundamentar nuestra afirmación de que un principio es un principio de derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior en que tal principio hubiera sido citado o figurase en la discusión. Mencionaríamos también cualquier ley que pareciera ejemplificarlo (y sería mejor aún si el principio estuviera citado en el preámbulo de la ley o en los informes de la comisión o en cualquier otro documento legislativo que lo acompañase). A menos que llegáramos a encontrar el apoyo de algún antecedente institucional, no podríamos probablemente defender nuestro caso, y cuanto más apoyo encontrásemos, tanto más peso podríamos reclamar para el principio.¹⁷

Por cierto que el profesor Sartorius debería extenderse con mucho más detalle sobre esta doctrina del apoyo institucional. Yo mismo debería elaborarla de la siguiente manera,¹⁸ y su artículo hace pensar que él podría aceptar mi elaboración. Supongamos que hubiéramos de reunir todas las normas que son manifiestamente normas válidas de derecho en un determinado estado norteamericano, por ejemplo, y que a éstas agregamos todas las normas de competencia institucional en que nos habíamos apoyado para decir que las normas de la primera serie eran realmente normas válidas. Tendríamos ahora un conjunto impresionante de material jurídico. Entonces podríamos preguntar qué conjunto de principios en su totalidad sería necesario para justificar la adopción de las normas explícitas, institucionales y de derecho, que habíamos enumerado. Supongamos que cada juez y abogado de ese estado deba formular una «teoría del derecho» que describa ese conjunto de principios y asigne a cada uno de ellos un peso relativo (paso por alto el hecho de que el

esfuerzo de toda una vida no sería suficiente ni para empezar). Cada uno de ellos podría, entonces, sostener que su conjunto de principios debe contar como [los] principios del sistema jurídico en cuestión.

Podríamos formular el criterio de identificación del derecho que sugiere esta historia de la siguiente manera: un principio es un principio de derecho si figura en la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión. Sartorius dice, pensando al parecer en este tipo de criterio, que «aunque quizá se aparte bastante de la versión que da Hart del positivismo está de acuerdo con el dogma positivista fundamental tal como lo describe Dworkin, a saber, que “el derecho de una comunidad ... puede ser identificado y distinguido por criterios específicos, por pruebas que no tienen que ver con ... el contenido, sino con ... la justificación...”».¹⁹

Pero se necesita ahora alguna aclaración. Sartorius no puede querer decir que la teoría del derecho de cualquier jurista proporcione una regla *social* de reconocimiento. Si yo hubiera enunciado una teoría del derecho para una jurisdicción determinada, bien podría defender esa teoría como teoría normativa del deber judicial, en el espíritu de la *segunda* tesis que distinguí. Si la mayoría de los jueces de la jurisdicción tuvieran cada uno su teoría, entonces la *tercera* tesis valdría para esa jurisdicción. Pero la teoría de cada uno de los jueces sería más o menos diferente de las de los otros. Algunos de los principios que propusiera serían diferentes, y entre los que son iguales, algunos serían de diferente peso. Estas diferencias aseguran que no haya una única teoría de un jurista que pueda ser tomada en sí como una regla social compleja, del tipo que requiere la *primera* tesis.

De modo que Sartorius debe decir, no que la teoría del derecho de cualquier jurista determinado proporcione una regla social de reconocimiento, sino más bien que el criterio del apoyo institucional es en *sí mismo* una regla social. Es decir, podría decir que la regla social de reconocimiento es precisamente la regla de que un principio debe ser aplicado como derecho si es parte de la teoría del derecho mejor fundada, y debe ser aplicado con el peso que esa teoría le asigna. Según este punto de vista, las diferentes teorías del derecho que ofrecerían los diferentes juristas son simplemente teorías diferentes sobre la forma en que ha de aplicarse a los casos particulares esa norma social.

Pero no veo cómo se puede plantear el asunto de esa manera, y seguir con la idea de que la prueba de apoyo institucional proporciona más bien «criterios específicos» de «justificación» que de «contenido». El concepto de una teoría del derecho, tal como lo he descrito, no supone que los principios y las directrices políticas expliquen las normas establecidas de la misma manera como podría explicarlas un historiador del derecho, identificando los motivos de quienes adoptaron dicha normas, o llamando la atención sobre los grupos de presión que influyeron en su promulgación. Si una teoría del derecho ha de proporcionar un base para el deber judicial, entonces los principios que enuncia deben tratar de *justificar* las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad que, en opinión del jurista que elaboró la teoría, fundamentan realmente las normas. Este proceso de justificación conduce al jurista a profundizar en la teoría política y moral, más allá de donde sería exacto decir que algún «criterio» de «justificación» sirve para decidir, entre dos teorías diferentes de nuestras instituciones políticas, cuál es la mejor.

El simple ejemplo que di antes sirve para ilustrarlo. Si estoy en desacuerdo con otro jurista sobre la fuerza relativa que hay que asignar a los precedentes inmemoriales, defenderé una teoría del derecho cuyo punto de vista sobre los precedentes apoye mi tesis. Podría decir que la doctrina de los precedentes sirve a la igualdad de consideración ante la ley, y que la igualdad en el trato pierde importancia e incluso se desvirtúa a medida que aumenta el tiempo transcurrido entre los dos precedentes. Él me respondería quizá que el sentido del precedente no está tanto en la igualdad como en la predecibilidad de la decisión, a la cual nos aproximamos más si no hacemos caso de las distinciones en el tiempo entre los precedentes. Cada uno de nosotros señalará las características de la función judicial que apoyan su punto de vista frente al del otro; si alguno no pudiera encontrar ninguna, entonces, tal como dije en el pasaje citado, su argumentación carecería de fuerza. Pero la elección entre nuestros puntos de vista no dependerá únicamente del número de tales características que cada uno pueda encontrar; dependerá también de hasta qué punto pueda hacer una defensa moral del deber de igual tratamiento que presupone mi argumento, porque la tesis de que este deber justifica el precedente supone que el deber existe.

No quiero decir que no se pueda encontrar base alguna

para preferir una teoría del derecho a otra. Por el contrario, puesto que rechazo la doctrina de la discreción que describiré en la sección siguiente, doy por sentado que cabe encontrar argumentos convincentes que establezcan la superioridad de una teoría sobre otra. Pero esos argumentos deben incluir otros, referentes a problemas de teoría política normativa, como la naturaleza del deber social de igualdad, que van más allá de la concepción positivista de los límites de las consideraciones que vienen al caso cuando se trata de decidir qué es el derecho. El poner a prueba el apoyo institucional no proporciona ninguna base mecánica, histórica o moralmente neutra para establecer que una determinada teoría del derecho es la más sólida. Es más, no permite siquiera que un jurista, individualmente, distinga un conjunto de principios jurídicos del conjunto más amplio de principios morales o políticos que defiende. Por lo general, su teoría del derecho incluirá casi todos los principios morales y políticos que suscribe; e incluso es difícil pensar en un solo principio de moralidad social o política que tenga vigencia en su comunidad y que él personalmente acepte —a no ser aquellos excluidos por consideraciones constitucionales—, que no encuentre algún lugar y tenga algún peso en el elaborado esquema de justificación que se requiere para justificar el cuerpo de leyes. De manera que el positivista sólo podrá aceptar que el criterio de acuerdo institucional cumple con los requisitos de su prueba decisiva del derecho, al precio de abandonar el resto de su guión.

Si es así, las consecuencias para la teoría jurídica son considerables. La jurisprudencia plantea la cuestión de qué es el derecho. La mayor parte de los filósofos del derecho han intentado darle respuesta distinguiendo los *estándares* que de hecho figuran en las discusiones referentes a derechos y deberes jurídicos. Pero si no se puede hacer tal lista excluyente de estándares, es menester encontrar alguna otra manera de distinguir los derechos y deberes jurídicos de otras especies de derechos y deberes.

4. LOS JUECES, ¿DEBEN TENER DISCRECIÓN?

Vuelvo ahora sobre la segunda de las dos estrategias del positivismo que distinguí al comienzo de la última sección: el argumento de que, cuando discrepan sobre cuestiones de principio, los jueces no están en desacuerdo sobre lo que exige

el derecho, sino sobre la forma en que deben ejercer su discreción. Es decir, que no discrepan respecto de dónde reside su deber de decidir, sino de la forma en que deben decidir, después de meditarlo bien, puesto que no tienen el deber de decidir en un sentido o en otro.

En mi artículo original intenté explicar que, en realidad, este argumento depende de una especie de ambigüedad en el concepto de discreción. En las discusiones sobre el deber usamos este concepto de tres maneras diferentes. Primero, decimos que un hombre tiene discreción si su deber se halla definido por estándares que las personas razonables pueden interpretar de diferentes maneras; así, un sargento tiene discreción si le dicen que forme una patrulla con sus cinco hombres más experimentados. En segundo lugar, decimos que alguien tiene discreción si su decisión es definitiva, en el sentido de que ninguna autoridad superior puede revisarla y anularla, como cuando se deja librada a la discreción del juez de línea la decisión de si un jugador está fuera de juego. Finalmente, decimos que un hombre tiene discreción cuando un conjunto de estándares que le imponen ciertos deberes no le imponen efectivamente deber alguno respecto de una decisión determinada, como cuando en un contrato de arrendamiento hay una cláusula que permite al inquilino la renovación discrecional.

Es obvio que si no hay una norma social que exija inequívocamente una decisión jurídica determinada, y si entre los juristas hay discrepancia respecto de la decisión que en realidad corresponde, los jueces tendrán discreción en el primero de los sentidos enumerados, porque tendrán que ejercitar su iniciativa y su juicio más allá de la aplicación de una regla establecida. También es obvio que si los jueces en cuestión forman el tribunal supremo de apelación, tendrán discreción en el segundo sentido. Pero, a menos que aceptemos la forma más fuerte de la teoría de la norma social —que los deberes y las responsabilidades únicamente pueden ser generados por normas sociales—, no podemos llegar a la conclusión de que esos jueces tengan discreción en el tercer sentido. Un juez puede tener discreción en los dos primeros sentidos y, sin embargo, considerar correctamente que su decisión plantea el problema de cuál es su deber como juez; un problema que debe decidir preguntándose qué es lo que exigen de él las diversas consideraciones que le parecen pertinentes. Si es así, este juez no tiene discreción en el tercer sentido, que es el sentido que necesita

establecer un positivista si ha de demostrar que el deber jurídico define exclusivamente en función de una norma social final y definitiva o de un conjunto de ellas.

Para Raz, mi argumento no es convincente.²⁰ Repite la distinción que he establecido entre estos tres sentidos del término «discreción», pero tras haberla repetido, hace caso omiso de ella. Aparentemente, Raz piensa que mi intención era presentar la argumentación siguiente: (i) Los jueces no tienen discreción respecto de una decisión cuando todos ellos están de acuerdo en que un determinado conjunto de principios es decisivo. (ii) Tal es en ocasiones el caso, incluso cuando ninguna norma jurídica lo establece. (iii) Por consiguiente, nunca se da el caso de que los jueces tengan discreción.

La argumentación es falaz, y, afortunadamente, no es mía. Los jueces coinciden a veces sobre un conjunto de principios, pero incluso cuando están divididos respecto de ellos, tratan en ocasiones el problema como un problema de responsabilidad judicial, es decir, como algo que plantea la cuestión de qué es lo que ellos, en cuanto jueces, tienen el deber de hacer. En un caso así, tienen discreción en el primer sentido que distinguí, pero que no viene al caso. Sin embargo, no creen que tengan discreción en el tercer sentido, que es el que cuenta.

¿Por qué ha de ignorar Raz las distinciones que he establecido? Él supone que en cualquier sistema jurídico hay rasgos que tienen la siguiente consecuencia: si los jueces tienen discreción en el primer sentido, porque ninguna norma social dicta, directa o indirectamente, cuál es el resultado a que deben llegar, entonces también deben tener discreción en el tercer sentido, de manera que su decisión no puede ser asunto de deber judicial. En este punto, los jueces pueden equivocarse: es posible que usen inadecuadamente el lenguaje del deber. Pero no podemos, como dice Raz, perpetuar errores por el solo hecho de que son populares. Aun así, es necesario demostrar que son errores, y Raz no lo hace. ¿De qué argumentos podría valerse?

La tendencia de Raz a convertir la discreción, en el primer sentido, en discreción en el tercer sentido es extraordinariamente común entre los filósofos del derecho,²¹ y es algo cuya fuente debemos intentar diagnosticar. Cuando un juez se enfrenta con una decisión difícil, antes de iniciar su investigación debe suponer que hay, en principio, tres posibilidades. La totalidad del conjunto de estándares que debe te-

ner en cuenta le exige que se decida por el demandante, o le exige que se decida por el acusado, o no le exige ninguna de las dos decisiones, pero le permite cualquiera de ellas. También debe reconocer que podría estar, hasta cierto punto, inseguro de cuál de las tres posibilidades es la que efectivamente vale; en ese caso, debe decidir basándose en el argumento que le parezca más fuerte. Pero su incertidumbre podría darse tanto respecto de la tercera posibilidad como de las otras dos; es posible que el derecho le conceda discreción, en el tercer sentido, para llegar a cualquiera de las dos decisiones, pero el hecho de que concretamente lo haga es cuestión de qué signifiquen los materiales jurídicos en su conjunto, y es posible que uno esté tan inseguro de que justifiquen *esa* conclusión como cualquiera de las otras dos.

Aparentemente, Raz piensa que si es incierto que haya que atenerse a la primera o a la segunda posibilidad, de ello se sigue que hay que atenerse a la tercera. Es decir, piensa que si un juez no está seguro de si ha de decidirse por el acusado o por el demandante, la consecuencia es que ha de estar seguro de que tiene discreción para decidir en uno u otro sentido. No se me ocurren más que dos argumentos que apoyen esa extraordinaria conclusión.

El primero depende del supuesto de la filosofía moral que enuncié antes: que los deberes no pueden ser discutibles en principio. Raz parte de ese supuesto, porque del hecho de que los jueces pueden discrepar respecto de los principios, y especialmente respecto de su peso, llega a la conclusión de que deben tener discreción en el sentido que yo no acepto. Es una conclusión que las premisas no justifican, a menos que algo tal como ese supuesto sea válido, pero —como ya dije— no tenemos razón para suponer que lo sea una vez que hemos rechazado la versión fuerte de la teoría de la norma social.

El segundo argumento se apoya en un supuesto diferente, a saber, que todo sistema jurídico contiene una regla de decisión que estipula afirmativamente que los jueces tienen discreción en los casos difíciles. Es posible que algunos sistemas se valgan de una regla tal, pero en el sistema inglés y en el norteamericano no es así. En ellos no hay tal regla explícita y tampoco, cosa en la que Raz coincide, la práctica jurídica demuestra que se reconozca implícitamente semejante regla.

Por el contrario, para nosotros la proposición según la cual los jueces tienen discreción en el tercer sentido, res-

pecto de uno u otro problema, es una proposición que debe ser establecida afirmativamente sobre la base de una discusión exhaustiva y no simplemente por omisión. En ocasiones, los jueces llegan efectivamente a esa conclusión; por ejemplo, cuando dictan sentencia al amparo de leyes penales que prevén una pena máxima y una mínima, o cuando idean una compensación equitativa bajo el principio general de equidad. En tales casos, los jueces creen que nadie tiene derecho a ninguna decisión determinada; consideran que su tarea consiste en escoger la que, bien evaluados todos los factores, sea la mejor decisión, y para el caso no hablan de lo que deben hacer, sino de lo que deberían hacer. Sin embargo, en la mayoría de los casos difíciles, los jueces toman una actitud distinta, que ya he mencionado. Formulan su desacuerdo como un desacuerdo referente a los estándares que están obligados a tener en cuenta —o que se les prohíbe tener en cuenta— o al peso relativo que están obligados a atribuirles, sobre la base de argumentos como los que describí en la última sección para ejemplificar la teoría del apoyo institucional. En casos así, algunos jueces defienden la primera posibilidad que mencioné, otros la segunda y otros se mantienen indecisos; pero todos excluyen la tercera. Es evidente que no existen ni siquiera los comienzos de una norma social que convierta la discreción que exige el juicio en la discreción que excluye el deber.

5. LAS NORMAS, ¿SON REALMENTE DIFERENTES DE LOS PRINCIPIOS?

En el capítulo 2 distinguí las normas de los principios, distinguiendo la fuerza diferente que tienen en la discusión ambos tipos de estándares. Mi propósito era doble: primero, llamar la atención sobre una distinción que consideraba importante para entender cómo razonan los juristas, y segundo, llamar la atención sobre el hecho de que algunos de los estándares que invocan jueces y abogados plantean especiales problemas al positivismo, porque son estándares que no pueden tener cabida en un criterio de identificación del derecho, como la regla de reconocimiento de Hart. Esos dos propósitos eran distintos; aun si se pudiera demostrar que la distinción lógica que yo afirmo entre normas y principios es ilegítima, podría ser que estándares como los que mencioné, de cualquier manera que se los identifique, y se los clasifique o no como normas, no pueden tener cabida en una

prueba tal. Por consiguiente, si no consigo establecer mi distinción entre normas y principios, de eso no se sigue en modo alguno que mi argumentación general en contra del positivismo jurídico pierda validez.

Sin embargo, sigo pensando que la distinción que establecí entre normas y principios es tan válida como importante, y me interesa defenderla. Ciertamente, no quiero decir que sea erróneo establecer otras clases de distinciones entre diversos tipos de estándares jurídicos, ni siquiera que sea erróneo o que provoque confusión el uso de los términos «norma» y «principio» para establecer esas distinciones, mejor que la que yo introduje.

La objeción principal que plantea Raz a mi distinción puede ser así formulada: ²² sostengo que principios como los que mencioné entran en conflicto y se influyen recíprocamente, de manera que cada principio que tiene importancia para un determinado problema jurídico proporciona una razón que, aun cuando argumento en favor de cierta solución, no la determina. Por consiguiente, quien debe decidir el problema se ve ante la exigencia de evaluar todos los principios conflictivos y contradictorios que sobre él inciden, y de llegar a partir de ellos a una resolución, en vez de identificar a uno solo, entre los demás, como «válido». Raz se empeña en sostener que no simplemente los principios, sino también las normas, pueden estar recíprocamente en conflicto, y cree que este hecho invalida la distinción que he establecido. Ofrece tanto ejemplos tomados de la argumentación moral como de la jurídica, y consideraré por separado cada grupo.

Señala Raz que un hombre podría aceptar, como normas morales que le sirvan de guía en su conducta, la máxima de que jamás se ha de mentir y la de que uno debe mantener siempre lo prometido. Observa que en determinadas ocasiones las dos normas pueden entrar en conflicto, lo cual exige que el hombre que acepta ambas tenga que escoger entre ellas sobre la base de cuál —dadas las circunstancias— tiene mayor peso o importancia, o bien sobre alguna otra base. Su conclusión es que las normas morales se ajustan a la lógica que yo describí al hablar de los principios; es decir, que señalan en una dirección, aunque no son necesariamente decisivas respecto de ningún problema moral.

Pero en primer lugar, aunque es posible que un hombre pueda aceptar normas morales como guía de su conducta, como da por sentado este argumento, de ningún modo es el caso que la mayoría de los hombres que se toman la moral

en serio hagan nada parecido. Para la mayoría de la gente, una discusión o una decisión moral es cuestión de dar razones en pro o en contra de la moralidad de cierta línea de conducta, más bien que de apelar a normas establecidas de antemano, ya sea por una decisión social o individual. Es verdad que un sujeto moral puede encontrarse en una situación difícil cuando debe optar por decir una mentira o quebrantar una promesa, pero de ello no se sigue que haya aceptado normas que entran en conflicto en lo tocante a su problema. Es posible que, simplemente, haya reconocido que decir mentiras y quebrantar promesas son dos cosas que, en principio, están mal.

Claro que podríamos describir su difícil situación diciendo que se veía obligado a elegir entre dos estándares morales, aunque él mismo no formulara las cosas de esa manera. Pero en ese caso, si nos valemos de la distinción que establecí, debemos decir que se ve forzado a resolver entre principios —no entre normas— que rivalizan, porque ésa sería la manera más exacta de describir su situación. El sujeto reconoce que ninguna consideración moral es, tomada aisladamente, de efecto abrumador y decisivo, y que es posible que en algunas circunstancias, cualquier razón que pueda esgrimirse en contra de un acto tenga que ceder ante una consideración opuesta. Cualquier filósofo o sociólogo que quiera formular sus prácticas morales en función de un código de estándares debe decir, por consiguiente, que para él la moral es cuestión de principios y no de normas.

Pero es posible que alguien acepte una norma moral como guía de su conducta, tal como supone Raz. Tal persona podría decir, por ejemplo, que se ha comprometido personalmente a no decir jamás una mentira. Si es capaz de aceptar de esa manera una única norma moral tajante, también es capaz de aceptar otras, y las normas aceptadas podrían entrar en conflicto, tal como supone el ejemplo. Entonces sería un error valerse de mi distinción para decir que el sujeto ha aceptado simplemente un conjunto de principios que en principio podrían chocar entre sí, porque expresarlo así describe equivocadamente sus actitudes hacia los varios compromisos que él cree haber asumido. El sujeto cree que se ha comprometido con sus diferentes estándares en cuanto normas, es decir, en cuanto proposiciones que, en las circunstancias que designan, exigen una determinada línea de conducta.

Pero en mi artículo original yo no negaba que pudiera

haber conflictos entre las normas. Decía que en nuestro sistema jurídico, tales conflictos serían ocasiones de emergencia, situaciones que exigen una decisión capaz de alterar de manera espectacular el conjunto de estándares. Es más, esta descripción se adecua igualmente a nuestro ejemplo actual, que no es jurídico. Si realmente entiende los conceptos que ha estado usando, nuestro héroe moral no puede continuar diciendo, una vez que haya resuelto su conflicto, que ha seguido sus dos estándares como reglas tajantes. Si aún quiere presentar su moral como un código coherente, puede enmendar una de las normas, o ambas, de modo que den cabida al conflicto; o puede revisar su actitud hacia una de ellas, o hacia ambas, para hacer de ellas principios y no normas. También puede no hacer ninguna de las dos cosas y, cuando se le plantea un conflicto, declararse en situación de dilema moral y no hacer nada, o arrojar una moneda, o decidir de alguna otra manera irracional que el sistema jurídico no permite. En todo caso, la distinción que yo establecí entre normas y principios, lejos de verse cuestionada por el comportamiento de este excepcional personaje, es efectivamente necesaria para explicarlo.

Raz toma los demás ejemplos del derecho. Nos llama la atención, por ejemplo, sobre normas del derecho penal como aquella que prohíbe la violencia, diciendo que esta norma entra en conflicto con otra que permite recurrir a la violencia en defensa propia. Aquí, concluye, tenemos dos normas jurídicas, ambas claramente válidas, que están mutuamente en conflicto. Raz cree que en los casos particulares en que estas dos normas entran en conflicto, como sucede cuando alguien recurre a la violencia en defensa propia, es necesario que el juez sopesé ambas y decida aplicar la más importante, que será siempre la que permite la violencia en defensa propia. Tal es su ejemplo de dos normas aceptablemente en conflicto, sin que den sensación alguna de emergencia; algo que yo dije que no sucedía con las normas.

Pero el ejemplo se apoya indudablemente en una idea extraña de lo que es un conflicto. Si un código penal contiene una norma general en el sentido de que nadie será penalmente responsable de un acto cometido en defensa propia, entonces esa norma no entra en conflicto con las normas particulares que definen determinados delitos, aun cuando tales normas no mencionen para nada la autodefensa. La norma general sobre la defensa propia ha de entenderse en el sentido de que, pese a las normas particulares del derecho

penal, ningún acto se considerará delictivo si fue cometido en defensa propia. De hecho, es frecuente que las normas que estipulan defensas generales se redacten precisamente de esa manera, pero aun cuando no sea así, se las entiende de esa manera. Pero una norma que estipule una excepción a otra norma no está en conflicto con ella; no lo está, por lo menos, en el sentido de que si un acusado de violencia ha demostrado que recurrió a ella en legítima defensa, el juez se vea entonces enfrentado con dos normas que le plantean exigencias opuestas y cuyo peso relativo deben estimar de algún modo para llegar a una decisión. Las dos normas, en conjunto, determinan el resultado de manera tal que no exigen que el juez escoja entre ellas ni determine su importancia relativa.

¿Por qué ha de suponer Raz que dos normas están en conflicto aun cuando una tenga, evidentemente, la fuerza de una excepción a la otra? La respuesta, creo, se encuentra en lo que él dice de la concreción de las leyes.²³ Raz supone que yo he de querer responder a lo que él sostiene —que la norma que prohíbe la violencia está en conflicto con la que la permite en caso de autodefensa—, argumentando que las dos son, en realidad, parte de una norma única. Afirma que eso sólo se podría hacer al precio de sostener una teoría inaceptable sobre la concreción de las leyes y, anticipándose a mi presunto error, dice que no presto la suficiente atención al problema general de la concreción de las leyes. En esto es demasiado generoso, ya que sería más exacto decir que a ese problema no le presto atención alguna. En realidad, yo no me apoyé en el argumento de que una norma y su excepción han de tomarse en realidad como una sola norma, pero tampoco estaría dispuesto a sostener que deben ser realmente dos normas.

Raz es ambiguo en lo que respecta a su teoría de la concreción de las leyes. A veces, enfoca una teoría de la concreción concebida como estrategia expositiva, es decir, como una teoría sobre la forma más esclarecedora en que cabe describir el sistema jurídico de una nación. Es obvio que el autor de un texto sobre derecho penal, por ejemplo, necesita una estrategia de exposición. Necesita distinguir la doctrina de *mens rea* de la doctrina del estado de necesidad, y distinguir ambas doctrinas generales de las normas más particularizadas que aquellas trascienden en cuanto atenuantes y eximentes. Pero naturalmente, aun cuando algunas estrategias expositivas puedan ser malas o erróneas, porque des-

criben el derecho en forma imposible de manejar o de asimilar, muchísimas estrategias diferentes podrían ser más o menos competentes.

Otras veces, sin embargo, parece que Raz cree que el problema de la concreción de las leyes no tiene que ver con ninguna estrategia que pretenda explicar a estudiantes o juristas lo que es la ley, sino con la cuestión, más filosófica, de qué es el derecho. Según él dice, se trata de un problema referente a la estructura formal de la ley, que tiene importancia para el filósofo del derecho, pero no para el autor de un texto. Plantea el problema central de la siguiente manera: «¿Que se ha de considerar como una ley completa?» y adopta la forma en que Bentham elabora esta cuestión. «¿Qué es una ley? ¿Qué es parte de una ley? Se ha de observar que el sujeto de estas preguntas es la totalidad *ideal, intelectual, lógica*, no la totalidad *física*...».²⁴

Este tipo de pregunta nos aleja mucho de las técnicas de exposición jurídica: nos lleva al punto donde, tal como insiste el doctor Raz, es posible erigir o demoler teorías del derecho según cuál sea la respuesta correcta a la cuestión «¿Qué se ha de considerar como una ley completa?»²⁵ A mí, eso me parece ir demasiado lejos. Supongamos que el lector se ha leído un largo libro de geología y yo le pido que me diga qué información contiene: me dará su respuesta en una serie de proposiciones de hecho. Pero supongamos ahora que le pregunto, primero, cuántas proposiciones de hecho contiene el libro, y además qué teoría usó para contarlas. El lector me consideraría loco, y no simplemente porque la cuestión es absurdamente difícil, como si le hubiera preguntado cuántos granos de arena había en una playa determinada, o porque le exige una distinción conceptual difícil, como si le preguntase cuántos seres humanos hay en un grupo que incluye a una mujer embarazada de pocas semanas. Pensaría que estoy loco porque le habría hecho una pregunta completamente inadecuada en relación con el material de que se trata. El libro contiene muchísima información; las proposiciones son las maneras de presentar dicha información, pero el número de proposiciones usadas dependerá de consideraciones que no tienen nada que ver con el contenido de la información, como puede ser, por ejemplo, si se usa el término general «rocas» o los nombres de determinadas clases de rocas.

De la misma manera, los juristas se valen de normas y principios para transmitir información jurídica, y sería un

error suponer que cualquiera de esos enunciados en particular fuese canónico. Y esto vale incluso para lo que llamamos normas legales, porque es un lugar común [decir] que con frecuencia los juristas tergiversarán las normas que enuncia una ley si se limitan a repetir el lenguaje que ésta usa. Podría ser que dos juristas resumieran el efecto de una ley determinada valiéndose de diferentes palabras, y que uno de ellos usara más reglas que el otro; sin embargo, los dos podrían estar diciendo la misma cosa.

En lo que yo insistía no era en que «el derecho» contiene un número fijo de estándares, de los cuales algunos son normas y otros principios. En realidad, lo que quiero es oponerme a la idea de que «el derecho» sea un conjunto fijo de estándares, de la clase que sean. Más bien insisto en que un resumen preciso de las consideraciones que deben tener en cuenta los abogados para decidir sobre un determinado problema de derechos y deberes jurídicos incluiría proposiciones que tuvieran la forma y la fuerza de principios, y en que los propios abogados y jueces, cuando justifican sus conclusiones, usan frecuentemente proposiciones que han de ser entendidas de esa manera. Creo que nada de todo esto me compromete con una ontología del derecho que suponga una teoría determinada de la concreción.

Dije, eso sí, que un enunciado «completo» de una norma jurídica incluiría sus excepciones, y que una enunciación de una norma que descuidase las excepciones sería «incompleta». No habría formulado de esa manera mi punto de vista si hubiera previsto la objeción de Raz. Habría aclarado que una excepción se puede enunciar en la forma de una norma distinta, como la de la autodefensa, y también en la forma de un enunciado revisado de la norma original. Pero en ese caso, también habría aclarado que la diferencia es en buena parte cuestión de exposición. La distinción entre normas y principios se mantiene intacta. Se podría resumir una institución jurídica enunciando una norma, como la que establece que la violencia es delito, y una lista de las excepciones establecidas. Si mi resumen es completo, cualquiera que cometa un acto de violencia incurre en delito, a menos que para el caso sea válida una de las excepciones que he enunciado; si no es culpable de delito, entonces o bien yo me equivoqué, o la ley ha cambiado. En el caso de un principio las cosas son de otra manera. Supongamos que digo que en principio alguien no puede beneficiarse de su propio delito, pero alguien lo hace. No es necesario corregir, ni siquiera

actualizar mi enunciado, porque alguien puede beneficiarse correctamente de su propio delito, tal como deben ser entendidos estos términos, no sólo cuando es válida una excepción reconocida, sino cuando las características especiales de su caso pongan en juego aún otro principio o directriz de reconocimiento reciente y que establece la diferencia.

Este segundo enfoque, ontológico, de la concreción de las leyes conduce a Raz a su curiosa manera de ver los conflictos. Si uno se toma en serio la idea de que las normas jurídicas son en ciertas formas «totales» y «completas», puede verse inclinado a pensar que las leyes totales y completas son también recíprocamente independientes, de manera que la norma que define la violencia debe ser entendida como la orden lisa y llana de que los hombres que cometen ciertos actos sean castigados. Pero si tomamos el enunciado de una norma jurídica como un mero intento de describir el efecto jurídico de ciertas decisiones institucionales, no caemos en la tentación de suponer un conflicto tal. Entonces diremos simplemente que la norma sobre la violencia, como muchas otras normas sobre delitos, está sujeta a una excepción en casos de legítima defensa, y no nos preocuparemos pensando si hemos descrito una norma o dos.

Raz opone a mi distinción otro argumento, que no entiendo del todo. Sostiene que la distinción queda socavada por el hecho de que las normas pueden estar en conflicto con los principios; las normas de usucapión, por ejemplo, pueden dar la impresión de que están en conflicto con el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito. No me parece esclarecedor hablar de conflicto para describir la relación entre tales normas y ese principio. El hecho de que existan normas semejantes prueba, como ya dije, que el principio de no aprovecharse de la propia injusticia es efectivamente un principio y no una norma. Si algún día se enmiendan las reglas de usucapión, ya sea por la promulgación explícita de una ley o por nueva interpretación judicial, una razón de ello podría ser que el principio haya sido reconocido como más importante de lo que era cuando se adoptaron las normas. Sin embargo, incluso ahora se puede decir que las normas que rigen la usucapión *reflejan* el principio en vez de entrar en *conflicto* con él, porque son normas que tienen una forma diferente de la que habrían tenido si en la decisión no se hubiera asignado al principio peso alguno. El largo tiempo que generalmente se exige para adquirir un título por usucapión podría haber sido mucho más breve, por ejem-

plo, si no se hubiera pensado que esto estaba en conflicto con el principio. Es más, una de mis razones para establecer la distinción entre normas y principios fue precisamente demostrar cómo con frecuencia las normas representan una especie de compromiso entre principios de esta manera concurrentes, y cómo ese punto puede perderse de vista o diluirse si hablamos demasiado libremente de conflicto entre normas y principios.

En todo caso, no alcanzo a ver de qué manera este fenómeno arroja una sombra de duda sobre la distinción que quiero establecer entre normas y principios. Raz piensa que esto demuestra que tanto las normas como los principios tienen peso, porque cree que cuando hay conflicto entre normas y principios se debe tomar una decisión respecto de cuál de ellos es preferible, y que esa decisión debe tomarse asignando a la norma un peso que después se contrapone al peso del principio. Pero sin duda, esta descripción es una representación errónea de la relación entre normas y principios. Supongamos que un tribunal decide anular una norma establecida del derecho consuetudinario, según la cual no puede haber responsabilidad jurídica por declaraciones falsas por negligencia, y apela a varios principios para justificar esta decisión; entre ellos, al principio de que es injusto que un hombre sufra por causa del delito de otro. Se ha de entender que el tribunal decide que el conjunto de principios que requieren que se anule la norma establecida —incluyendo el principio de justicia que se acaba de mencionar— tienen como grupo mayor peso, dadas las circunstancias, que el conjunto de principios —incluyendo el principio de atenerse a lo establecido— que requiere que se mantenga la norma. Para decidir si se mantiene la norma, el tribunal compara el peso de dos conjuntos de principios; por consiguiente, induce a error decir que el tribunal compara el peso de la norma misma con el de uno u otro conjunto de principios. En realidad, cuando describe el [proceso de] sopesar, ya sea una norma jurídica o una norma moral, Raz está hablando de sopesar los principios y las directrices a cuyo servicio está la norma, porque eso debe ser lo que quiere decir cuando habla del «objetivo» de la norma.

No puedo responder a todos los demás puntos que Raz detalla en su artículo, pero me gustaría comentar brevemente algunos.

1) Raz aprueba una distinción entre normas y principios diferente de la que yo establecí.²⁶ Prefiere una distinción se-

gún la cual las normas prescriben actos relativamente específicos y los principios actos relativamente inespecíficos.²⁷ «Un acto es sumamente inespecífico», dice, «si puede ser realizado en diferentes ocasiones mediante la realización de muchos actos genéricos heterogéneos en cada ocasión.»²⁸ Pero la formulación es insatisfactoria porque no llega a especificar, a no ser mediante ejemplos, los criterios con que mide la heterogeneidad de los «actos genéricos», y sus ejemplos producen más confusión que esclarecimiento. Dice que la proposición de que se han de mantener las promesas es una norma, y se vale de esa proposición para ejemplificar su tesis de que las normas pueden estar en conflicto recíproco. Pero actos de las especies más diversas pueden ser, en diferentes circunstancias, actos que mantienen una promesa, porque todo aquello que un hombre puede hacer, también puede prometerlo. Por otra parte, Raz dice que «una ley que impone a los tribunales y a todos los funcionarios públicos la protección de la libertad de expresión», sería un principio. Pero todos los actos que, a la luz de este principio, deberían realizar los funcionarios serían actos de dar órdenes o de emitir votos, y esos actos parecerían más homogéneos —y no menos, sin duda— que los que les exigirían realizar para mantener sus promesas en cuanto individuos. Claro que todos los actos de mantenimiento de promesa se asemejan en cuanto actos de mantenimiento de promesa. Pero todos los actos de protección de la libertad de expresión, e incluso los de promoción de la igualdad, se asemejan de la misma manera. Que un grupo de actos sea homogéneo depende de la descripción según la cual se los considere, y mientras Raz no ofrezca una teoría de la descripción canónica no podemos valernos de su distinción.

2) Raz tiene razón en cuanto dice que algunos enunciados que comienzan con «Es un principio de nuestro derecho que...» deben ser entendidos como simples resúmenes de otros estándares.²⁹ Pero se equivoca al suponer que la referencia de un tribunal al principio de la libertad de contratación, como en el ya mencionado caso *Henningsen*, ha de entenderse de esa manera. Por el contrario, estas referencias reconocen la fuerza de un principio en la determinación de derechos y deberes jurídicos, e intentan evaluar —y en ocasiones, mitigar— esa fuerza.

3) Raz interpreta mal lo que dije sobre el uso de palabras como «razonable» en las normas.³⁰ Yo no me refería a que la función de tales palabras fuese «inmunizar al dere-

cho» contra las consideraciones generales incorporadas en ciertos principios.³¹ Más bien quería decir que su función consistía en abrir las normas al efecto de ciertos principios, pero solamente de ciertos principios. La norma de que las restricciones comerciales irrazonables no son válidas sigue siendo una norma si toda restricción irrazonable es inválida, aun cuando puedan hallarse otras razones para imponerla, que no atenúen su condición de irrazonable. El principio que cita Raz como totalmente en armonía con una norma tal —que generalmente los tribunales se niegan a considerar válidos los contratos injustos— es, en virtud de su formulación misma, diferente en ese sentido. Este principio contempla la posibilidad de imponer efectivamente los contratos injustos cuando así lo exigen circunstancias excepcionales; por ejemplo, quizá, cuando no se puede encontrar otra manera de proteger a un tercero inocente. Otra cosa sería si la legislación hubiera promulgado una norma según la cual los contratos injustos son nulos y por tanto inválidos.

4) Raz tiene razón al suponer que muy pocas comunidades amplias comparten un código coherente de creencias morales, pero interpreta mal a los jueces que apelan a la moralidad comunitaria, y a quienes él acusa de propagar una ficción nociva.³² Al hacerlo, no distingue entre dos conceptos que son parte de las normas morales de una comunidad. La frase puede referirse a un consenso en las creencias referentes a una cuestión determinada, consenso cuya expresión puede comprobarse en una encuesta. O bien puede referirse a principios morales que están en la base de las instituciones y las leyes de la comunidad, en el sentido de que tales principios figurarían en una teoría del derecho bien fundada, del tipo que analizamos ya en este capítulo. El que un principio sea principio de la comunidad en este sentido sería objeto de discusión y no de crónica, aunque lo que típicamente se cuestionaría sería el peso del principio, no su condición de tal. Los jueces que Raz critica usan el concepto en este segundo sentido, aunque en ocasiones lo hacen valiéndose de un lenguaje que es coherente con el primero. Raz toma erróneamente por hipocresía el hecho de no haber reparado en una distinción muy compleja. Me pregunto si será ir demasiado lejos suponer que el hecho de que él mismo no advirtiera esa distinción refleja su confianza en la teoría de la norma social. Si la versión fuerte de dicha teoría fuese correcta, no se podría sostener que una comunidad estuviese sometida, por sus tradiciones e instituciones, a nin-

guna moralidad obligatoria, a no ser a la moralidad reconocida en las prácticas sociales uniformes, que en general poco incluyen que sea de gran importancia. Ésta es, creo, la consecuencia más importante, para la jurisprudencia, de la teoría de la norma social, y la razón más convincente para insistir en que esa teoría es errónea.

LOS CASOS DIFÍCILES

1. INTRODUCCIÓN

En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez —de acuerdo con esa teoría— tiene «discreción» para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos. En los dos últimos capítulos sostuve que esa teoría de la adjudicación de competencias al juez es totalmente inadecuada; en este capítulo he de presentar y defender una teoría mejor.

Mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles. Por el contrario, mi argumentación supone que, con frecuencia, abogados y jueces razonables estarán en desacuerdo sobre los derechos, así como ciudadanos y estadistas discrepan en cuanto a los derechos políticos. Este capítulo se refiere a las cuestiones que deben plantearse jueces y abogados, pero no garantiza que todos ellos den la misma respuesta a dichas cuestiones.

Quizás algún lector objete que si no existe, ni siquiera en principio, ningún procedimiento para demostrar qué dere-

chos tienen las partes en los casos difíciles, de ello se sigue que no tienen ninguno. La objeción presupone una tesis discutible de filosofía general, a saber, que ninguna proposición puede ser verdadera a no ser que se pueda demostrar que lo es, en principio. No hay razón para aceptar esa tesis como parte de una teoría general de la verdad, y si las hay, y buenas, para rechazar su aplicación específica a proposiciones referentes a derechos legales.¹

2. LA TESIS DE LOS DERECHOS

A. *Principios y directrices políticas*

Las teorías de la función judicial se han vuelto cada vez más complejas y sutiles, pero las más populares siguen subordinándola a la legislación. Los rasgos principales de esta actitud son conocidos. Los jueces han de aplicar el derecho promulgado por otras instituciones, no deben hacer leyes nuevas. Tal es el ideal que, por diferentes razones, no se puede realizar plenamente en la práctica. Las leyes y normas del derecho consuetudinario suelen ser vagas, y es necesario interpretarlas antes de que se las pueda aplicar a casos nuevos. Además, algunos casos plantean problemas tan nuevos que no es posible resolverlos ni siquiera forzando o volviendo a interpretar las normas existentes, de manera que en ocasiones los jueces deben legislar, ya sea encubierta o explícitamente. Pero cuando lo hacen, deben actuar como representantes del legislativo, promulgando el derecho que, en su sentir, promulgaría éste de verse enfrentado con el problema.

El razonamiento es perfectamente conocido, pero en esta historia de sentido común hay otro nivel de subordinación subyacente que no siempre se advierte. Cuando los jueces legislan —tal es la expectativa— no sólo actuarán como diputados sino como representantes de la legislación. Legislarán movidos por pruebas y argumentos de carácter similar a los que moverían al órgano legislativo superior, si éste estuviera actuando independientemente. Se trata de un nivel de subordinación más profundo, porque hace que toda comprensión de lo que hacen los jueces en los casos difíciles dependa de una comprensión previa de lo que hacen continuamente los legisladores. Esta subordinación más profunda es, por ende, tanto conceptual como política.

De hecho, sin embargo, los jueces no son ni deben ser

legisladores, y el conocido supuesto según el cual cuando van más allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso.

Lo es en cuanto pasa por alto la importancia de una distinción, fundamental dentro de la teoría política, que introduciré ahora en forma más bien tosca. Es la distinción entre argumentos de principio, por un lado, y argumentos políticos por el otro.²

Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. El argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación [racial en los Estados Unidos], y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio. Con estos dos tipos de argumento no se agota el espectro de las discusiones políticas. A veces, por ejemplo, una decisión política —como la de permitir que los ciegos se eximan de ciertos aspectos del impuesto sobre la renta— puede ser defendida más bien como un acto de virtud o generosidad pública que sobre la base de una directriz política o de un principio. Pero estos dos últimos son los fundamentos principales de la justificación política.

La justificación de un programa legislativo de cierta complejidad exigirá, por lo común, ambas clases de argumentos. Incluso un programa que sea principalmente cuestión de política, como puede serlo un programa de subsidios para industrias importantes, puede necesitar de argumentos de principio que justifiquen sus designios. Puede suceder, por ejemplo, que el programa prevea iguales subsidios para fabricantes de capacidades diferentes, partiendo del supuesto de que los fabricantes de aviones menos poderosos tienen derecho a no verse excluidos de su actividad por la intervención gubernamental, aunque tal vez sin ellos la industria como tal sería más eficiente. Por otra parte, un programa basado principalmente en principios, como el programa contra la discriminación, puede reflejar el sentimiento de que los derechos no son absolutos, y de que pierden validez cuando las consecuencias de la política son muy graves. Por ejemplo, el programa puede prever que las reglas prácticas

de empleo equitativo y justo no se aplicarán cuando hacerlo pueda resultar especialmente subversivo o peligroso. En el caso de los subsidios, podríamos decir que los derechos conferidos se generan en virtud de la directriz y son restringidos por el principio; en el caso de la anti-discriminación, los derechos son generados por el principio y están sujetos a la restricción de la directriz.

Es evidentemente competencia del poder legislativo obrar con arreglo a argumentos políticos y adoptar programas que vengan generados por tales argumentos. Si los tribunales son delegados de la legislación, entonces deben tener competencia para hacer lo mismo. Por cierto que las decisiones judiciales rutinarias, que se limitan a imponer los términos inequívocos de alguna ley evidentemente válida, se justifican siempre por argumentos de principio, aun cuando la ley como tal haya sido generada por una directriz política. Supongamos que un fabricante de aviones plantea una demanda para recuperar el subsidio previsto por la ley. Argumenta que tiene derecho al subsidio; su argumentación es de principio. No sostiene que la defensa nacional saldría ganando si a él le dieran el subsidio; incluso puede reconocer que ya cuando fue adoptada, la ley se equivocaba en cuestiones de política, o que hace ya tiempo que habría debido ser derogada por razones políticas. Su derecho a un subsidio ya no depende de ningún argumento político, porque el estatuto ha hecho de él una cuestión de principio.

Pero si el caso de que se trata es un caso difícil, en el que no hay una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido, entonces podría parecer que la decisión adecuada podría generarse ya sea en la directriz política o en el principio. Consideremos, por ejemplo, el problema del reciente caso *Spartan Steel*.³ Los empleados del acusado habían roto un cable eléctrico perteneciente a una compañía que suministraba fluido al demandante, y la fábrica de este último había tenido que cerrar mientras reparaban el cable. El tribunal tenía que decidir si autorizaba al demandante a cobrar daños y perjuicios por pérdida económica causada por daño negligente a la propiedad ajena. La decisión podía haber sido alcanzada preguntándose si una firma en la situación del demandante tenía derecho a daños y perjuicios, que es una cuestión de principio, o si sería prudente, desde el punto de vista económico, distribuir la responsabilidad por accidentes en la forma que sugería el demandante, que es una cuestión política.

Si los jueces son delegados con función legislativa, el tribunal debe estar dispuesto a seguir tanto la segunda argumentación como la primera, y a decidir en favor del demandante si así lo exige esa argumentación. Tal es, supongo, lo que quiere decir la popular idea de que un tribunal debe estar en libertad de decidir un caso nuevo, como el de *Spartan Steel*, por razones políticas; y de hecho, en ese caso, lord Denning describió precisamente de esa manera su propia opinión.⁴ No creo que tuviera la intención de distinguir un argumento de principio de un argumento político, de la manera técnica que yo lo he hecho, pero en todo caso, no tenía la intención de excluir, en ese sentido técnico, un argumento político.

Propongo, sin embargo, la tesis de que las decisiones judiciales en los casos civiles, aun en casos difíciles como el de *Spartan Steel*, son y deben ser, de manera característica, generadas por principio, no por directrices políticas. Es obvio que la tesis necesita aún mucha elaboración, pero podemos advertir que hay ciertos argumentos de la teoría política y de la jurisprudencia que la abonan, aun en su forma abstracta. Estos argumentos no son decisivos, pero sí lo bastante poderosos como para sugerir la importancia de la tesis, y para justificar la atención que será necesaria para darle una formulación más cuidadosa.

B. *Los principios y la democracia*

La conocida actitud de que la adjudicación de competencia debe estar subordinada a la legislación encuentra apoyo en dos objeciones al poder creador de derecho del juez. La primera sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición. La segunda objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho.

Estos dos argumentos se combinan en apoyo de la idea tradicional de que la adjudicación de competencia al juez debe estar tan subordinada a la ley como sea posible. Pero

presentan objeciones mucho más poderosas a las decisiones judiciales generadas por directrices políticas que a las generadas por principio. La primera objeción, que legislar debe ser misión de funcionarios electos y responsables, no parece admitir excepciones cuando pensamos en la legislación como política, es decir, como un compromiso entre objetivos y propósitos individuales en aras del bienestar de la comunidad como tal. No está claro en modo alguno que las comparaciones interpersonales de utilidad o preferencia, mediante las cuales pueden objetivarse tales compromisos, tengan sentido ni siquiera en teoría; pero en todo caso, en la práctica no se dispone de ningún cálculo adecuado. Por consiguiente, las decisiones políticas deben tomarse mediante la operación de algún proceso político destinado a producir una expresión exacta de los diferentes intereses que se han de tener en cuenta. El funcionamiento del sistema político de la democracia representativa es quizás apenas indiferente en este aspecto, pero es mejor que el de un sistema que permita que jueces no electivos, que no tienen contacto con el público ni están sometidos al control de grupos de presión, establezcan, a puertas cerradas, compromisos entre los intereses en juego.

La segunda objeción también es convincente en contra de una decisión generada por directrices políticas. Todos coincidimos en que sería injusto sacrificar los derechos de un inocente en nombre de un deber nuevo, creado después del hecho; por consiguiente, también parece injusto privar de su propiedad a un individuo para entregársela a otro con el solo fin de mejorar globalmente la eficiencia económica. Pero ésta es la forma del argumento político que sería necesario para justificar una decisión en el caso de *Spartan Steel*. Si el demandante no tuviera derecho a cobrar daños y perjuicios, y el acusado la obligación de satisfacerlos, el tribunal podría estar justificado si diera la razón al segundo con el exclusivo interés de seguir una política económica correcta.

Pero supongamos, por otra parte, que un juez consigue justificar adecuadamente una decisión en un caso difícil, como el de *Spartan Steel*, con razones que no son políticas, sino de principio. Es decir, supongamos que puede demostrar que el demandante tiene *derecho* a percibir daños y perjuicios. Los dos argumentos que acabamos de presentar significarían una objeción mucho más leve a la decisión. El primero es menos oportuno cuando un tribunal basa su juicio en principios, porque no es frecuente que un argumento de

principio se apoye en supuestos referentes a la naturaleza e intensidad de las diferentes demandas y consideraciones distribuidas en la comunidad. Por el contrario, un argumento de principio atiende a algún interés presentado por el proponente del derecho que describe; un interés que se supone de un carácter tal que hace que pierdan importancia las sutiles distinciones que pudieran oponer los argumentos políticos. Un juez que esté aislado de las exigencias de la mayoría política cuyos intereses podría vulnerar el derecho en cuestión se halla, por consiguiente, en mejor situación para evaluar el argumento.

La segunda objeción al poder creador del juez no tiene fuerza alguna contra un argumento de principio. Si el demandante tiene un derecho en contra del acusado, entonces este último tiene un deber correspondiente; y es este deber, y no uno nuevo creado en el tribunal, lo que justifica que se falle en su contra. Aun si el deber no le ha sido impuesto por una legislación previa explícita, no hay más injusticia en imponérselo —salvo una diferencia— de la que habría habido en el caso contrario.

La diferencia, naturalmente, reside en que si el deber hubiera sido creado por ley, el acusado habría tenido noticia explícita y hubiera podido prever las consecuencias de su conducta. Pero un argumento de principio hace que consideremos bajo una nueva luz la afirmación del acusado, a saber, que es injusto tomarlo por sorpresa. Si el querellante tiene efectivamente derecho a una decisión judicial en su favor, tiene título jurídico para contar con él. Si es obvio e indiscutible que tiene ese derecho, el acusado no está en situación de alegar que fue injustamente sorprendido, simplemente porque el derecho se generó de alguna manera diferente de la publicación en una ley. Por otra parte, si lo que plantea el demandante es dudoso, entonces el tribunal debe sorprender, en alguna medida, a una u otra de las partes; y si decide, una vez considerados todos los factores, que el argumento del querellante es más fuerte, decidirá también que el querellante estaba, considerados todos los factores, más justificado en sus expectativas. Por cierto que el tribunal puede llegar a una conclusión equivocada, pero esa posibilidad no es consecuencia de la originalidad de su argumento, porque no hay razón para suponer que un tribunal trabado por la exigencia de que sus decisiones estén subordinadas a la ley haya de cometer menos errores de principio que uno que no lo esté.

C. *La jurisprudencia*

En estas consideraciones políticas tenemos, por ende, una fuerte razón para considerar con más cuidado si los argumentos judiciales no pueden ser entendidos, incluso en los casos difíciles, como argumentos generados por principio. Para ello hallamos una razón adicional en un problema familiar en jurisprudencia. Los juristas creen que cuando los jueces legislan, sus decisiones están limitadas por las tradiciones jurídicas, sin dejar por eso de ser personales y creadoras. Se dice que las decisiones nuevas reflejan la moralidad política propia de un juez, pero también reflejan la que se halla incorporada en las tradiciones del derecho consuetudinario, que bien pueden ser diferentes. Por supuesto que todo eso no es más que retórica de la facultad de derecho, pero de todos modos plantea el problema de explicar cómo han de ser identificadas y reconciliadas las diferentes contribuciones a la decisión de un caso difícil.

Una solución popular confía en una imagen espacial; dice que las tradiciones del derecho consuetudinario restringen el área de discreción en que un juez puede confiar en su moralidad personal, pero no la eliminan por completo. Pero esta respuesta es insatisfactoria, por dos razones. Primero, no aclara lo que en el mejor de los casos es una metáfora sugerente, es decir, que hay alguna moralidad implícita en una masa de decisiones particulares que otros jueces han ido tomando en el pasado. Segundo, sugiere una descripción fenomenológica evidentemente inadecuada de la decisión judicial. Los jueces no deciden los casos difíciles en dos etapas, primero verificando dónde se acaban las limitaciones institucionales para después dejar aparte los libros y echar a andar por su cuenta. Las limitaciones institucionales que perciben son sutiles y penetrantes, y perduran en la decisión misma. Necesitamos, por consiguiente, una explicación de la acción recíproca entre moralidad personal e institucional que sea menos metafórica y que explique más ajustadamente esa influencia mutua.

La tesis de los derechos —que las decisiones judiciales imponen derechos políticos existentes— sugiere una explicación más acertada en ambos aspectos. Si la tesis es válida, la historia institucional no actúa como un factor restrictivo sobre el juicio político de los jueces, sino que constituye un ingrediente de dicho juicio, porque la historia institucional

es parte de los antecedentes que debe tener en cuenta cualquier juicio plausible sobre los derechos de un individuo. Los derechos políticos son, a la vez, creaciones de la historia y de la moralidad: en la sociedad civil, los derechos de un individuo dependen, a la vez, de la práctica, y de la justicia de sus instituciones políticas. Así, la supuesta tensión entre creación judicial e historia institucional se disuelve; los jueces deben hacer juicios nuevos sobre los derechos de las partes que acuden ante ellos, pero esos derechos políticos, más bien que oponerse a las decisiones políticas del pasado, las reflejan. Cuando un juez escoge entre la norma establecida en el precedente y una norma nueva que se considera más justa, no está eligiendo entre la historia y la justicia; más bien formula un juicio que le exige cierto compromiso entre consideraciones que ordinariamente, en cualquier cálculo de derechos políticos, se combinan, pero que aquí entran en competencia.

La tesis de los derechos proporciona, por lo tanto, una explicación más satisfactoria de la forma en que los jueces usan los precedentes en los casos difíciles, que cualquier explicación que pueda ofrecer una teoría que asigne a la política un papel más destacado. Los jueces, como todos los funcionarios políticos, están sometidos a la doctrina de la responsabilidad política, que en su forma más general, enuncia que los funcionarios políticos no deben tomar otras decisiones políticas que las que puedan justificar dentro del marco de una teoría política que justifique también las otras decisiones que se proponen tomar. En esta forma general, la doctrina parece inocua; pero incluso en esta forma, condena un estilo de administración política que, siguiendo a Rawls, podríamos llamar intuicionista.⁵ Condena la práctica de tomar decisiones que aisladamente parecen correctas, pero que no pueden ser incluidas en una teoría que abarque tanto principios como directrices políticas generales, y que sea congruente con otras decisiones a las que también se considera correctas. Supongamos que un congresista vote por la prohibición del aborto, razonando que cualquier forma de vida humana es sagrada, pero después vote para permitir que los padres de niños con deformidades congénitas se abstengan de proporcionarles el tratamiento médico que los mantendría con vida. Aunque él pueda decir que siente que hay cierta diferencia, el principio de responsabilidad, estrictamente aplicado, no le deja margen para esos dos votos, a menos que el congresista pueda incorporar la diferencia en el mar-

co de alguna teoría política general a la que adhiera sinceramente.

Podríamos decir que la doctrina exige una coherencia expresa. Pero esta coherencia es relativamente débil cuando hay directrices políticas en juego. La influencia de las directrices sobre las decisiones de orden político es acumulativa, y un trato igual para los individuos no es necesariamente parte de una estrategia responsable encaminada al logro de una meta colectiva. De la doctrina de la responsabilidad no se sigue, por consiguiente, que si el Congreso asigna este mes un subsidio a un fabricante de aviones, el mes próximo deba asignar otro a otro fabricante. Sin embargo, cuando se trata de principios la doctrina insiste en que de un caso al otro la distribución sea coherente, porque no deja margen para la idea de una estrategia que puede estar mejor servida por una distribución desigual del beneficio en cuestión. Si un funcionario, por ejemplo, cree que cierto tipo de libertad sexual es un derecho de los individuos, debe proteger esa libertad de manera tal que distribuya el beneficio que ésta supone de manera razonablemente igual entre la clase de aquellos a quienes considera poseedores del derecho. Si permite que una pareja use anticonceptivos, sobre la base de que de otra manera ese derecho se encontraría limitado, mientras no se retracte de esa primera decisión debe reconocer a cualquier otra pareja la misma libertad. No puede decir que la primera decisión dio a la comunidad la dosis exacta de libertad sexual que necesitaba, y que no se precisa más en el momento de la segunda.

Las decisiones judiciales son decisiones políticas, por lo menos en el sentido amplio que interesa a la doctrina de la responsabilidad política. Si la tesis de los derechos es válida, la distinción que acabamos de establecer explicaría, de manera muy general por lo menos, la preocupación especial que muestran los jueces tanto por los precedentes como por los ejemplos hipotéticos. Un argumento de principio puede servir de justificación para una decisión determinada, amparada en la doctrina de la responsabilidad, sólo si se puede demostrar que el principio citado es coherente con decisiones anteriores que no han sido modificadas, y con decisiones que la institución está dispuesta a tomar en las circunstancias hipotéticas. No es muy sorprendente que así sea, pero el argumento no sería válido si los jueces basaran sus decisiones en argumentos políticos. Entonces estarían en libertad de decir que una política podría estar bien servida con sólo ser-

virla en el caso que se juzga —concediendo, por ejemplo, sólo el subsidio necesario a una industria en dificultades—, de modo que no hubiera que entender necesariamente que las decisiones anteriores ni las hipotéticas decisiones futuras estén al servicio de la misma política.

Por supuesto que aquí coherencia se refiere a coherencia en la aplicación del principio con que se cuenta, no simplemente en la aplicación de la norma particular que se anuncia en nombre de tal principio. Si, por ejemplo, se apoya uno en el principio de que nadie tiene el deber de compensar pérdidas remotas o inesperadas debidas a su propia negligencia para justificar una decisión en favor del acusado en el caso de *Spartan Steel*, entonces ha de demostrar que la norma establecida en otros casos, que admite el pago de daños y perjuicios por afirmaciones falsas por negligencia, es coherente con ese principio, y no simplemente que la norma referente a las declaraciones falsas por negligencia es diferente de la seguida en el caso de *Spartan Steel*.

D. *Tres problemas*

Por consiguiente, en estos argumentos de teoría política y jurisprudencia encontramos cierto apoyo para la tesis de los derechos en su forma abstracta. Una defensa más avanzada ha de esperar, sin embargo, a contar con un enunciado más preciso. La tesis requiere ser ampliada en tres direcciones. Se apoya, primero, en una distinción general entre derechos individuales y objetivos sociales, y esa distinción debe ser enunciada con más claridad que la que se deriva de meros ejemplos. Ha de ser enunciada, además, de manera que responda al siguiente problema. Cuando apelan a los derechos individuales, los políticos piensan en proposiciones grandilocuentes, referentes a intereses muy abstractos y fundamentales, como el derecho a la libertad, a la igualdad o al respeto. No parece que esos grandes derechos sirvan para decidir casos difíciles, a no ser, quizá, que sean casos de derecho constitucional; e incluso cuando sirven, parecen demasiado abstractos para tener mucho poder en la argumentación. Para que pueda triunfar, la tesis de los derechos debe demostrar de qué manera se puede mantener la distinción general entre argumentos de principio y argumentos políticos, refiriéndola a argumentos del carácter y del detalle de los que efectivamente figuran en la argumentación jurídica. En

la Sección 3 de este capítulo intentaré demostrar que la distinción entre derechos abstractos y concretos, si se la elabora adecuadamente, es suficiente para estos fines.

En segundo lugar, la tesis proporciona una teoría del papel del precedente y de la historia institucional en la decisión de los casos difíciles. He resumido esa teoría en la última sección, pero es necesario ampliarla y dar ejemplos de ella antes de poder usarla como piedra de toque de nuestra experiencia de cómo deciden realmente los jueces los casos. Además, se la ha de ampliar teniendo presente el siguiente problema. Nadie piensa que el derecho sea perfectamente justo tal como está. Supongamos que una secuencia de precedente es, de hecho, injusta, porque se niega a imponer, como derecho jurídico, algún derecho político de los ciudadanos. Aun cuando, al decidir un caso difícil, un juez desapruebe por esa razón tales precedentes, la doctrina de la coherencia expresa le exige sin embargo que abra su argumentación a la influencia de ellos. Podría parecer que su argumento no puede ser un argumento de principio, es decir un argumento pensado para establecer los derechos políticos de las partes, porque —al prestar atención al precedente— el argumento está corrompido por una falsa opinión relativa a lo que son tales derechos. Si la tesis ha de ser defendida, es preciso demostrar por qué esta primera apariencia es errónea. No basta con decir que el argumento puede ser un argumento de principio porque establece, diferenciándolos de los políticos, los derechos de los litigantes. La tesis de los derechos supone que el derecho a ganar un proceso es un auténtico derecho político, y aunque es un derecho que difiere claramente de otras formas de derechos políticos, como el que tienen todos los ciudadanos a ser tratados como iguales, con sólo notar esa diferencia no se explica por qué el primer derecho puede ser alterado por decisiones anteriores equivocadas. Con el fin de entender ese rasgo de la discusión jurídica, es menester considerar las cualidades especiales de los derechos institucionales en general, que considero en la Sección 4, y las cualidades particulares de los derechos jurídicos —como especie de los derechos institucionales— que estudio en la Sección 5.

Pero la explicación que doy de los derechos institucionales y jurídicos pone de manifiesto un tercer problema, diferente, para la tesis de los derechos. Mi explicación pone en claro que en ocasiones, los jueces deben formular juicios de moralidad política a fin de decidir cuáles son los dere-

chos jurídicos de los litigantes. Por consiguiente, y sobre esa base, cabe considerar que la tesis está abierta al primer ataque a la creación judicial que mencioné antes. Se podría decir que la tesis es indefendible porque priva a la mayoría de su derecho a decidir por su cuenta en cuestiones de moralidad política. Es un punto que he de considerar en la Sección 6.

He aquí, pues, tres problemas a los que debe hacer frente cualquier enunciación completa de la tesis de los derechos. Si una enunciación tal demuestra que estas objeciones a la tesis son erróneas, con ello se demostrará que la tesis no es tan radical como podía haber parecido a primera vista. La tesis no presenta ninguna información nueva sobre lo que hacen los jueces, sino una nueva manera de describir lo que todos sabemos que hacen; y las virtudes de la nueva descripción no son empíricas, sino políticas y filosóficas.

3. DERECHOS Y OBJECIONES

A. *Tipos de derechos*

Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos. Pero, ¿qué son derechos, y qué son objetivos, y cuál es la diferencia? Es difícil dar una definición que no envuelva una petición de principio. Por ejemplo, parece natural decir que la libertad de expresión es un derecho y no un objetivo, porque los ciudadanos tienen derecho a esa libertad como cuestión de moralidad política, y que el incremento de la fabricación de munición es un objetivo, no un derecho, porque contribuye al bienestar colectivo, pero ningún fabricante determinado tiene derecho a firmar contrato con el gobierno. Sin embargo, con esto no estamos mejor que antes, ya que el concepto de «tener justo título», en vez de explicarlo, se vale más bien del concepto de lo que es un derecho.

En este capítulo he de distinguir los derechos de los objetivos, prestando atención al carácter distributivo de las demandas referentes a derechos, y a la fuerza de estas demandas en la discusión política, por oposición a las demandas concurrentes de diferente carácter distributivo. Es decir que

estableceré una distinción formal que no intenta demostrar qué derechos tienen en realidad hombres y mujeres, ni siquiera supone que tengan alguno. Proporciona, más bien, una guía para descubrir qué derechos atribuye una teoría política determinada a hombres y mujeres. Por cierto que la distinción formal sugiere una forma de acercamiento a la cuestión más fundamental: sugiere que descubrimos los derechos que realmente tiene la gente buscando argumentos que justifiquen aquellas demandas que tienen el carácter distributivo apropiado. Pero la distinción como tal no nos proporciona ningún argumento así.

Comienzo con la idea de una finalidad política como justificación política genérica. Una teoría política toma cierto estado de cosas como finalidad política si, para esa teoría, dicho estado de cosas cuenta en favor de cualquier decisión política que pueda promoverlo o protegerlo, y en contra de una decisión que demore o ponga en peligro su establecimiento. Un derecho político es una finalidad política individualizada. Un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso o libertad si [tal cosa] tiende a favorecer una decisión política [en virtud de la cual] resultará favorecido o protegido el estado de cosas que le permita disfrutar del derecho, aun cuando con esa decisión política no se sirva a ningún otro objetivo político, e incluso cuando se lo perjudique; y si cuenta en contra de tal decisión, aun cuando con ella se sirva algún otro objetivo político, el que retrase o ponga en peligro ese estado de cosas.⁶ Un objetivo es una finalidad política no individualizada, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa o recurso o libertad en particular para individuos determinados.

Los objetivos colectivos estimulan los intercambios de beneficios y cargas en el seno de una comunidad, con el fin de producir algún beneficio global para ésta en su totalidad. La eficiencia económica es un objetivo colectivo: requiere una distribución tal de oportunidades y riesgos que produzca la mayor acumulación de beneficios económicos definidos de alguna manera. También algunas concepciones de la igualdad pueden ser tomadas como objetivos colectivos; una comunidad puede tener como meta una distribución tal que la riqueza máxima no exceda el doble de la riqueza mínima; o, dada una situación diferente, que ningún grupo racial o étnico esté mucho peor que los otros. Por cierto que cualquier objetivo colectivo ha de sugerir una distribución determinada, dados ciertos hechos determinados. Tomar como objetivo la

eficiencia económica llevará a que en algunas circunstancias se exima impuestos a una industria determinada, pero en otros se la grave con impuestos punitivos. Tomar como objetivo la igualdad llevará consigo, en algunas circunstancias, una distribución inmediata y completa, que en otros casos será parcial y discriminatoria. En cada caso, los principios distributivos se subordinan a alguna concepción del bien colectivo acumulativo, de manera que ofrecer a un hombre una cantidad menor de algún beneficio sea algo que se pueda justificar simplemente demostrando que así se llegará a un mayor beneficio general.

Los objetivos colectivos pueden ser absolutos, pero no necesariamente. La comunidad puede perseguir diferentes objetivos al mismo tiempo, y puede poner en peligro un objetivo en beneficio de otro. Por ejemplo, puede buscar la eficiencia económica, pero también la fuerza militar. La distribución sugerida estará, entonces, determinada por la suma de las dos directrices, y ello incrementará las permutaciones y combinaciones de los posibles comercios. En todo caso, tales permutaciones y combinaciones ofrecerán varias estrategias concurrentes para servir a cada objetivo y a ambos objetivos combinados. Es posible servir bien a la eficiencia económica ofreciendo subsidios a los granjeros, y no a los dueños de fábricas, y se la servirá mejor si se ofrece doble subsidio a algunos granjeros y nada a otros. Habrá estrategias alternativas para alcanzar cualquier conjunto de objetivos colectivos, y —especialmente a medida que el número de objetivos aumente— se hará imposible determinar de manera fragmentaria, caso por caso, cuál es la distribución que mejor sirve a cualquier conjunto de ellos. Que sea buena política duplicar los subsidios de algunos granjeros y no conceder ninguno a otros dependerá de gran cantidad de decisiones políticas diferentes, que habrán sido —o serán— tomadas en persecución de estrategias muy generales, a las cuales ha de adaptarse esa decisión en particular.

Los derechos también pueden ser absolutos: una teoría política que sostenga el carácter absoluto de la libertad de expresión no reconocerá razón alguna, a no ser la imposibilidad, para no asegurar la libertad que ésta supone para cada individuo. Los derechos también pueden ser relativos; un principio podría tener que ceder ante otro, o incluso ante una política urgente con la cual compite respecto de determinados hechos. Podemos definir el peso de un derecho, suponiendo que no sea absoluto, como su poder para resistir

una competencia tal. De la definición de un derecho se sigue que no todos los objetivos sociales pueden anularlo. Para simplificar, podríamos afirmar que ninguna finalidad política será un derecho a menos que tenga cierto peso frente a los objetivos colectivos en general; a menos, por ejemplo, que sea imposible derrotarla apelando a alguno de los objetivos ordinarios y corrientes de la administración política, sino que haya que recurrir a un objetivo de especial urgencia. Supongamos, por ejemplo, que alguien dice reconocer el derecho a la libertad de expresión, pero agrega que la libertad de expresión debe restringirse toda vez que su ejercicio pueda molestar al público. Lo que quiere decir es, a mi entender, que reconoce como objetivo general el bienestar colectivo, y la distribución de la libertad de expresión sólo en la medida en que tal objetivo colectivo la recomiende en determinadas circunstancias. Su posición política se agota en el objetivo colectivo; el derecho putativo no agrega nada y no tiene sentido alguno reconocerlo como derecho.

Estas definiciones y distinciones aclaran que el carácter de una finalidad política —su condición de derecho u objetivo— depende de su lugar y su función dentro de una teoría política única. La misma frase podría, dentro de una teoría, describir un derecho, y dentro de otra un objetivo; o bien un derecho que es absoluto o muy fuerte dentro de una teoría, pero relativamente débil dentro de la otra. Si un funcionario público tiene algún tipo de teoría política coherente que use, aun de manera intuitiva, para justificar las decisiones particulares que toma, entonces esa teoría ha de reconocer una amplia variedad de tipos diferentes de derechos, dispuestos de tal manera que asigne un valor relativo aproximado a cada uno.

Cualquier teoría correcta distinguirá, por ejemplo, entre los derechos básicos, que son los que proporcionan justificación, proveniente de la sociedad en abstracto, a las decisiones políticas, y los derechos institucionales, que proporcionan a una decisión la justificación de alguna institución política particular y específica. Supongamos que mi teoría política estipula que cualquier hombre tiene derecho a la propiedad de otro, si él la necesita más. Podría incluso conceder que él no tiene, a ese efecto, ningún derecho legislativo; es decir, podría conceder que no tiene ningún derecho institucional a que el órgano legislativo en ejercicio promulgue una ley que viole la constitución, como la violaría presumiblemente una ley así. También podría conceder que no tiene

derecho institucional a una decisión judicial que le permita el robo. Aun si hiciera esas concesiones, podría mantener mi demanda básica inicial sosteniendo que el pueblo, como tal, estaría justificado si enmendara la Constitución para abolir la propiedad, o quizás incluso si se rebelara y derribara por completo la actual forma de gobierno. Sostendría que cada hombre conserva un derecho básico residual que justificaría o exigiría tales actos, aun concediendo que no tiene el derecho de [esperar] decisiones institucionales específicas, tal como están actualmente constituidas esas instituciones.

Cualquier teoría correcta se valdrá también de una distinción entre derechos concretos y abstractos, y por ende, entre principios concretos y abstractos. Se trata de una distinción de grado, pero analizaré ejemplos relativamente claros, tomados de los dos polos de la escala que contempla, y los trataré por consiguiente como una distinción genérica. Un derecho abstracto es una finalidad política general cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el peso de esa finalidad general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o a qué compromiso se ha de llegar entre ellas. Los grandes derechos de la retórica política son abstractos en este sentido. Los políticos hablan de derecho a la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad, sin dar a entender que tales derechos sean absolutos, y sin aludir tampoco a su incidencia sobre determinadas situaciones sociales complejas.

Los derechos concretos, por su parte, son finalidades políticas definidas con mayor precisión, de manera que expresan más claramente el peso que tienen contra otras finalidades políticas en determinadas ocasiones. Supongamos que no digo simplemente que los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión, sino que un periódico tiene derecho a publicar planes de defensa clasificados como secretos, siempre y cuando su publicación no signifique un daño físico inmediato para las tropas. Mi principio se declara favorable a una determinada solución del conflicto, cuya existencia reconoce, entre el derecho abstracto a la libertad de expresión por una parte y, por la otra, los derechos concurrentes de los soldados a la seguridad, o las necesidades urgentes de la defensa. De esta manera, los derechos abstractos proporcionan argumentos a los derechos concretos, pero la reclamación de un derecho concreto es más decisiva que cualquier reclamación del derecho abstracto que le sirve de base.⁷

B. Principios y utilidad

La distinción entre derechos y objetivos no desmiente una tesis que es parte de la antropología moral popular. Puede ser del todo razonable pensar, como estipula esa tesis, que los principios que resultan convincentes para los miembros de una comunidad determinada estarán causalmente determinados por los objetivos colectivos de dicha comunidad. Si en una comunidad muchas personas creen que cada individuo tiene derecho a un mínimo de atención por parte de los otros, este hecho, en cuanto resultado de la historia cultural, se puede explicar por otro hecho, a saber que esa creencia favorece el bienestar colectivo. Si alguna nueva disposición de los derechos sirviera mejor al bienestar colectivo de esa comunidad, deberíamos esperar, de acuerdo con esta tesis, que a su debido tiempo las convicciones morales se modificaran, favoreciendo esa nueva disposición.

No sé hasta qué punto es válida esta teoría antropológica en nuestra sociedad ni en ninguna otra. Por cierto que no es susceptible de ser puesta a prueba de ninguna manera tan simple como la que presento, y no veo razón para que su afirmación de que los derechos están psicológica o culturalmente determinados por los objetivos sea, *a priori*, más plausible que la afirmación contraria. Quizá los seres humanos escojan objetivos colectivos acomodándolos a algún sentido previo de los derechos individuales, en vez de diseñar los derechos de acuerdo con los objetivos colectivos. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos debe haber un retraso temporal importante, de modo que en cualquier momento dado la mayoría de la gente reconocerá, por lo menos en los casos particulares, el conflicto entre derechos y objetivos que presupone la distinción general entre estos dos tipos de finalidades políticas.

Es decir que la distinción presupone una distinción ulterior entre la fuerza de un derecho determinado dentro de una teoría política y la explicación causal de por qué la teoría estipula ese derecho. Ésta es una manera formal de expresarlo, y sólo es apropiada cuando, como doy ahora por supuesto, podemos identificar una teoría política determinada y distinguir así la cuestión analítica de qué es lo que estipula, y la cuestión histórica de cómo llegó a estipularlo. Por consiguiente, la distinción resulta oscurecida cuando hablamos de la moral de una comunidad sin especificar en cuál de las

múltiples concepciones diferentes de una moral comunitaria estamos pensando. Sin especificar algo más no podemos construir siquiera una teoría política vaga o abstracta, como teoría de la comunidad en una época determinada, de modo que no podemos establecer la distinción entre razones y fuerza, analíticamente necesaria para entender los conceptos de principio y de política. Nos encontramos, pues, con el argumento de que la tesis antropológica destruye la distinción entre los dos; hablamos como si tuviéramos presente, como moral de la comunidad, alguna teoría coherente; pero negamos que tal teoría distinga el principio de la directriz política, basándonos en un argumento que parece plausible simplemente porque no pensamos en ninguna teoría en particular. Una vez que aclaramos lo que queremos decir con alguna referencia a la moral de una comunidad, y conseguimos identificar, aunque sea burdamente, lo que consideramos como principios de esa moral, el argumento antropológico pierde fuerza.

Hay teorías políticas, sin embargo, que no unen los derechos y los objetivos mediante la causalidad, sino haciendo que la fuerza de un derecho dependa de su poder, como derecho, para promover algún objetivo colectivo. Pienso en diversas formas de la teoría ética conocida como utilitarismo de la regla. Una forma popular de esa teoría sostiene, por ejemplo, que un acto es bueno si la aceptación general de una regla que exigiera ese acto mejorase el bienestar general de los miembros de la comunidad.⁸ Una teoría política podría prever el derecho a la libertad de expresión, digamos, basándose en la hipótesis de que la aceptación general de ese derecho por parte de los tribunales y de otras instituciones políticas promovería, a la larga, el mayor bienestar general para la comunidad.

Pero sin embargo, dentro de una teoría así podemos distinguir, por lo menos, los derechos institucionales de los objetivos colectivos. Si la teoría estipula que se justifica que un funcionario de una institución determinada tome una decisión política, y no se justifica que se niegue a tomarla, toda vez que esa decisión sea necesaria para proteger la libertad de expresión de cualquier individuo, sin tener en cuenta el influjo de la decisión sobre los objetivos colectivos, esa teoría estipula la libertad de expresión como derecho. No importa que lo estipule basándose en la hipótesis de que si efectivamente todas las instituciones políticas imponen de esa manera el derecho, el resultado será la promoción de

un importante objetivo colectivo. Lo que importa es el compromiso con un plan de gobierno que hace una apelación al derecho decisiva en los casos particulares.

De manera que ni la tesis antropológica ni el utilitarismo de la regla ofrecen objeción alguna a la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos. Quiero mencionar, por exceso de celo, otra forma posible de cuestionar esa distinción. Es frecuente que se puedan presentar diferentes argumentos, de principio y políticos, en apoyo de la misma decisión política. Supongamos que un funcionario quiera argumentar en favor de la segregación racial en los lugares públicos. Como argumento político, puede sostener que la integración racial causa en general más incomodidad que satisfacción. O puede presentar un argumento de principio, apelando a los derechos de quienes podrían resultar heridos o muertos en los tumultos que produciría la integración. Se podría pensar que la intercambiabilidad de estos argumentos desvirtúa la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos o que, en todo caso, hace que la distinción no sea tan útil, por la siguiente razón. Supongamos que se concede que el derecho a la igualdad entre razas es lo bastante fuerte como para que deba prevalecer sobre cualquier argumento político, a no ser el más apremiante, y para que sólo se vea puesto en peligro por requerimiento de argumentos de principio concurrentes. Tal concesión sería vacía si siempre se pudieran encontrar argumentos de principio en sustitución de un argumento político que de otra manera se podría plantear.

Pero es una falacia suponer que porque siempre se pueda encontrar algún argumento de principio que sustituya a un argumento político, aquél será tan convincente o tan poderoso como habría sido el argumento político adecuado. Si alguna minoría reclamara una ley antidiscriminatoria basándose en una directriz política, y por consiguiente fuera posible acallarla invocando el bienestar o la utilidad general, entonces el argumento que cita la incomodidad o irritación de la mayoría podría ser lo bastante poderoso. Pero si la pretensión invoca un derecho a la igualdad que deba prevalecer a menos que se enfrente con un argumento concurrente de principio, es posible que el único argumento de esa especie con que se cuenta sea, como en este caso, demasiado débil. Excepto en casos extraordinarios, el peligro para la vida de un hombre, en cuanto individuo, que emana de una integración racial adecuadamente llevada a la práctica será muy pe-

queño. Por ende, podríamos conceder que el derecho concurrente a la vida ofrece un argumento que se contrapone aquí al derecho a la igualdad, y mantener sin embargo que el peso de ese argumento es desdeñable; tiene quizá la fuerza suficiente para demorar el ritmo de la integración, pero ni siquiera tanta como para demorarlo mucho.

C. *Economía política y principio*

En su aspecto descriptivo, la tesis de los derechos sostiene que en los casos difíciles, las decisiones judiciales se generan, de manera característica, en principios y no en directrices políticas. Se podría pensar que las últimas investigaciones sobre las conexiones de la teoría económica con el derecho consuetudinario sugieren lo opuesto: que los jueces deciden casi siempre basándose en razones políticas más bien que de principio. Sin embargo, debemos tener cuidado en distinguir entre dos proposiciones que se supone establecidas por esas investigaciones. Se sostiene, en primer lugar, que se puede demostrar que casi todas las normas ideadas por los jueces en campos tan dispares como las injurias, los contratos y la propiedad sirven al objetivo colectivo de hacer más eficiente la asignación de recursos.⁹ Y segundo, se afirma que en ciertos casos los jueces basan explícitamente sus decisiones en la política económica.¹⁰ Ninguna de tales afirmaciones subvierte la tesis de los derechos.

La primera no hace referencia alguna a las intenciones de los jueces que decidieron los casos estableciendo normas que mejoran la eficiencia económica. No supone que esos jueces tuvieran conciencia del valor económico de sus normas, ni siquiera que hubieran reconocido ese valor como argumento en favor de sus decisiones. En su mayoría, las pruebas hacen pensar lo contrario. Los tribunales que favorecieron la lamentable doctrina de la responsabilidad por lesiones causadas por negligencia de un compañero de trabajo, por ejemplo, pensaban que la norma respondía a una exigencia de justicia, no de utilidad, y la abolición de la norma se debió a que una generación diferente de juristas halló contradicciones en el aspecto de equidad del argumento, no en el argumento utilitario.¹¹

Si la primera afirmación es firme, algunos podrían considerarla una prueba importante para la tesis antropológica mencionada en la última sección. A esas personas les hará

pensar que los jueces y los juristas, en cuanto reflejo de las actitudes morales generales de su época, consideraron que las corporaciones y los individuos tenían precisamente aquellos derechos que un utilitarista declarado sancionaría con su voto para servir al bienestar general. Pero la primera afirmación podría sugerir igualmente la conclusión contraria, que ya mencioné, a saber, que nuestras ideas actuales sobre el bienestar general reflejan nuestras ideas del derecho individual. El profesor Posner, por ejemplo, defiende esa afirmación presuponiendo una concepción particular de una asignación de recursos eficiente. Dice que el valor de un recurso que escasea para un individuo determinado se mide por la cantidad de dinero que está dispuesto a pagar por él, de modo que el bienestar de la comunidad llega al máximo cuando cada recurso está en manos de alguien que, por tenerlo, pagaría más que cualquier otro.¹² Es difícil argumentar que tal concepción del valor sea de suyo evidente o neutral. Es grata para una teoría política que celebra la competencia, pero lo es mucho menos para una teoría más igualitaria, porque degrada las pretensiones de los pobres, que están dispuestos a gastar menos porque tienen menos para gastar. Por consiguiente, parece que la concepción que tiene Posner del valor es tanto consecuencia como causa de una teoría de los derechos individuales. En todo caso, sin embargo, la tesis antropológica de la primera afirmación no significa una amenaza para la tesis de los derechos. Aun si concedemos que la teoría de los derechos de un juez está determinada por algún sentido intuitivo del valor económico, y no inversamente, todavía podemos sostener que el juez confía en esa teoría, y no en el análisis económico, para justificar las decisiones en los casos difíciles.

La segunda afirmación que distinguimos, sin embargo, parece presentar una dificultad más grave. Si en algunos casos los jueces se refieren explícitamente a la política económica, no se puede entender simplemente que tales casos sirvan como prueba de la tesis antropológica. La teoría de la negligencia de *Learned Hand* es el ejemplo más conocido de tal referencia explícita a la economía política. *Hand* dijo, aproximadamente, que la forma de comprobar si el acto del acusado era ilícito, y por consiguiente procesable, es el criterio económico que pregunta si el acusado podría haber evitado el accidente de manera que representase para él un costo menor que el que podría sufrir el demandante si se producía el accidente, descontando la probabilidad del accidente.¹³ Se

puede decir que tal criterio económico proporciona un argumento político y no de principio, porque hace que la decisión dependa de si se podría haber favorecido más el bienestar colectivo permitiendo que sucediera el accidente o gastando lo que fuera necesario para evitarlo. Si es así, los casos en que se usa explícitamente alguna prueba como la de Hand, por pocos que fueran, servirían como ejemplos adversos a la tesis de los derechos.

Pero el supuesto de que cualquier tipo de cálculo económico debe ser un argumento político pasa por alto la distinción entre derechos abstractos y concretos. Los derechos abstractos, como el de hablar de temas políticos, no tienen en cuenta los derechos concurrentes; por su parte, los derechos concretos reflejan el influjo de dicha concurrencia. En cierto tipo de casos, el pasaje de los principios abstractos concurrentes a un derecho concreto se puede expresar en el lenguaje de la economía política. Consideremos el principio de que todo miembro de una comunidad tiene derecho a que cada uno de los otros miembros lo trate con el mismo respeto que se debe a otro ser humano.¹⁴ Es un principio muy abstracto, que en los casos particulares requiere que exista cierto equilibrio entre los intereses de quienes han de ser protegidos y la libertad de aquellos a quienes el principio exige un nivel no especificado de consideración y respeto. Es natural —especialmente cuando reina la moda del vocabulario económico— que se defina ese equilibrio adecuado comparando la suma de los beneficios de ambas partes en diferentes condiciones. Si un hombre actúa de manera tal que él mismo puede prever que perjudicará a otro, de modo que el beneficio colectivo de ambos se verá netamente reducido por su acto, no demuestra la atención y consideración requeridas. Si él puede, por ejemplo, prevenir el perjuicio o proteger de él de manera mucho más barata o eficaz que el otro, a menos que efectivamente tome las precauciones o medidas necesarias no estará demostrando atención y consideración.

Este tipo de argumento no es nuevo, en modo alguno, aunque quizá lo sea su ropaje económico. Durante largo tiempo los filósofos han debatido casos hipotéticos que ponían a prueba el nivel de consideración que debe un miembro de una comunidad a otro. Si un hombre está ahogándose, y otro puede salvarlo con un riesgo mínimo para sí, por ejemplo, entonces el primero tiene el derecho moral de que el segundo lo salve. Es una proposición fácil de expresar en términos

económicos: si el beneficio colectivo de ambos se incrementa claramente por el rescate, entonces el que se ahoga tiene derecho a que lo rescaten y el otro tiene el deber de rescatarlo. Es claro que la proposición jurídica paralela puede ser mucho más compleja. Es posible que especifique circunstancias especiales en que la cuestión decisiva no será si el beneficio colectivo de ambos se incrementará claramente, sino sólo si se incrementará marginalmente. Es posible que plantee la cuestión ulterior, por ejemplo, de cuándo el acto positivo de un hombre —a diferencia de una abstención de acción— crea un riesgo de daño físico directo y previsible para la persona o la propiedad de otro. Si la tesis de los derechos es firme, por cierto que ningún juez puede apelar a esa proposición jurídica a menos que crea que el principio de respeto mínimo enuncia un derecho jurídico abstracto; pero si lo cree, puede entonces enunciar su argumento en forma económica sin que por eso cambie su carácter de principio por el de directriz política.

Puesto que la prueba de Hand y el argumento paralelo referente a rescatar a alguien que se ahoga son métodos para llegar a una solución de compromiso entre derechos concurrentes, no consideran más que el bienestar de aquellos cuyos derechos abstractos están en juego. No estipulan margen para costes o beneficios para la comunidad como tal, excepto en la medida en que se reflejan en el bienestar de aquellos cuyos derechos están en cuestión. Podemos imaginar fácilmente una argumentación que no conceda estas restricciones. Supongamos que alguien sostenga que el principio que pide el rescate a un mínimo riesgo ha de ser enmendado para hacer que la decisión no dependa de alguna función de los beneficios colectivos de la víctima y de quien la rescata, sino de la utilidad marginal para la comunidad como tal, de modo que el que rescata deba tener en cuenta no sólo los riesgos relativos que corren él y la víctima, sino la relativa importancia social de ambos. De ello podría seguirse que un hombre insignificante debe arriesgar la vida para salvar al presidente de un banco, pero el presidente de un banco no necesita siquiera molestarse en salvar a un don nadie. El argumento ya no es un argumento de principio, porque supone que como cuestión de beneficio general, la víctima no tiene derecho a nada más que sus expectativas. La fórmula de Hand y otras variaciones más complejas no son argumentos de esta clase; no subordinan un derecho individual a algún objetivo colectivo, sino que proporcionan un mecanismo

para llegar a un compromiso entre afirmaciones concurrentes sobre [un] derecho abstracto.

Los casos de negligencia no son los únicos en que los jueces comprometen los derechos abstractos en el proceso de definir los concretos. Si un juez apela a la seguridad pública o a la escasez de algún recurso vital, por ejemplo, como fundamento para limitar algún derecho abstracto, puede entenderse que está apelando a los derechos concurrentes de aquellos cuya seguridad será sacrificada, o cuya justa ración de ese recurso se verá amenazada si el derecho abstracto se concreta. Su argumento es un argumento de principio si respeta las exigencias distributivas de tales argumentos, y si observa la restricción mencionada en la última sección: que el peso de un principio concurrente puede ser menor que el peso de la política paralela apropiada. Encontramos un ejemplo diferente en el conocido argumento según el cual no se debería permitir cierto tipo de procesos legales porque, de hacerlo así, los tribunales quedarían «desbordados» de litigios. El tribunal supone que si permitiera ese tipo de proceso, le faltaría tiempo para prestar la consideración adecuada a otros procesos que apuntan a la protección de derechos que, en conjunto, son más importantes que los derechos que por ende propone a la abogacía.

Este es el momento de señalar cierta limitación de la tesis de los derechos, que es válida en los casos civiles estándar, cuando el supuesto dominante es que una de las partes tiene derecho a ganar; pero sólo es válida de manera asimétrica cuando no se puede partir de ese supuesto. El acusado en un proceso criminal tiene derecho a una decisión en su favor si es inocente, pero el estado no tiene un derecho paralelo a una condena si el acusado es culpable. Por consiguiente el tribunal puede encontrar en favor del acusado, en algún caso difícil, normas que regulan la prueba, por ejemplo, sobre un argumento de procedimiento que no supone que el acusado tenga derecho alguno a que lo absuelvan. En el caso de *Linkletter v. Walker*,¹⁵ la Corte Suprema dijo que su decisión anterior en el caso de *Mapp v. Ohio*¹⁶ era una decisión así. La Corte dijo que había cambiado las normas que permitían la presentación de pruebas obtenidas ilegalmente, no porque la señorita Mapp tuviera ningún derecho a que no se usaran tales pruebas, si por otros conceptos eran admisibles, sino con el fin de disuadir a la policía de que en lo sucesivo buscara esa clase de pruebas. No quiero decir que una declaración constitucional basada en tales razones sea correcta, ni

quiera que la descripción que hizo posteriormente la Corte de su última decisión fuese exacta. Lo único que me propongo es señalar cómo la geometría de un proceso penal, que no contrapone entre sí diversos derechos concurrentes para resolver un caso, difiere del caso civil estándar, en el cual la tesis de los derechos es simétricamente válida.

4. LOS DERECHOS INSTITUCIONALES

La tesis de los derechos prevé que los jueces decidan los casos difíciles confirmando o negando derechos concretos. Pero los derechos concretos en que se apoyan los jueces deben tener otras dos características. Deben ser más bien derechos institucionales que básicos, y dentro de lo institucional, más bien deben ser jurídicos que de ningún otro orden. Por lo tanto, no podemos evaluar ni poner a prueba la tesis sin elaborar mejor estas distinciones.

Se pueden encontrar derechos institucionales en instituciones de carácter muy diferente. Un ajedrecista tiene el derecho «ajedrecístico» a que se le reconozca un punto en un torneo si da mate a su adversario. En una democracia, un ciudadano tiene derecho a que se promulguen las leyes necesarias para proteger su libertad de expresión. En el caso del ajedrez, los derechos institucionales están fijados por reglas constitutivas y regulativas que pertenecen inconfundiblemente al juego, o a un determinado torneo. En este sentido, el ajedrez es una institución autónoma; quiero decir, que entre sus participantes se entiende que nadie puede reclamar un derecho institucional apelando directamente a la moralidad general. Nadie puede afirmar, por ejemplo, que se ha ganado el derecho a que lo declaren ganador por su virtud general. Pero la legislación es sólo parcialmente autónoma en ese sentido. Hay normas constitutivas y regulativas especiales que definen lo que es el poder legislativo, quién pertenece a él, de qué manera vota, y que no tiene competencia para establecer una religión. Pero esas normas, que pertenecen inconfundiblemente al poder legislativo, raras veces son suficientes para determinar si un ciudadano tiene derecho institucional para hacer que se promulgue cierta ley; no deciden, por ejemplo, si tiene derecho a una ley que le garantice un salario mínimo. Se espera que los ciudadanos reflexionen sobre consideraciones generales de moralidad política cuando argumentan en favor de tales derechos.

El hecho de que algunas instituciones sean total y otras parcialmente autónomas tiene la consecuencia, antes mencionada, de que los derechos institucionales que reconoce una teoría política pueden discrepar de los derechos básicos que estipula. Los derechos institucionales son, sin embargo, auténticos derechos. Incluso si suponemos que los pobres tienen un derecho básico abstracto a [tener] dinero tomado a los ricos, no sería simplemente inesperado, sino que estaría mal que los árbitros de un torneo de ajedrez concedieran el premio en efectivo al participante más pobre y no al que obtuvo mayor puntuación. No serviría de excusa decir que, puesto que los derechos del torneo se limitan a describir las condiciones necesarias para que se lo pueda denominar un torneo de ajedrez, la acción del árbitro se justifica en tanto que no use la palabra «ajedrez» cuando hace entrega del premio. Los participantes entraron en el torneo sobreentendiendo que en él se aplicarían las reglas del ajedrez, y tienen auténtico derecho a que sean impuestas esas reglas y no otras.

La autonomía institucional aísla el deber institucional de un funcionario de la mayor parte de la moralidad política básica. Pero, ¿hasta dónde llega la fuerza de tal aislamiento? Incluso en el caso de una institución totalmente aislada como el ajedrez, será necesario interpretar o elaborar algunas de esas reglas para que un funcionario pueda hacerlas valer en determinadas circunstancias. Supongamos que en un torneo de ajedrez una regla estipule que el árbitro declarará perdida la partida si uno de los jugadores irrita «irrazonablemente» al otro durante el juego. El lenguaje de la regla no define qué se ha de considerar una irritación «irrazonable»; no decide, por ejemplo, si un jugador que continuamente sonríe a su oponente de manera que lo pone nervioso, como sonrió en una ocasión el maestro ruso Tal a Fischer, está irritándolo irrazonablemente.

El árbitro no es libre de dar curso a sus convicciones básicas para decidir ese caso difícil. Podría sostener, como cuestión de teoría política, que los individuos tienen derecho a igual bienestar sin tener en consideración sus capacidades intelectuales. Sin embargo, estaría mal que confiara en esa convicción para decidir casos difíciles bajo la regla de pérdida. No podría decir, por ejemplo, que un comportamiento irritante es razonable en cuanto tiene el efecto de reducir la influencia de la capacidad intelectual sobre el resultado de la partida. Los participantes, y en general la comunidad a quien interesa el problema, dirán que su deber es

precisamente lo contrario. Como el ajedrez es un juego intelectual, el árbitro debe aplicar la regla de manera tal que proteja el papel del intelecto en la competencia, en vez de ponerlo en peligro.

En el caso del árbitro de ajedrez tenemos, pues, el ejemplo de un árbitro de cuyas decisiones sobre derechos institucionales se sobreentiende que han de regirse por limitaciones institucionales, aun cuando no esté clara la fuerza de tales limitaciones. No creemos que el árbitro esté en libertad de legislar intersticialmente, dentro de la «textura» abierta de unas reglas imprecisas.¹⁷ Si una interpretación de la regla de pérdida protege el carácter del juego, y la otra no, los participantes tienen derecho a la primera interpretación. Podemos tener la esperanza de encontrar, en este caso relativamente simple, algún rasgo general de los derechos institucionales en los casos difíciles, que pueda pesar sobre la decisión de un juez en un caso jurídico difícil.

Dije que el juego de ajedrez tiene un carácter que las decisiones del árbitro deben respetar. ¿Qué significa eso? ¿Cómo sabe un árbitro que el ajedrez es un juego intelectual y no un juego de azar o una exhibición de ballet? Bien puede partir de lo que todo el mundo sabe. Quienes participan en una institución, la colocan en alguna categoría muy aproximada, dando por sentado que es un juego y no una ceremonia religiosa o una forma de ejercicio o un proceso político. Por esa razón es definitorio, en el caso del ajedrez, que se trata de un juego y no de un ejercicio de habilidad digital. Estas convenciones, que se exhiben en actitudes y maneras, y en la historia, son decisivas. Si todo el mundo da por sentado que el ajedrez es un juego de azar, de manera que cuando les toman una pieza amenazada maldicen su mala suerte y nada más, entonces el ajedrez es un juego de azar, aunque malísimo.

Pero estas convenciones se agotarán, y es posible que eso suceda antes de que el árbitro encuentre [las] suficientes para decidir el caso de la sonrisa de Tal. Sin embargo, es importante ver que las convenciones se extinguen de una manera determinada. No son incompletas, como un libro al que le falta la última página, sino abstractas, de modo que la plenitud de su fuerza puede ser expresada en un concepto que admite diferentes significados, es decir, en un concepto *controvertido*.¹⁸ El árbitro debe seleccionar uno u otro de tales significados, no para ampliar la convención, sino para imponerla. Debe *delinear* el carácter del juego planteándose

diferentes conjuntos de preguntas. Dado que el ajedrez es un juego intelectual, ¿es intelectual, como el póquer, en algún sentido que incluya una capacidad de intimidación psicológica? ¿O es, como las matemáticas, intelectual en un sentido que no incluye tal capacidad? La primera serie de preguntas impone al árbitro que preste más atención al juego, que determine si las características de éste dan más apoyo a una o a otra de tales concepciones del intelecto. Pero también debe plantearse una serie diferente de preguntas. Dado que el ajedrez es un tipo de juego intelectual, ¿qué se infiere de ello sobre lo que ha de considerarse comportamiento razonable en una partida de ajedrez? La capacidad de intimidación psicológica, o la capacidad de resistirse a tal intimidación, ¿son realmente cualidades intelectuales? Estas cuestiones le exigen que considere con más atención el concepto mismo de intelecto.

Los cálculos del árbitro, si son escrupulosos, oscilarán entre los dos conjuntos de preguntas, reduciendo progresivamente la gama de cuestiones que se pueden plantear en el paso siguiente. Primero, el árbitro podría identificar, reflexionando sobre el concepto, diferentes significados de [lo que es] intelecto. En esta primera etapa podría suponer, por ejemplo, que la gracia física del estilo que se adquiere con la práctica del ballet es una forma de inteligencia. Pero después debe poner a prueba las diferentes concepciones comparándolas con las reglas y prácticas del juego. La prueba excluirá cualquier concepción física de la inteligencia, pero es posible que no discrimine entre una concepción que incluya la intimidación psicológica y una que la rechaza, porque cualquiera de ellas proporcionaría una explicación de las reglas y prácticas que no es, de acuerdo con ningún canon general de explicación, claramente superior a la explicación que proporciona la otra. El árbitro debe preguntarse entonces cuál de las dos explicaciones le ofrece una visión más profunda o más adecuada de lo que es realmente el intelecto. Así concebidos, sus cálculos oscilarán entre la filosofía de lo mental y los hechos de la institución cuyo carácter debe precisar.

Lo que antecede no es, naturalmente, más que una reconstrucción imaginaria de un cálculo que jamás llegará a hacerse; el sentido del juego que tiene un árbitro se desarrolla a lo largo de su carrera, hasta ser algo que él emplea en sus juicios y no que se manifiesta en ellos. Pero la recons-

trucción nos permite ver de qué manera se adapta el concepto del carácter del juego a un problema institucional especial. Una vez establecida una institución autónoma, tal que los participantes tienen derechos institucionales regidos por distintas reglas o normas pertenecientes a dicha institución, pueden plantearse casos difíciles de los que, dada la naturaleza del caso, se ha de suponer que tienen respuesta. Si Tal no tiene derecho a que la partida continúe, debe ser porque la regla que determina la pérdida del juego, adecuadamente entendida, justifica la intervención del árbitro; en este caso, Fischer tiene derecho a ganar inmediatamente. En un caso así de nada sirve hablar de la «discreción» del árbitro. Si se usa la palabra en un sentido débil, la observación es inútil; si se la usa en algún sentido fuerte, en virtud del cual Tal ya no tenga derecho a ganar, entonces nuevamente esto se debe a que la regla, adecuadamente entendida, invalida o anula el derecho que de otro modo tendría.¹⁹ Supongamos que en un caso así la única expectativa que tienen las partes sea que el árbitro use de su mejor juicio. En cierto sentido, esto es perfectamente válido, porque en lo que se refiere al juicio del árbitro, no puede contar más que con su mejor discernimiento. Pero pese a ello tienen derecho a su mejor discernimiento respecto de cuál es el comportamiento que, dadas las circunstancias del juego, es irrazonable; es decir que tienen derecho a su mejor discernimiento en lo referente a cuáles son sus derechos. La proposición de que para esa cuestión hay alguna respuesta «correcta» no significa que las reglas del ajedrez sean exhaustivas e inequívocas; es, más bien, un enunciado complejo referente a las responsabilidades de árbitros y jugadores.

Pero si en un caso difícil la decisión ha de estar referida a los derechos de las partes, la razón de un árbitro para emitir ese juicio debe ser tal que justifique que se reconozca o se niegue un derecho. Debe aportar a su decisión una teoría general que explique por qué, en el caso de su institución, las reglas o normas crean o anulan de alguna manera derechos, y debe demostrar qué decisión exige esa teoría general en el caso difícil. En el ajedrez, el fundamento general de los derechos institucionales debe ser el consentimiento o entendimiento tácito de las partes, que al intervenir en un torneo consienten en la imposición de ciertas reglas y sólo de ellas, y es difícil imaginar cualquier otro fundamento general para suponer que tengan cualesquiera derechos institucionales. Pero si es así, y si la decisión en un caso difícil

es una decisión referente a qué derechos tienen realmente las partes, entonces el argumento que determina la decisión debe aplicar ese fundamento general al caso difícil.

Podríamos decir que el caso difícil plantea una cuestión de teoría política. Pregunta qué se puede suponer que es, en justicia, lo que hacen los jugadores al consentir en la regla que determina la pérdida de la partida. El concepto del carácter de un juego es un recurso conceptual para formular una pregunta. Es un concepto discutible, que internaliza la justificación general de la institución para hacerla accesible a discriminaciones en el seno de la institución misma. Supone que un jugador no da su consentimiento simplemente a un conjunto de reglas, sino a una iniciativa de la que puede decirse que tiene carácter propio, de manera que cuando se plantea la cuestión: ¿En qué consintió al consentir en eso?, la respuesta pueda estudiar la iniciativa en su totalidad y no solamente las reglas.

5. LOS DERECHOS LEGALES

A. *La legislación*

En los casos difíciles, la argumentación jurídica gira en torno de conceptos controvertidos, cuya naturaleza y función son muy semejantes al concepto del carácter de un juego. Entre ellos se incluyen varios conceptos sustantivos mediante los cuales se enuncia el derecho, tales como los conceptos de contrato y de propiedad. Pero se incluyen también dos conceptos de mucha mayor importancia para lo que en este momento discutimos. El primero es la idea de la «intención» o «propósito» de una determinada ley o cláusula. Este concepto sirve de puente entre la justificación política de la idea general de que las leyes crean derechos, y aquellos casos difíciles que plantean qué derechos ha creado una ley determinada. El segundo es el concepto de principios que están «en la base de» o «incorporados en» las normas jurídicas positivas. Este concepto sirve de puente entre la justificación política de la doctrina de que los casos semejantes deben ser decididos de manera semejante y aquellos casos difíciles en que no está claro qué exige esa doctrina general. Juntos, estos conceptos definen los derechos legales como función —aunque una función muy especial— de los derechos políticos. Si un juez acepta las prácticas establecidas de su siste-

ma jurídico —es decir, si acepta la autonomía prevista por sus distintas normas constitutivas y regulativas—, entonces, de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad política, debe aceptar alguna teoría política general que justifique dichas prácticas. Los conceptos de intención de la ley y los principios del derecho consuetudinario son recursos para la aplicación de esa teoría política general a problemas controvertibles sobre los derechos.

Por consiguiente, haríamos bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos. Nos encontraremos con que diseñaría tales teorías de la misma manera que un árbitro filósofo delinea el carácter de un juego. Para este propósito he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules. Supongo que Hércules es juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos. Supongo que acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción. Es decir que acepta que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos, y que los jueces tienen el deber general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o de tribunales superiores cuyas bases lógicas, como dicen los juristas, abarquen el caso que tienen entre manos.

1. *La constitución.* — Supongamos que en la jurisdicción de Hércules hay una constitución escrita que estipula que ninguna ley será válida si establece una religión. La legislatura promulga una ley que concede transporte escolar gratuito a los niños de las escuelas parroquiales. La concesión, ¿establece una religión?²⁰ Las palabras de la estipulación constitucional podrían servir de apoyo a ambos puntos de vista. Pero Hércules tiene que decidir si la niña que está ante él tiene derecho a su transporte escolar.

Podría empezar por preguntarse por qué la constitución tiene el poder de crear o anular derechos. Si los ciudadanos tienen un derecho básico a la salvación por mediación de una iglesia establecida, tal como muchos creen, entonces ése debe de ser un derecho importante. ¿Por qué el hecho de que, hace varios siglos, un grupo de hombres haya votado de otra manera impide que este derecho básico se convierta igualmente en derecho legal? Su respuesta debe tener aproximadamente la forma siguiente. La constitución establece un

esquema político general lo suficientemente justo como para darlo por firme por razones de equidad. Los ciudadanos gozan de los beneficios de vivir en una sociedad cuyas instituciones están dispuestas de acuerdo con ese esquema y se rigen por él, y deben aceptar también sus desventajas, por lo menos hasta que entre en vigor un esquema nuevo, ya sea en virtud de enmiendas graduales o de una revolución general. Pero Hércules debe preguntarse después cuál es, exactamente, el esquema de los principios fijados; esto es, debe construir una teoría constitucional. Como se trata de Hércules, podemos suponer que es capaz de presentar una teoría política cabal, que justifique la constitución en su totalidad. Debe ser un esquema que dé cabida a las normas particulares de esta constitución, naturalmente. No puede incluir un firme derecho básico a [tener] una iglesia establecida. Pero no hay una sola teoría cabalmente especificada que dé cabida adecuada a la previsión específica referente a la religión, sino más. Una teoría, por ejemplo, podría estipular que está mal que el gobierno promulgue cualquier ley que pueda causar gran tensión o conmoción social, de modo que si el establecimiento de una iglesia ha de tener ese efecto, estaría mal dar poderes al legislador para que la establezca. Otra teoría tendrá previsto un derecho básico a la libertad religiosa, y sostendrá por ende que una iglesia establecida no es justa, no porque sea causa de conmoción social, sino porque es una violación de este derecho básico. En este caso, Hércules debe dirigirse a las normas constitucionales restantes, y a las prácticas tenidas por firmes según esas normas, para ver cuál de las dos teorías llega a adecuarse con menos tropiezos a la totalidad del esquema constitucional.

Pero sin embargo, la teoría cuya superioridad se demuestre con esta prueba no será lo suficientemente concreta para decidir algunos casos. Supongamos que Hércules decide que la institución que nos preocupa se justifica más bien por el derecho a la libertad religiosa que por ninguna consideración referente al orden social. Ahora hay que preguntar más exactamente qué es la libertad religiosa. El derecho a la libertad religiosa, ¿incluye el derecho a que lo que pagas de impuestos no sea usado con ningún fin que ayude a la supervivencia de una religión? ¿O simplemente a que no lo usen en beneficio de una religión a expensas de otra? En el primer caso, la legislación referente a la gratuidad del transporte viola ese derecho, pero en el segundo no. Es posible que la estructura institucional de las normas y de la práctica

no sea lo bastante detallada para excluir ninguna de estas dos concepciones de la libertad religiosa, o para hacer de una de ellas una justificación claramente superior de dicha estructura. En algún punto de su razonamiento, por ende, Hércules debe considerar la cuestión no como un mero problema de adecuación entre una teoría y las normas de la institución, sino además como un problema de filosofía política. Debe decidir qué concepción es una elaboración más satisfactoria de la idea general de libertad religiosa. Y debe decidir esta cuestión porque, de no hacerlo así, no puede llevar más adelante el proyecto comenzado. No puede responder con el detalle suficiente a la cuestión de qué esquema político establece la constitución.

De manera que Hércules se ve llevado por este proyecto a un proceso de razonamiento que se parece mucho al proceso del árbitro ajedrecístico escrupuloso. Debe organizar una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique ese esquema de gobierno, lo mismo que el árbitro de ajedrez se ve llevado a elaborar una teoría del carácter de su juego. Debe enriquecer esa teoría refiriéndose alternativamente a la filosofía política y a los detalles institucionales. Debe generar teorías posibles que justifiquen los diferentes aspectos del esquema y poner a prueba las teorías en función de la institución global. Y cuando el poder de discriminación de la prueba se agote, debe elaborar los conceptos controvertidos de que se vale la teoría triunfante.

2. *Las leyes.* — En la jurisdicción de Hércules, una ley estipula que incurre en delito federal quien a sabiendas transportare a través de los límites interestatales «a cualquier persona que haya sido ilegalmente detenida, confinada, inducida con engaño, mediante estratagema, secuestrada, raptada o alejada por cualquier medio que fuere...». A Hércules le encargan que decida si esa ley convierte en reo de delito federal a un hombre que convenció a una muchacha de que su deber religioso era escaparse con él, en violación de una orden del tribunal, para consumir lo que él llamaba un matrimonio celestial.²¹ La ley había sido promulgada después de un famoso caso de secuestro, con el fin de permitir que las autoridades federales colaborasen en la persecución de secuestradores. Pero su redacción es lo suficientemente amplia como para que se lo pueda aplicar a este caso, y ni en

las actas legislativas, ni en los registros de la comisión parlamentaria hay nada que la desmienta.

¿Es, pues, válida? Es posible que, personalmente, Hércules desprecie el matrimonio celestial o que abomine de la corrupción de menores o celebre que los hijos obedezcan a sus padres. Sin embargo, el muchacho tiene derecho a su libertad, a menos que la ley, adecuadamente entendida, le prive de tal derecho; es incoherente con cualquier teoría plausible de la constitución que los jueces tengan el poder de establecer retroactivamente que una conducta es delictiva. ¿Lo priva la ley de ese derecho? Hércules debe empezar por preguntar por qué una ley, la que fuere, tiene el poder de alterar los derechos. Hallará la respuesta en su teoría constitucional, que puede estipular, por ejemplo, que un parlamento elegido democráticamente es el órgano adecuado para tomar decisiones colectivas referentes a qué comportamientos serán considerados delictivos. Pero esa misma teoría constitucional impondrá ciertas responsabilidades al legislador: no sólo impondrá restricciones que reflejan los derechos individuales, sino también algún deber general de procurar los objetivos colectivos que definen el bienestar público. Ese hecho representa para Hércules un criterio útil en este caso difícil. Nuestro abogado podría preguntar qué interpretación vincula de manera más satisfactoria el lenguaje que usó el legislador con las responsabilidades constitucionales de éste. Es como la pregunta del árbitro sobre el carácter del juego. No requiere la construcción de una hipótesis sobre el estado mental de los legisladores en cuanto individuos, sino la de una teoría política especial que justifique esa ley, a la luz de las responsabilidades más generales de los legisladores, mejor que cualquier teoría alternativa.²²

¿Qué argumentos, de principio y políticos, podrían haber persuadido al organismo legislativo de promulgar precisamente esa ley? No debería haber seguido una política destinada a reemplazar la coacción penal estatal por la coacción federal toda vez que fuera constitucionalmente posible, lo que representaría una interferencia innecesaria con el principio del federalismo, que debe ser parte de la teoría constitucional de Hércules. Sin embargo, podría haber actuado con responsabilidad al seguir una política que remitiera a la coacción federal todos aquellos delitos cuyo carácter interestatal significara un obstáculo para la coacción estatal. También habría sido una política responsable seleccionar, entre esos delitos, sólo los especialmente peligrosos o generalizados.

¿Cuál de esas dos políticas responsables ofrece mejor justificación de la ley efectivamente proyectada? Si las penalidades que estipula la ley son rigurosas, y por ende adecuadas a la segunda de tales políticas, pero no a la primera, la preferida debe ser la segunda. ¿Cuál de las diferentes interpretaciones de la ley que permite el lenguaje sirve mejor a esa política? Evidentemente, una decisión por la cual una forma de seducción como la que se presenta en el caso no se convierta en delito federal en virtud de la ley.

Presento un problema de interpretación legislativa simple y tal vez poco representativo, porque en este momento no puedo ocuparme detalladamente de una teoría de la interpretación de la ley. Lo único que quiero es sugerir cómo se puede defender la afirmación general de que los cálculos que hacen los jueces, referentes a las intenciones de la ley, son cálculos sobre derechos políticos. Sin embargo, incluso con este sencillo ejemplo, hay dos puntos que se han de señalar. En primer lugar, sería inexacto decir que Hércules amplió la acción del legislador al promulgar la ley, o que intentó determinar lo que éste habría hecho si hubiera tenido en cuenta el problema presentado por el caso. El acto de un órgano legislativo no es, como hacen pensar estas descripciones, un evento cuya fuerza podamos medir de algún modo para decir que se ha extinguido en un punto determinado; es más bien un evento cuyo contenido es discutible de la misma manera que lo es el contenido de un acuerdo para jugar una partida. Hércules construye su teoría política como un argumento referente a lo que ha hecho en esa ocasión el poder legislativo. El argumento contrario, que de hecho los legisladores no hicieron lo que él decía, no es una muestra realista de sentido común, sino una afirmación competitiva sobre el verdadero contenido de ese evento controvertido.

En segundo lugar, es importante observar el papel que desempeñan en el proceso descrito los términos canónicos de la ley efectiva, que estipulan un límite a lo que de otra manera, dada la naturaleza del caso, debía ser ilimitado. La teoría política que elaboró Hércules para interpretar la ley, que presentaba una política de coacción federal para los delitos graves, justificaría muchísimas decisiones que los legisladores de hecho no tomaron, desde cualquier punto de vista que se interprete el lenguaje. Justificaría, por ejemplo, que una ley considerase delito federal el que un asesino huyera del estado donde cometió el crimen. Los legisladores no tienen el deber general de ajustarse a las líneas de ninguna

política en particular, y sería evidentemente un error que Hércules supusiera que, en algún sentido, hubieran promulgado esa otra ley. Las palabras de la ley que efectivamente promulgaron permiten que este proceso de interpretación opere sin caer en el absurdo; [la ley] permite que Hércules diga que el órgano legislativo llevó cierta práctica hasta los límites del lenguaje que usaba, sin que se suponga también que llevó esa práctica hasta algún punto ulterior indeterminado.

B. *El derecho consuetudinario*

1. *El precedente.* — Un día, los juristas presentarán a Hércules un caso difícil, que no está previsto en la ley, y discutirán si las decisiones anteriores del tribunal, debidamente entendidas y basadas en el derecho consuetudinario, reconocen a alguna de las partes el derecho a una decisión que le sea favorable. *Spartan Steel* fue un caso así. El demandante no sostenía que la ley le reconociera el derecho a indemnización por perjuicios económicos; señalaba, en cambio, que ciertas decisiones judiciales previas concedían indemnización por otros tipos de daño, y sostenía que el principio aplicado en esos casos exigía igualmente una decisión favorable.

Hércules debe empezar por preguntarse por qué los argumentos que asumen esa forma son, aunque sea en principio, sólidos, y descubrirá que no es fácil hallar respuesta rápida o evidente. Cuando se formuló la cuestión paralela, referente a la legislación, encontró fácil respuesta en la teoría democrática general. Pero los detalles de las prácticas de precedente que debe justificar ahora se resisten a [dejarse incluir en] una teoría tan sencilla.

Hay, sin embargo, una respuesta que podría tentarle. Los jueces, cuando deciden casos particulares de derecho consuetudinario, establecen normas generales que, de alguna manera, se proponen beneficiar a la comunidad. Al decidir casos posteriores, otros jueces deben, por lo tanto, imponer esas normas, de modo que el beneficio pueda concretarse. Si este modo de presentar las cosas fuera justificación suficiente de las prácticas de precedente, Hércules podría decidir esos casos difíciles de derecho consuetudinario como si las decisiones previas fueran leyes, usando las técnicas que le sirvieron para la interpretación de la ley. Pero si lleva muy lejos esa teoría tropezará con dificultades funestas. Será útil es-

tudiar con cierto detalle el porqué, ya que los errores de la teoría serán los guías para encontrar otra más adecuada.

Como acabamos de observar, la interpretación legislativa depende de que se disponga de una formulación verbal escrita, por vaga o inespecífica que sea, que ponga límites a las decisiones políticas que se pueda suponer han sido tomadas por la ley. Hércules descubrirá que muchas de las opiniones que los litigantes citan como precedentes no contienen proposición especial alguna que se pueda tomar como forma canónica de la norma establecida por el caso. Es verdad que, durante la última parte del siglo XIX y la primera parte del nuestro, fue característico del estilo judicial anglo-norteamericano el intento de componer enunciados canónicos de esa clase, de modo que en lo sucesivo uno pudiera referirse, por ejemplo, a la norma del caso *Rylands v. Fletcher*.²³ Pero incluso durante ese período, abogados y juristas discrepaban respecto de cuáles eran las partes de famosas opiniones a las que se debía reconocer ese carácter. Actualmente, en todo caso, ni siquiera las opiniones importantes intentan alcanzar esa categoría de modelos legislativos. Citan razones, en forma de precedentes y de principios, para justificar una decisión, pero lo que se entiende que los precedentes y principios han de justificar es la decisión, no el enunciado de una nueva norma legal. En ocasiones, un juez reconoce abiertamente que queda librado a casos posteriores determinar el pleno efecto del caso que él acaba de decidir.

Ciertamente, Hércules podría decidir que cuando encuentre, en un caso anterior, una formulación verbal canónica, se valdrá de sus técnicas de interpretación legislativa para decidir si la norma que esas palabras componen abarca o no un caso nuevo.²⁴ Bien podría reconocer lo que se podría llamar fuerza de promulgación del precedente; pero encontrará, sin embargo, que cuando un precedente tiene fuerza de promulgación, no se considera que su influencia sobre los casos posteriores se limite a esa fuerza. Ni los jueces ni los juristas piensan que la fuerza de los precedentes se agote, como se agotaría una ley, en los límites lingüísticos que le impone una formulación determinada. Si *Spartan Steel* fuese un caso neoyorquino, el abogado del demandante supondría que la decisión previa de Cardozo en el caso de *MacPherson v. Buick*,²⁵ en que una mujer cobró daños y perjuicios por las heridas recibidas a consecuencia de la fabricación negligente de un automóvil defectuoso, era un precedente favorable al derecho de su cliente, pese al hecho de que la deci-

sión previa no contenía una formulación que pudiera ser plausiblemente interpretada como promulgación de ese derecho. El letrado insistiría en que la decisión previa ejerce una fuerza gravitacional sobre las decisiones posteriores, incluso cuando estas últimas se encuentran fuera de su órbita particular.

Esta fuerza gravitacional es parte de la práctica que debe representar la teoría general del precedente de Hércules. En este importante aspecto, la práctica judicial difiere de la práctica de los árbitros en otras instituciones. En el ajedrez, los árbitros se adaptan a las reglas establecidas de una manera que supone la plena autonomía institucional. Ejercitan la originalidad sólo en la medida en que así lo exige alguna vez una regla, como puede ser la regla que determina la pérdida de la partida. En el ajedrez, por consiguiente, se puede decir que cada decisión de un árbitro ha sido directamente requerida —y está justificada— por una regla ajedrecística establecida, aun cuando algunas de tales decisiones deban basarse en una interpretación, y no simplemente en el significado literal de la regla.

Algunos filósofos del derecho escriben sobre la adjudicación en derecho consuetudinario como si fuera semejante al ajedrez, aunque reconocen que la probabilidad de que las normas jurídicas necesiten interpretación es mucho mayor que en el caso del ajedrez. Tal es el espíritu, por ejemplo, del argumento del profesor Hart en el sentido de que los casos difíciles sólo se plantean porque las reglas jurídicas tienen lo que él denomina «textura abierta».²⁶ En realidad, es frecuente que los jueces estén en desacuerdo no simplemente respecto de la forma en que se ha de interpretar una norma o un principio, sino incluso sobre si la norma o principio que cita un juez ha de ser siquiera reconocido como tal. En algunos casos, tanto la mayoría como las opiniones disidentes reconocen la pertinencia de los mismos casos anteriores, pero no coinciden sobre cuál es la norma o principio que se entiende ha quedado establecido por tales precedentes. A diferencia de lo que sucede con el ajedrez, en la adjudicación de competencia el argumento *en favor* de una norma determinada puede ser más importante que el argumento que lleva *desde* esa norma al caso particular; y así como es probable que el árbitro de ajedrez que decide un caso apelando a una regla de la cual nadie ha oído hablar lo descalifiquen o lo den por loco, en el caso del juez lo más

probable es que lo celebren en las clases magistrales de la facultad.

Sin embargo, los jueces parecen estar de acuerdo en que las decisiones previas contribuyen efectivamente a la formulación de reglas nuevas y controvertidas, de alguna manera distinta a la interpretación; coinciden en que las decisiones previas tienen fuerza gravitacional, aun cuando no estén de acuerdo respecto de qué es esa fuerza. Es muy frecuente que, cuando debe decidir cuál será su voto sobre algún problema, el legislador sólo se preocupe por cuestiones básicas de moralidad o de política, porque no necesita demostrar que su voto es coherente con el voto de sus colegas legisladores o con el de los miembros de legislaturas pasadas. Pero es muy raro que el juez asuma esta actitud de independencia; él tratará siempre de relacionar la justificación que ofrece para una decisión original con las decisiones que antes han tomado otros jueces o funcionarios.

De hecho, cuando los buenos jueces tratan de explicar en términos generales de qué manera trabajan, buscan metáforas que describan las restricciones a que se sienten sometidos incluso cuando suponen que están legislando, restricciones que no serían apropiadas si fueran legisladores. Dicen, por ejemplo, que las nuevas normas se les aparecen como inmanentes en el derecho como tal, o que están imponiendo una lógica interna del derecho por mediación de algún método que pertenece más a la filosofía que a la política, o que éstos son los agentes mediante los cuales el derecho se purifica, o que el derecho tiene una especie de vida propia, aunque esto pertenezca más a la experiencia que a la lógica. Hércules no debe contentarse con esas famosas metáforas y personificaciones, pero tampoco ha de conformarse con ninguna descripción del proceso judicial que ignore el atractivo que éstas tienen para los mejores juristas.

La fuerza gravitacional del precedente no puede ser captada por ninguna teoría que suponga que el precedente tiene fuerza de ley como la legislación. Pero lo inadecuado de tal enfoque sugiere otra teoría, superior. La fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes. Un precedente es la constancia de una decisión política previa; el hecho mismo de esa decisión, como hecho de la historia política, ofrece alguna razón para decidir otros casos de manera similar en el futuro. Esta explicación general de la fuerza gravitacional del

precedente da cuenta del rasgo que destruyó las teorías legalistas, a saber, que la fuerza de un precedente puede ser superior a la de la ley. Si el gobierno de una comunidad ha obligado al fabricante de motores de automóvil defectuosos a pagar daños y perjuicios a una mujer que resultó herida a causa del defecto, entonces ese hecho histórico debe ofrecer, por lo menos, alguna razón para que el mismo gobierno exija a un contratista que ha causado perjuicio económico por el mal trabajo de sus empleados que compense la pérdida resultante. Podemos poner a prueba el peso de esa razón, no preguntándonos si el lenguaje de la decisión anterior, adecuadamente interpretado, exige que el contratista pague daños y perjuicios, sino planteándonos una cuestión diferente: si es equitativo que el gobierno, tras haber intervenido en el primer caso en la forma en que lo hizo, rehúse su ayuda en el segundo.

Hércules llegará a la conclusión de que esta doctrina de la equidad ofrece la única justificación adecuada de la práctica del precedente como tal. Sacará también ciertas conclusiones ulteriores respecto de sus propias responsabilidades cuando decide casos difíciles. De ellas, la más importante es que debe limitar la fuerza gravitacional de las decisiones anteriores a la extensión de los argumentos de principio necesarios para justificar aquellas decisiones. Si se considerase que una decisión anterior estaba totalmente justificada por algún argumento político, esa decisión no tendría fuerza gravitacional. Su valor como precedente quedaría limitado a su fuerza de ley, es decir, a nuevos casos abarcados por algunas palabras particulares de la opinión. La fuerza distributiva de un objetivo colectivo, como señalamos antes, es cuestión de hechos contingentes y de estrategia legislativa general. Si el gobierno intervino en beneficio de la señora MacPherson, no porque ella tuviera derecho alguno a tal intervención, sino solamente porque una estrategia prudente hacía pensar en ese medio de alcanzar un objetivo colectivo tal como la eficiencia económica, no puede haber un argumento de equidad efectivo [por el cual] deba, por ende, intervenir en favor del demandante en el caso de *Spartan Steel*.

Para entender el porqué de esto debemos recordar las escasas exigencias que planteamos a los órganos legislativos en nombre de la coherencia, si sus decisiones han sido generadas por argumentos de oportunidad.²⁷ Supongamos que el legislador desea estimular la economía, cosa que podría hacer aproximadamente con la misma eficiencia tanto me-

diente subsidios a la vivienda como aumentando los gastos gubernamentales destinados a la construcción de nuevas carreteras. Las compañías de construcción de carreteras no tienen derecho a que los legisladores opten por la construcción de carreteras; si lo hacen, entonces las firmas constructoras de viviendas no tienen derecho, en virtud de ningún principio de coherencia, a que el poder legislativo vote también subsidios a la vivienda; puede decidir que el programa de construcción de carreteras ya ha proporcionado suficiente estímulo a la economía, y que no se necesitan nuevos programas. Puede decidirlo, incluso, aunque ahora crea que un subsidio a la vivienda habría sido, en primer lugar, la decisión más eficiente. Hasta podría, también, conceder que la economía necesita más estímulo, pero que desea esperar a tener más pruebas —quizá pruebas del éxito del programa de carreteras— para ver si los subsidios ofrecen un estímulo eficaz. Incluso podría decir que no quiere, en ese momento, dedicar más tiempo y energía a la política económica. Es posible que haya algún límite a la arbitrariedad de las distinciones que puede establecer el poder legislativo en la persecución de los objetivos colectivos. Aun cuando pueda ser eficiente construir todos los astilleros al sur de California, podría considerarse que hacerlo así es injusto, y además políticamente imprudente. Pero estas exigencias débiles, que prohíben distribuciones burdamente injustas, son claramente compatibles con conceder a un grupo un incremento de beneficios de magnitud apreciable, que a otros se les restringe.

No puede haber, por consiguiente, un argumento general de equidad por el cual un gobierno que en una ocasión sirve de cierta manera a un objetivo colectivo deba servirlo de esa manera, ni siquiera servir al mismo objetivo, toda vez que aparece una oportunidad paralela. No me refiero simplemente a que el gobierno puede cambiar de opinión y lamentar su decisión anterior, ya sea en cuanto al objetivo o en cuanto a los medios. Lo que quiero decir es que un gobierno responsable puede servir a diferentes objetivos de manera ocasional y fragmentaria; es decir que, aun cuando no deplora una norma destinada a servir a un determinado objetivo, sino que siga imponiéndola, puede rechazar otras que servirían también al mismo objetivo. Podría, por ejemplo, establecer por ley que los fabricantes son responsables de los daños derivados de defectos en sus coches, y sin embargo negarse a legislar la misma norma para los fabri-

cantes de lavadoras, por no hablar de los contratistas que causan daños económicos como en el caso de *Spartan Steel*. Por supuesto que el gobierno debe ser racional y equitativo; debe tomar decisiones que sirven globalmente a un conjunto justificable de objetivos colectivos, y respetar, sin embargo, cualesquiera derechos que tengan los ciudadanos. Pero esta exigencia general no serviría de fundamento a algo como la fuerza gravitacional que efectivamente se suponía en la decisión judicial favorable a la señora MacPherson.

De manera que cuando define la fuerza gravitacional de un precedente, Hércules debe tener en cuenta solamente los argumentos de principio que justifican tal precedente. Si la decisión en favor de la señora MacPherson supone que la demandante tiene derecho a daños y perjuicios, y no simplemente que una norma que la favorece promueve algún objetivo colectivo, entonces el argumento de la equidad, sobre el cual se apoya la práctica del precedente, es válido. De ello no se sigue, por cierto, que cualquiera, lesionado de cualquier manera por la negligencia de un tercero, deba tener el mismo derecho concreto a una indemnización que tiene ella. Puede ser que en este último caso haya derechos concurrentes que exijan un compromiso que el caso de ella no requiera. Pero bien podría inferirse que en el último caso el demandante tiene el mismo derecho abstracto, y si así sucede, se necesitará entonces algún argumento especial que cite los derechos concurrentes para demostrar que una decisión en contrario en el último caso sería justa.

2. *Un entramado complejo.* — La primera conclusión a que llegó Hércules —que la fuerza gravitacional de un precedente se define por los argumentos de principio que le sirven de base— sugiere una segunda conclusión. Dado que en su comunidad la práctica judicial da por sentado que los casos anteriores tienen una fuerza gravitacional *general*, Hércules sólo puede justificar dicha práctica suponiendo que en su comunidad la tesis de los derechos es válida. Nunca se considera como argumento satisfactorio contra la fuerza gravitacional de un precedente el hecho de que el objetivo al cual servía esté ya suficientemente servido, o de que actualmente los tribunales harían mejor en ocuparse de servir a algún otro objetivo que ha estado relativamente descuidado, para quizá volver en alguna otra ocasión al objetivo que el precedente servía. Las prácticas de precedente no dan por supuesto que se pueda servir de esta manera fragmentaria

a las *razones de derecho* que recomiendan las decisiones judiciales. Si se reconoce que un determinado precedente está justificado por una razón determinada; si esa razón recomendaría también un resultado determinado en el caso sometido al tribunal; si no ha habido retractación de la decisión anterior, o si ésta no ha dado, de alguna otra manera, motivo de crítica institucional, entonces, en el caso posterior se debe llegar a esa misma decisión.

Hércules debe suponer que en su comunidad se sobreentiende, aunque tal vez no se lo reconozca explícitamente, que se han de considerar las decisiones judiciales como justificadas por argumentos de principio y no por argumentos de oportunidad. Advierte ahora que el concepto ordinario que usan los jueces para explicar su razonamiento a partir del precedente —el concepto de ciertos principios subyacentes o incorporados en el derecho consuetudinario—, no es otra cosa que una enunciación metafórica de la tesis de los derechos. En lo sucesivo, puede usar ese concepto en sus decisiones referentes a casos difíciles de derecho consuetudinario, ya que le ofrece un criterio general para decidir esos casos, que se asemeja al concepto que tiene el árbitro de ajedrez del carácter de una partida, y a su propio concepto de la intención de la ley. Le ofrece un interrogante —¿qué conjunto de principios justifica mejor los precedentes?— que tiende un puente entre la justificación general de la práctica del precedente, que es la equidad, y su propia decisión respecto de lo que exige esa justificación general en un caso difícil determinado.

Ahora, Hércules debe especificar su concepto de los principios que están en la base del derecho consuetudinario, asignando a cada uno de los precedentes que vienen al caso algún esquema de principios que justifique la decisión de ese precedente. Descubrirá ahora una nueva e importante diferencia entre este concepto y el concepto de la intención de la ley, que usó en la interpretación legislativa. En el caso de las leyes, se vio ante la necesidad de escoger alguna teoría sobre la intención de la ley en cuestión, y de atender a otros actos de la legislatura sólo en la medida en que pudieran ayudarle a elegir entre teorías que se adecuaban más o menos igualmente bien a la ley. Pero si la fuerza gravitacional del precedente se basa en la idea de que la equidad exige la imposición congruente de los derechos, entonces Hércules debe descubrir principios que no solamente se adecuen al precedente particular al cual le obliga a prestar atención al-

gún litigante, sino a todas las otras decisiones judiciales que caen dentro de su jurisdicción general; e incluso también a las leyes, en la medida en que se las ha de ver como generadas por principios, más bien que por directrices políticas. Su deber de mostrar que su decisión es congruente con principios establecidos —y por ende, justa— no se cumple si los principios que cita como establecidos son incoherentes con otras decisiones que también se propone confirmar su tribunal.

Supongamos, por ejemplo, que Hércules puede justificar la decisión de Cardozo en favor de la señora MacPherson citando algún principio abstracto de igualdad, que sostuviera que toda vez que ocurre un accidente quien debe soportar la pérdida es la más rica de las diversas personas cuyos actos puedan haber contribuido a causarlo. Sin embargo, no puede demostrar que un principio tal haya sido respetado en otros casos de accidentes, e incluso si pudiera, que haya sido respetado en otras ramas del derecho, como la contratación, en la que un principio así también tendría enorme influencia en caso de ser reconocido. Si decide en contra de un futuro demandante por accidente que hubiera de ser más rico que el acusado, apelando a ese supuesto derecho de igualdad, aquel demandante podría verdaderamente quejarse de que la decisión es tan incoherente con el comportamiento del gobierno en otros casos como si se hubiera ignorado el propio caso *MacPherson*. Es posible que el derecho no sea un sistema sin lagunas; pero el demandante tiene derecho a pedir que Hércules lo trate como si lo fuera.

Ya verá ahora el lector por qué he llamado Hércules a nuestro juez. Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario y, en cuanto también han de estas justificadas por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas. Podemos hacernos cargo de la magnitud de la empresa si, dentro del vasto material de decisiones jurídicas que Hércules debe justificar, distinguimos un ordenamiento vertical y otro horizontal. El ordenamiento vertical depende de la distinción de estratos de autoridad; esto es, de estratos en los cuales se puede suponer que se toman decisiones que controlan otras decisiones tomadas en los niveles inferiores. En los Estados Unidos es manifiesto el carácter general jerarquizado de este ordenamiento. La estructura constitucional ocupa el nivel más alto, las decisiones de la Suprema Corte

y quizá de otros tribunales que interpretan esa estructura el siguiente, las promulgaciones de los diversos cuerpos legislativos el que le sigue, y por debajo de éste están las decisiones de los diversos tribunales que formulan los diferentes niveles del derecho consuetudinario. En cada uno de esos niveles, Hércules debe disponer la justificación de principio de manera tal que sea coherente con los principios de los que se espera la justificación de los niveles superiores. El ordenamiento horizontal requiere, simplemente, que los principios a que se recurre para justificar una decisión en un nivel deben también ser congruentes con la justificación ofrecida para otras decisiones de ese mismo nivel.

Supongamos que Hércules, sacando partido de sus excepcionales habilidades, se propusiera elaborar por adelantado todo este esquema, de tal manera que estuviera en condiciones de responder a los litigantes con toda una teoría del derecho, en caso de que tal cosa fuera necesaria para justificar alguna decisión en particular. Por respeto a la jerarquía del ordenamiento, empezaría por explicitar y refinar la teoría constitucional que ya he usado. Su teoría constitucional sería más o menos diferente de la que presentaría un juez diferente, porque una teoría constitucional requiere juicios sobre problemas complejos de adecuación institucional, como también juicios éticos y de filosofía política, y los juicios de Hércules han de diferir, inevitablemente, de los que emitirían otros jueces. Estas diferencias en un alto nivel jerárquico del ordenamiento ejercerán considerable fuerza sobre el esquema que propondría cada juez en los niveles inferiores. Hércules podría pensar, por ejemplo, que ciertas restricciones constitucionales sustantivas al poder legislativo se justifican mejor si se postula un derecho abstracto a la intimidad en contra del estado, porque cree que un derecho tal es consecuencia del derecho a la libertad, más abstracto aún, que garantiza la constitución. En tal caso, consideraría una incoherencia el hecho de que la ley de agravios no reconozca paralelamente, en alguna forma concreta, un derecho abstracto a la intimidad frente a sus conciudadanos. Si otro juez no compartiera sus creencias referentes a la relación entre intimidad y libertad, y por ende no considerase convincente su interpretación constitucional, ese juez estaría también en desacuerdo respecto de la adecuada presentación del recurso.

De manera que la influencia de los juicios del propio Hércules sería de vasto alcance, aun cuando algunos de ellos

fueran discutibles. Pero no entrarían en sus cálculos de manera tal que las diferentes partes de la teoría que él construya puedan ser atribuidas más bien a sus convicciones independientes que al cuerpo jurídico que debe justificar. Hércules no seguirá aquellas teorías clásicas de la adjudicación que ya he mencionado, que suponen que un juez sigue las leyes o precedentes mientras mantienen una dirección clara, y que cuando la pierden queda en libertad de actuar por su cuenta. La suya es más bien una teoría sobre lo que requiere la ley o el precedente mismo, y, aunque naturalmente en la formulación de ese juicio se reflejarán sus propias convicciones intelectuales y filosóficas, se trata de una cuestión muy diferente de suponer que dichas convicciones tienen alguna fuerza independiente en su argumentación por el solo hecho de ser suyas.²⁸

3. *Los errores.* — No intentaré hacer una presentación más detallada de la teoría del derecho de Hércules. Quiero mencionar, sin embargo, dos de los problemas que deberá tratar. En primer lugar, debe decidir cuánto peso debe asignar, al construir un esquema de justificación para un conjunto de precedentes, a los argumentos que los jueces que decidieron esos casos relacionaron con sus decisiones. No siempre encontrará en esas opiniones alguna proposición lo suficientemente precisa como para que le sirva a manera de ley que él pueda entonces interpretar. Pero las opiniones incluirán siempre una prueba, en la forma de proposiciones que, según el juez entiende, recomiendan su decisión. Hércules decidirá asignar a tales proposiciones sólo un lugar inicial o *prima facie* en su esquema de justificación. El propósito de ese esquema es satisfacer la exigencia de que el gobierno debe extender a todos, los derechos que supone que algunos tienen. Se puede suponer que el hecho de que un funcionario del gobierno ofrezca cierto principio como fundamento de su decisión establece, *prima facie*, que el gobierno confía hasta ese punto en ese principio.

Pero la principal fuerza del argumento subyacente de equidad apunta hacia el futuro, no hacia el pasado. La fuerza gravitacional del caso de la señora MacPherson no depende simplemente del hecho de que ella fuera indemnizada por su Buick, sino también del hecho de que el propósito del gobierno fue permitir que en lo sucesivo, otros que se encontraran en la misma situación también fueran indemnizados. Si los tribunales propusieran denegar la decisión, en el caso

de *Spartan Steel* no perdura, en favor del demandante, ningún argumento sustancial de equidad que determine la decisión del caso. Por consiguiente, si para justificar a *MacPherson* se puede encontrar otro principio, diferente del que citó Cardozo, y si ese otro principio justifica además una parte de los precedentes mejor que el de Cardozo, o si es además mejor que los argumentos invocados para justificar decisiones de un nivel superior en el ordenamiento jerárquico, entonces el nuevo principio es un fundamento mejor para decisiones ulteriores. Por supuesto que este argumento para no copiar el principio de Cardozo es innecesario si el nuevo principio es más abstracto, y si se puede considerar que el principio de Cardozo no es más que una forma concreta de ese principio más abstracto. En ese caso, más que rechazarla, Hércules incorpora la explicación que da Cardozo de su decisión. En realidad, exactamente de esa manera usó Cardozo la opinión de un caso anterior en el cual se apoyó, el de *Thomas v. Winchester*.²⁹ Es posible, sin embargo, que el nuevo principio inicie una línea diferente, de modo que justifique un precedente o una serie de precedentes sobre bases distintas de las que proponen sus opiniones. El famoso argumento de Brandeis y Warren sobre el derecho a la intimidad³⁰ lo ejemplifica de manera impresionante: ambos letrados sostuvieron que ese derecho subjetivo no era desconocido por el derecho objetivo sino que, por el contrario, su reconocimiento quedaba demostrado por una amplia variedad de decisiones, pese al hecho de que los jueces que habían decidido esos casos no lo mencionaran explícitamente. Puede ser que su argumento, concebido de esa manera, no haya tenido éxito y que, puesto en lugar de ellos, Hércules hubiera llegado a un resultado diferente. Sin embargo, la teoría de Hércules muestra por qué el argumento de Brandeis y Warren —que en ocasiones se toma como una especie de fraude ingenioso— tenía por lo menos sensatez en sus aspiraciones.

Hércules debe plantearse también otro problema, diferente y más complicado. Por poco compleja que sea la historia de su tribunal, en la práctica se encontrará con que la exigencia de congruencia total que él ha aceptado resultará demasiado fuerte, a menos que la matice un poco más para incluir la idea de que, al aplicar esta exigencia, se puede dejar a un lado como errónea alguna parte de la historia institucional. Porque, incluso con su soberbia imaginación, será incapaz de hallar un solo conjunto de principios que

reconcilie todas las leyes y precedentes que hay. Cosa nada sorprendente: no todos los legisladores y jueces del pasado tenían la capacidad ni la penetración de Hércules, ni tampoco eran hombres y mujeres de la misma ideología y opinión. Es claro que cualquier conjunto de leyes y decisiones puede ser explicado histórica, psicológica o sociológicamente; pero la coherencia exige una justificación, no una explicación, y la justificación debe ser plausible y no ficticia. Si alguien construye una justificación que establece distinciones arbitrarias y recurre a principios que no son convincentes, eso no puede contar en modo alguno como justificación.

Supongamos que en la jurisdicción de Hércules, la ley de accidentes por negligencia ha evolucionado de la siguiente manera, simplificada e imaginaria. Comienza con decisiones específicas de derecho consuetudinario, que reconocen el derecho a cobrar daños y perjuicios por lesiones corporales causadas por instrumentos muy peligrosos y de fabricación defectuosa. Después, esos casos son reinterpretados mediante alguna decisión que marca un hito —así sucedió en el caso *MacPherson*—, como justificados en virtud del derecho mismo, muy abstracto, de toda persona a la razonable atención y cuidado de otros cuyas acciones pudieran lesionarla en su persona o en su propiedad. El principio, entonces, se amplía y se reduce a la vez, de diferentes maneras. Los tribunales deciden, por ejemplo, que no existe ningún derecho concreto contra un contable que se ha mostrado negligente en la preparación de informes financieros. Deciden también que en ciertos casos, por ejemplo, en un formulario estándar de contrato de compra-venta de automóviles, no se puede renunciar al derecho. El legislador agrega una ley que estipula que, en ciertos casos de accidente laboral, se autorizarán indemnizaciones a menos que el acusado pruebe que el único culpable era el demandante. Pero también estipula que en otros casos, por ejemplo en los accidente aéreos, la indemnización se limitará a una cantidad máxima estipulada, que podría ser mucho menor que la pérdida real; y agrega después que el pasajero de un automóvil no puede procesar a su conductor aun cuando éste conduzca con negligencia y el pasajero resulte herido. Con estos antecedentes, suponemos ahora que a Hércules lo llaman para decidir el caso *Spartan Steel*.

¿Puede encontrar un conjunto coherente de principios que justifiquen esta historia tal como lo requiere la equidad? Podría ensayar con la proposición de que los individuos no

tienen derecho a indemnización por daños y perjuicios a menos que el daño infligido haya sido intencional. Sostendría que sólo se les permite cobrar indemnización por negligencia por razones de oportunidad, no en reconocimiento de ningún derecho abstracto a tal indemnización, y citaría las leyes que limitan la responsabilidad para proteger a las compañías aéreas y de seguros, así como los casos que excluyen la responsabilidad de los contables, como prueba de que se rechaza la demanda de daños y perjuicios cuando la directriz política va en sentido contrario. Pero debe aceptar que este análisis de la historia institucional es incompatible con las decisiones del derecho consuetudinario, especialmente con la decisión histórica que reconoció el derecho general a indemnización en casos de negligencia. No puede decir, de manera compatible con el resto de su teoría, que sea posible justificar estas mismas decisiones por razones políticas, si —en virtud de la tesis de los derechos— sostiene que los tribunales sólo pueden extender la responsabilidad en respuesta a argumentos de principio, no a argumentos políticos. Debe, pues, dejar de lado estas decisiones por erróneas.

Podría intentar otra estrategia: proponer algún principio de acuerdo con el cual los individuos tienen derecho a percibir daños y perjuicios en las circunstancias exactas de los casos particulares que dieron lugar a las decisiones, pero que no tienen un derecho general a tales indemnizaciones. Podría conceder, por ejemplo, que un principio jurídico garantiza el derecho a indemnización por daños sufridos en el interior de un vehículo de propiedad del demandante, pero rechazar un principio que se extendiera a otros daños. Pero aunque pudiera recortar de esa manera su justificación de la historia institucional para adecuarla exactamente a dicha historia, se daría cuenta de que esa justificación descansa sobre distinciones que son arbitrarias. En su teoría política no puede encontrar lugar para una distinción que concede un derecho abstracto si alguien resulta herido mientras conduce su propio coche, pero se lo niega si va como pasajero o si resulta herido en un avión. Ha establecido una serie de argumentos que no pueden mantenerse como justificación coherente de nada.

Podría, por lo tanto, conceder que no encuentra sentido alguno en la historia institucional, a no ser suponiendo algún derecho general y abstracto a la indemnización en caso de negligencia; pero podría argumentar que se trata de un derecho relativamente débil que, por ende, cederá ante considera-

ciones políticas de fuerza relativamente secundaria. Citará las leyes limitadoras, y casos que apoyen su punto de vista de que es un derecho débil. Pero se verá entonces frente a una dificultad si, aun cuando la ley que limita la responsabilidad en los accidentes aéreos no haya sido revocada, las líneas aéreas son ya suficientemente seguras, y los mecanismos de seguros de que éstas disponen lo bastante eficientes y baratos, como para que el hecho de no revocar la ley sólo pueda ser justificado admitiendo que el derecho abstracto es tan débil que bastan para derrotarlo argumentos de oportunidad relativamente endebles. Si Hércules admite que ese derecho es tan débil, entonces no puede justificar las diversas decisiones del derecho consuetudinario en las cuales éste se apoya, como derecho concreto, contra argumentos de oportunidad mucho más fuertes, como los que pueden esgrimir actualmente las líneas aéreas. Entonces, debe optar por considerar que ha habido una equivocación, sea ésta el no haber revocado la ley de limitación de responsabilidad por accidentes en las líneas aéreas, o bien las decisiones del derecho consuetudinario que asignan mucho más valor a ese derecho.

En todo caso, por consiguiente, Hércules debe ampliar su teoría para incluir la idea de que una justificación de la historia institucional puede presentar alguna parte de esa historia como inadecuada. Pero no puede hacer un uso descarado de tal recurso, porque si fuera libre de considerar inadecuado cualquier pasaje incompatible de la historia institucional, entonces la exigencia de coherencia no sería en modo alguno una exigencia auténtica. Hércules debe llegar a una teoría de los errores institucionales, y esa teoría debe tener dos partes. Debe demostrar las consecuencias, para ulteriores argumentos, de considerar inadecuado algún evento institucional; y debe limitar el número y el carácter de los eventos de los que se puede prescindir de esa manera.

Para construir la primera parte de su teoría de los errores, Hércules se valdrá de dos conjuntos de distinciones. Distinguirá primero entre la autoridad específica de cualquier evento institucional, que es su poder, en cuanto acto institucional, para efectuar precisamente las consecuencias institucionales específicas que describe, y su fuerza gravitacional. Si clasifica algún evento como un error, no niega su autoridad específica, pero sí su fuerza gravitacional, y no puede apelar coherentemente a dicha fuerza en otras argumentaciones. Distinguirá también los errores engastados de los que son corregibles; errores engastados son aquellos cuya autori-

dad específica está fijada de tal manera que sobrevive a su pérdida de fuerza gravitacional; errores corregibles son aquellos cuya autoridad específica depende de la fuerza gravitacional de tal manera que el error no puede sobrevivir a su pérdida.

El nivel constitucional de su teoría determinará cuáles son los errores engastados. Su teoría de la supremacía legislativa, por ejemplo, asegurará que cualquier ley que él considere inadecuada perderá su fuerza gravitacional, pero no su autoridad específica. Si Hércules niega la fuerza gravitacional de la ley de limitación de la responsabilidad de las líneas aéreas, la ley no queda por ello revocada; el error es engastado, de manera que la autoridad específica sobrevive. Hércules debe seguir respetando las limitaciones que la ley impone a la responsabilidad, pero no la usará como argumento en favor de un derecho más débil en algún otro caso. Si acepta alguna doctrina estricta del precedente, y describe como errónea alguna decisión judicial, tal como la que niega el derecho de responsabilidad por negligencia de los contables, entonces la doctrina estricta puede preservar la autoridad específica de tal decisión, que podría estar limitada a su fuerza de ley, pero la decisión perderá su fuerza gravitacional; se convertirá, en palabras del juez Frankfurter, en algún resto o desecho jurídico no especificado.

Esto es bastante simple, pero Hércules tendrá mayores dificultades con la segunda parte de su teoría de los errores. En virtud de la justificación que ha adscrito a la práctica general del precedente, se le exige que componga una justificación más detallada, que tome la forma de un esquema de principio, para la totalidad de las leyes y decisiones de derecho consuetudinario. Pero una justificación que considera errónea una parte de lo que ha de ser justificado es, *prima facie*, más débil que otra que no lo haga. La segunda parte de su teoría de los errores debe demostrar que es, no obstante, una justificación más fuerte que cualquier alternativa que no reconozca error alguno o que reconozca un conjunto diferente de errores. Esa demostración no puede ser deducida a partir de simples reglas de construcción teórica, pero si Hércules tiene presente la relación que estableció antes entre precedente y equidad, esa relación le sugerirá dos orientaciones para su teoría de los errores. En primer lugar, la equidad incide sobre la historia institucional no en cuanto historia, simplemente, sino en cuanto un programa político que el gobierno se proponía continuar en

el futuro; es decir, que atiende a las implicaciones futuras del precedente, no a las pasadas. Si Hércules descubre que alguna decisión previa, ya sea una ley o una decisión judicial, es actualmente muy criticada dentro de la rama pertinente de la profesión, ese hecho, por sí solo, caracteriza a esa decisión como vulnerable. En segundo lugar, debe recordar que el argumento de equidad que exige coherencia no es el único argumento de equidad al cual debe responder el gobierno en general, o los jueces en particular. Si, completamente aparte de cualquier argumento de coherencia, Hércules cree que una determinada ley o una decisión determinada era errónea porque no era equitativa, dentro del concepto de equidad que es propio de la comunidad, esa creencia es suficiente para caracterizar la decisión como vulnerable. Por supuesto, debe aplicar las orientaciones teniendo en cuenta la estructura jerárquica de su justificación general, de manera que las decisiones tomadas en los niveles inferiores estén subordinadas a las pertenecientes a niveles superiores.

Por consiguiente, Hércules aplicará por lo menos dos máximas en la segunda parte de su teoría de los errores. Si, ya sea mediante argumentos de historia o apelando a algún sentido de la comunidad jurídica, puede demostrar que un principio determinado, aun cuando haya tenido en su momento el atractivo suficiente para persuadir al legislador o a un tribunal de que tomase una decisión jurídica, actualmente tiene tan poca fuerza que es improbable que siga generando tales decisiones, entonces el argumento de equidad en que se apoya ese principio está socavado. Si, mediante argumentos de moralidad política, puede demostrar que tal principio, aparte su popularidad, es injusto, entonces el argumento de equidad en que el principio se apoya queda invalidado. A Hércules le encantará descubrir que estas discriminaciones son ampliamente conocidas en la práctica de otros jueces. La importancia jurisprudencial de su carrera no reside en la novedad, sino precisamente en la familiaridad de la teoría de los casos difíciles que acaba de crear.

6. OBJECIONES POLÍTICAS

La tesis de los derechos tiene dos aspectos. Su aspecto descriptivo explica la estructura actual de la institución de la adjudicación. El normativo ofrece una justificación política

de dicha estructura. La historia de Hércules demuestra de qué manera la práctica judicial ordinaria puede haberse desarrollado a partir de una aceptación general de la tesis. Esto clarifica de inmediato la tesis al demostrar con cierto detalle sus implicaciones, y ofrece un argumento poderoso, aunque poco usual, en favor de su aspecto descriptivo. Pero la historia proporciona también un nuevo argumento político en defensa de su aspecto normativo. Hércules dio comienzo a sus especulaciones con la intención no simplemente de reproducir lo que hacen otros jueces, sino de hacer respetar los auténticos derechos institucionales de quienes llegan a su tribunal. Si es capaz de alcanzar decisiones que satisfagan nuestro sentido de la justicia, eso es un argumento en favor del valor político de la tesis.

Sin embargo, ahora se puede decir, a manera de refutación, que ciertos rasgos de la historia de Hércules van en contra el aspecto normativo de la tesis. En la parte introductoria de este capítulo, mencioné una objeción corriente al poder normativo del juez: es el argumento democrático según el cual los legisladores electos reúnen calificaciones superiores para tomar decisiones políticas. Dije que este argumento es débil en el caso de las decisiones de principio, pero el relato de Hércules puede dar pie a nuevas dudas al respecto. Su historia pone en claro que muchas de las decisiones de Hércules referentes a derechos legales dependen de juicios de teoría política que podrían ser formulados de diferente manera por diferentes jueces, o por el público en general. A los fines de esta objeción, no importa que se trate de una decisión de principio más que de política. Lo único que importa es que sea una decisión de convicción política, respecto de la cual haya desacuerdo entre hombres razonables. Si Hércules decide los casos sobre la base de tales juicios, decide sobre la base de sus propias convicciones y preferencias, cosa que parece injusta, contraria a la democracia y ofensiva para los principios del derecho.

Tal es la forma general de la objeción que he de considerar en esta última sección, pero primero es menester clarificarla en un importante aspecto. La objeción acusa a Hércules de confiar en sus propias convicciones en asuntos de moralidad política. El cargo es ambiguo, porque hay dos maneras en que un funcionario podría confiar en sus propias opiniones para tomar una decisión así. Una de ellas, en un juez, es censurable, pero la otra es inevitable.

En ocasiones, como razón de su decisión, un funcionario

señala el hecho de que alguna persona o algún grupo sostiene una creencia u opinión determinada. Para votar en favor de una ley anti-aborto, un legislador podría señalar el hecho de que sus electores creen que abortar es incorrecto. Se trata de una forma de apelación a la autoridad: el funcionario que así apela no justifica personalmente lo sustancial de la creencia a la cual apela, ni considera parte de su argumento la rectitud de la creencia. Podríamos imaginar un juez que apelase, precisamente de la misma manera, al hecho de que *él* tiene una preferencia política determinada. Podría ser filosóficamente escéptico en cuestiones de moralidad política. Podría decir que, en cuestiones tales, la opinión de un hombre no vale más que la de otro, porque ninguno tiene una actitud objetiva, pero que como casualmente él está en favor del aborto, sostendrá que una ley que vaya contra el aborto es inconstitucional.

Ese juez confía en que el hecho descarnado de que él mismo sostiene una opinión política determinada constituye, en sí, una justificación de su decisión. Pero un juez puede confiar en su propia creencia en un sentido diferente: el de confiar en la verdad o en la solidez de tal creencia. Supongamos que cree, por ejemplo, que la cláusula constitucional del *proceso debido* invalida, como cuestión de derecho, cualquier restricción de una libertad fundamental, y que las leyes que se oponen al aborto restringen una libertad fundamental. Podría confiar en la solidez de tales convicciones, y no en el hecho de que, a diferencia de otros, él mismo las sostenga. Un juez no tiene que confiar de esta manera en la solidez de ninguna creencia *determinada*. Supongamos que la mayoría de sus colegas, o los editores de alguna destacada publicación jurídica, o la mayoría de la comunidad, según se ha pronunciado en algún referéndum, tenga un punto de vista contrario respecto del aborto. El juez puede decidir que su deber es inclinarse ante lo que ellos juzgan que la Constitución requiere, pese a que él mismo piense que una opinión así no es sólida. Pero en ese caso, el juez confía en la solidez de su propia convicción de que su deber institucional es inclinarse ante el juicio de otros en este asunto. Es decir que en algún momento debe confiar en la sustancia de su propio juicio, simplemente para poder emitir algún juicio.

Hércules no confía en sus propias convicciones de la primera de esas dos maneras. No considera que el hecho de que él acierte a estar, por ejemplo, en favor de una concepción determinada de la libertad religiosa, constituya un argumen-

to en favor de una decisión que respalde esa concepción. Si la objeción que estamos considerando viene al caso, por lo tanto, debe ser una objeción al hecho de que confíe en sus propias convicciones en el segundo sentido. Pero en ese caso, la objeción no puede ser una objeción general que abarque su confianza en todas sus convicciones, porque es inevitable que tenga que confiar en algunas. Es, más bien, una objeción a su confianza en la solidez de ciertas convicciones suyas; argumenta que debe inclinarse ante otros en ciertos juicios, aunque él mismo piense que el juicio de ellos está equivocado.

Sin embargo, es difícil ver *cuáles* son, de entre sus juicios, aquellos que la objeción supone que debe delegar en otros. No nos encontraríamos con un problema semejante si, en vez de rechazarla, Hércules hubiera aceptado una teoría ordinaria de la adjudicación. La jurisprudencia clásica supone, como ya dije, que los jueces deciden los casos en dos etapas: encuentran el límite de lo que exige el derecho explícito, y después ejercitan una discreción independiente para legislar sobre problemas que el derecho no abarca. En los casos de aborto recientes,³¹ de acuerdo con esta teoría, los jueces de la Suprema Corte determinaron primero que el lenguaje de la cláusula del proceso debido y de las decisiones previas de la Suprema Corte no dictaba una decisión en ningún sentido. Entonces, dejaron de lado la Constitución y los casos para decidir si, en opinión de ellos, es fundamentalmente injusto que un estado proscriba el aborto en el primer trimestre de embarazo.

Imaginemos otro juez, a quien llamaremos Herbert, que acepte esta teoría de la adjudicación y se proponga seguirla en sus decisiones. Herbert podría creer, al mismo tiempo, que las mujeres tienen el derecho básico de abortar, y que la mayoría de los ciudadanos piensan de otra manera. La presente objeción argumenta que debe resolver el conflicto en favor de la democracia, de modo que cuando ejercite su discreción para decidir sobre los casos de aborto, debe decidir en favor de las leyes que lo prohíben. Herbert podría estar de acuerdo, y en ese caso diríamos que ha dejado de lado su moralidad en favor de la moralidad popular. Decirlo así es, de hecho, una forma ligeramente engañosa de formular la cuestión. Su propia moralidad determinó que el hecho de que la gente sostuviera un punto de vista determinado fuese decisivo; no renunció a su propia moralidad para favorecer el contenido de su punto de vista. Por otra parte, Herbert

podría estar en desacuerdo. Podría creer que los derechos básicos en general, o ese derecho en particular, deben prevalecer contra la opinión popular incluso en la legislatura, de modo que, cuando ejerce la discreción legislativa, él tiene el deber de declarar inconstitucionales las leyes que vulneran los derechos fundamentales. En ese caso, la crítica sostendría que su teoría política no asigna el peso suficiente al principio de la democracia.

En todo caso, sin embargo, estos argumentos que parecen hechos a medida para Herbert no sirven como argumentos contra Hércules. Hércules no busca primero los límites del derecho para después completar con sus propias convicciones políticas lo que éste requiere. Se vale de su propio juicio para determinar qué derechos tienen las partes que se presentan ante él, y una vez hecho ese juicio, no queda nada que pueda ser sometido a convicciones, sean las suyas o las del público. La diferencia no es simplemente una diferencia entre maneras de describir la misma cosa: en la sección 4 vimos que un juicio de derecho institucional, lo mismo que el juicio del árbitro ajedrecístico sobre la regla de pérdida de la partida, es muy diferente de un juicio independiente de moralidad política que aprovecha los intersticios característicos de la textura abierta de las normas.

Herbert no consideró si debía o no consultar la moralidad popular mientras no hubo fijado los derechos de las partes. Pero cuando Hércules fija derechos, ya ha tenido en cuenta las tradiciones morales de la comunidad, por lo menos tal y como se hallan expresadas en todo el cuerpo de material institucional que él, por su oficio, debe interpretar. Supongamos que se puedan dar dos justificaciones coherentes a decisiones previas en que la Suprema Corte hizo valer la cláusula del *proceso debido*. Una justificación contiene algún principio de liberalidad extrema, imposible de reconciliar con el derecho penal de la mayoría de los estados, pero en la otra no hay ningún principio así. Hércules no puede recurrir a la primera justificación como licencia para decidir en favor del aborto, aun cuando él mismo sea un liberal extremo. Sus propias convicciones políticas, que favorecen la justificación más liberal de los casos anteriores, deben ceder, porque son incongruentes con las tradiciones populares que han dado forma al derecho penal que su justificación debe explicar también.

Por cierto que en ocasiones las técnicas de Hércules pueden requerir una decisión que se oponga en algún aspecto a

la moralidad popular. Supongamos que no se pueda dar ninguna justificación de los primeros casos constitucionales que no contenga un principio liberal lo suficientemente fuerte como para exigir una decisión en favor del aborto. Entonces, por mucha que sea la fuerza con que la moralidad popular condene el aborto, Hércules debe llegar a esa decisión. En ese caso, no impone sus propias convicciones contra las de la comunidad. Juzga, más bien, que la moralidad comunitaria es incongruente respecto de este problema: su moralidad constitucional, que es la justificación que ha de darse para su constitución tal como la interpretan sus jueces, condena su juicio sobre el problema particular del aborto. Estos conflictos son conocidos en el ámbito de la moralidad individual; si deseamos usar el concepto de una moralidad comunitaria en teoría política, debemos reconocer también los conflictos en el seno de esa moralidad. Por cierto que no se trata de cómo ha de resolverse un conflicto tal. Los individuos tienen derecho a que se hagan respetar de manera coherente los principios en que se basan sus instituciones. Este derecho institucional, tal como lo define la moralidad constitucional de la comunidad, es lo que Hércules debe defender en contra de cualquier opinión incongruente, por más popular que sea.

Estos casos hipotéticos demuestran que la objeción pensada para Herbert es pobre si se la dirige en contra de Hércules. La teoría de la adjudicación de Hércules no estipula en ningún momento elección alguna entre sus propias convicciones políticas y las que él considera convicciones políticas de la comunidad como tal. Por el contrario, su teoría identifica una concepción particular de la moralidad comunitaria como decisiva para los problemas jurídicos; esa concepción sostiene que la moralidad comunitaria es la moralidad política que presuponen las leyes y las instituciones de la comunidad. Por cierto que Hércules debe confiar en su propio juicio para saber cuáles son los principios de dicha moralidad, pero esa forma de confianza es la segunda forma que distinguimos, que en algún nivel es inevitable.

Es perfectamente cierto que en algunos casos la decisión de Hércules en lo que se refiere al contenido de la moralidad comunitaria, y por lo mismo su decisión sobre los derechos jurídicos, serán controvertibles. Tal sucederá toda vez que la historia institucional deba ser justificada apelando a algún concepto político discutido, como la equidad, la libertad o la igualdad, pero no sea lo suficientemente detallada

para que se pueda justificar gracias a una sola de las diferentes concepciones de tal concepto. Como ejemplo de una decisión así presenté antes la decisión de Hércules respecto del caso del transporte escolar gratuito; ahora podemos tomar un ejemplo de más actualidad. Supongamos que los primeros casos de proceso debido sólo pueden ser justificados suponiendo algún derecho importante a la dignidad humana, pero que por sí no impongan decisión en uno u otro sentido sobre el problema de si la dignidad exige el completo control del uso del propio útero. Si Hércules participa en los casos de aborto, debe decidir este problema y, para hacerlo, debe valerse de su propia comprensión de lo que es la dignidad.

Sería ingenuo negar que se trata de una decisión política o que los diferentes jueces, provenientes de diferentes subculturas, tomarían una decisión diferente. Aun así, eso es muy diferente de decidir si, teniendo en cuenta todos los factores, las mujeres tienen un derecho básico de abortar. Hércules podría pensar que la dignidad es un concepto sin importancia; si hubiera de concurrir a una nueva convención constitucional, podría votar por la revocación de la cláusula del *proceso debido*, o por lo menos, porque fuera enmendada de tal manera que no abarcara idea alguna de dignidad. Pese a ello, es capaz de decidir si ese concepto, adecuadamente entendido, abarca el caso del aborto. Hércules está en el mismo caso del árbitro de ajedrez, que detesta la meritocracia, pero sin embargo puede plantearse si la inteligencia incluye la intimidación psicológica.

Por cierto, es necesario que Hércules tenga cierta comprensión del concepto de dignidad, aun cuando lo denigre; y obtendrá tal comprensión si observa de qué manera usan el concepto aquellas personas que lo consideran importante. Si figura en la justificación de una serie de decisiones constitucionales, entonces debe ser un concepto que se destaca en la retórica y los debates políticos de la época. Hércules concretará su sentido del concepto a partir de la vida que éste tiene en tales contextos. Hará todo lo que pueda para entender la atracción que tiene la idea para aquellos a quienes atrae y, en la medida de lo posible, plasmará un concepto que explique esa atracción que ejerce sobre ellos.

Es útil encarar un proceso así como si abarcara dos etapas. Hércules observará, como simple cuestión de comprensión de su lenguaje, cuáles son los casos claros y definidos en que el concepto es válido. Observará, por ejemplo, que si

se piensa que un hombre trata a otro como si fuera su sirviente, aunque en realidad él no sea el empleador del otro, se considerará que ha invadido su dignidad. Después intentará introducirse, hasta donde le sea posible, en el esquema más general de creencias y actitudes de quienes valoran el concepto, y ver con los ojos de ellos esos casos inequívocos. Supongamos, por ejemplo, que crean en alguna doctrina aristotélica de la autorrealización, o que consideren una gran virtud la confianza en sí mismo. Hércules debe organizar alguna teoría general del concepto que explique por qué los que sostienen esa creencia o aceptan esa virtud han de encomiar también la dignidad; si su teoría explica también por qué él, que no acepta la creencia ni la virtud, no alaba la dignidad, esta característica asegurará mejor el éxito de la teoría.

Hércules se valdrá entonces de su teoría de la dignidad para responder a cuestiones que la historia institucional deja abiertas. Es posible que su teoría de la dignidad vincule la dignidad con la independencia, de modo que la dignidad de una persona se vea comprometida toda vez que ésta se vea forzada, contra su voluntad, a dedicar una parte importante de su actividad a los asuntos de otros. En ese caso, es muy posible que respalde la afirmación de que las mujeres tienen la libertad constitucional de abortar, como aspecto de su admitido derecho constitucional a la dignidad.

Ésa es la manera en que Hércules podría interpretar un concepto que él no valora para llegar a una decisión que él personalmente, como cuestión de moralidad básica, rechazaría. Sin embargo, es muy improbable que Hércules se encuentre con frecuencia en esa situación; lo probable es que valore la mayoría de los conceptos que figuran en la justificación de las instituciones de su propia comunidad. En ese caso, su análisis de tales conceptos no presentará el mismo aire engolado de indagación sociológica. Hércules comenzará más bien desde dentro que desde fuera del esquema de valores que aprueba el concepto, y podrá plantearse (mejor que plantearse a algún ser hipotético) cuestiones referentes a la moralidad profunda que da valor al concepto. La nítida distinción entre moralidad básica y moralidad institucional se desvanecerá, no porque la moralidad institucional resulte desplazada por convicciones personales, sino porque las convicciones personales se han convertido en la guía más confiable con que cuenta Hércules para acceder a la moralidad institucional.

De esto no se sigue, por supuesto, que ni siquiera entonces Hércules haya de alcanzar exactamente las mismas conclusiones que alcanzaría cualquier otro juez respecto de casos disputados en los que esté en juego el concepto en cuestión. Por el contrario, actuará como cualquier miembro reflexivo de la comunidad dispuesto a discutir qué es lo que exige en alguna ocasión la equidad, la igualdad o la libertad. Pero ahora vemos que es un error suponer que los ciudadanos reflexivos, en ese tipo de discusiones, se limitan simplemente a oponer sus convicciones personales a las convicciones de otros. Están, también, impugnando diferentes concepciones de un concepto que supuestamente mantienen en común; están debatiendo cuál de las diferentes teorías de ese concepto explica mejor los casos claros o definidos que precisan el concepto. Ese carácter del debate queda oscurecido por el hecho de que valoran efectivamente los conceptos que impugnan y, por consiguiente, razonan más bien intuitiva o introspectivamente que en el estilo más sociológico que podría usar un extraño; pero, en tanto que formulen sus afirmaciones como afirmaciones referentes a conceptos que comparten, esas afirmaciones tendrán la misma estructura que las del extraño. Podemos resumir de la siguiente manera esos puntos importantes: la moralidad comunitaria, en lo referente a estos problemas por lo menos, no es una especie de suma o combinación o función de las afirmaciones concurrentes de sus miembros; es, más bien, lo que cada una de las afirmaciones concurrentes afirma ser. Cuando Hércules confía en su propia concepción de la dignidad, en el segundo sentido de «confiar» que distinguimos, todavía está confiando en su propio sentido de lo que estipula la moralidad comunitaria.

Por consiguiente, está claro que la presente objeción ha de ser reformulada si se la quiere usar como arma en contra de Hércules. Pero no se la puede reformular de manera que se adecue mejor a Hércules sin que pierda su atractivo. Supongamos que decimos que Hércules debe respetar no su propio juicio sobre la moralidad institucional de su comunidad, sino el juicio de la mayoría de los miembros de la comunidad sobre lo que es tal moralidad. A esa recomendación hay dos objeciones aparentes. En primer lugar, no está claro cómo podría descubrir cuál es ese juicio popular. Del hecho de que el hombre de la calle desapruuebe el aborto o apoye la legislación que lo considere criminal, no se sigue que haya considerado si el concepto de dignidad que presu-

pone la Constitución, aplicado de manera congruente, apoya su posición política. Se trata de una cuestión compleja que requiere cierta habilidad dialéctica, y aunque el hombre común pueda exhibir esa habilidad cuando defiende a conciencia su posición, no se ha de dar por sentado que sus preferencias políticas, expresadas en forma casual o en el voto, hayan sido sometidas a esa forma de examen.

Pero, aun cuando Hércules se diera por satisfecho con que el hombre común haya decidido que la dignidad no exige el derecho al aborto, sigue pendiente la cuestión de por qué ha de aceptar como decisiva, en lo referente a este problema, la opinión del hombre común. Supongamos que Hércules piensa que el hombre común se equivoca; es decir, que se equivoca en sus opiniones filosóficas respecto de lo que exigen los conceptos de la comunidad. Si Herbert estuviera en esa posición, tendría buenas razones para respetar los juicios del hombre común. Herbert piensa que cuando las reglas positivas del derecho son vagas o indeterminadas, los litigantes no tienen derecho institucional alguno, de manera que cualquier decisión que él pueda tomar es un elemento de legislación nuevo. Como nada que él decida privará injustamente a las partes de lo que tienen derecho a tener, se puede por lo menos argumentar que, cuando legisla, Herbert debe considerarse como agente de la mayoría. Pero Hércules no puede ver las cosas de esa manera. Él sabe que la cuestión que debe decidir es la cuestión de los derechos institucionales de las partes. Sabe que si su decisión es errónea, como lo sería si se dejara guiar por lo que piensa el hombre común, privará a las partes de algo que tienen derecho a tener. Ni Hércules ni Herbert someterían a una encuesta de opinión pública una cuestión jurídica ordinaria y, puesto que piensa que las partes tienen derechos tanto en los casos difíciles como en los fáciles, Hércules tampoco se sometería a la opinión pública en los casos difíciles.

Por cierto que el juicio que emita cualquier juez respecto de los derechos de las partes puede ser erróneo en los casos difíciles, y —en última instancia— la objeción puede intentar capitalizar ese hecho. Podría conceder, *arguyendo*, que la técnica de Hércules es apropiada para Hércules, alguien que por hipótesis tiene gran penetración moral, pero negaría que la misma técnica fuese apropiada para los jueces en general, que no la tienen. Sin embargo, al evaluar esta distinción hemos de tener cuidado al examinar las alternativas. Cuando los jueces cometen errores respecto de los derechos jurídicos

incurren en injusticia, ya sea que los errores favorezcan al demandante o al acusado. La objeción señala que, en ocasiones, cometerán tales errores, porque son seres falibles y, en todo caso, porque discrepan. Pero naturalmente, aunque —en cuanto críticos sociales— sepamos que se cometerán errores, no sabemos cuándo, porque tampoco nosotros somos Hércules. Debemos auspiciar técnicas de adjudicación de las que quepa esperar que reduzcan globalmente el número de errores, basándose en algún juicio de las capacidades relativas de los hombres y mujeres que podrían ocupar los diferentes roles.

La técnica de Hércules estimula al juez a que formule sus propios juicios sobre los derechos institucionales. Se podría pensar que el argumento que parte de la falibilidad judicial sugiere dos alternativas. La primera sostiene que, puesto que son falibles, los jueces no deben hacer esfuerzo alguno para determinar los derechos institucionales de las partes que se presentan ante ellos, sino que han de decidir los casos difíciles sobre la base exclusiva de la política, o no decidirlos. Pero es una alternativa perversa; sostiene que, como por desdicha los jueces llegarán con frecuencia a decisiones injustas, no han de hacer esfuerzo alguno por alcanzar las justas. La segunda alternativa argumenta que, puesto que son falibles, los jueces deben someter a alguien más las cuestiones de derecho institucional que plantean los casos difíciles. Pero, ¿a quién? No hay razón para atribuir a ningún otro grupo determinado una mejor capacidad para la argumentación moral; o si la hay, entonces lo que hay que cambiar es el proceso de selección de los jueces, no las técnicas para juzgar que se les pide que usen. De manera que esta forma de escepticismo no es en sí misma un argumento en contra de la técnica de adjudicación de Hércules, por más que ciertamente sirva como oportuno recordatorio, para cualquier juez, de que bien puede equivocarse en sus juicios políticos y de que, por ende, ha de decidir con humildad los casos difíciles.

LOS CASOS CONSTITUCIONALES

1

Cuando era candidato a presidente de los Estados Unidos, Richard Nixon prometió que nombraría para la Suprema Corte a hombres que representaran su propia filosofía jurídica, esto es, que fuesen lo que él llamaba «construccionistas estrictos». Sin embargo, los nombramientos que posteriormente hizo y de los cuales habló no fueron en todos los casos ejemplos de esa filosofía jurídica; poco papel desempeñó la jurisprudencia en la evaluación nacional de Haynesworth y Carswell, por no hablar de los casi designados Hershell Friday y Mildred Lilly. Pero el presidente presentó a sus elecciones afortunadas —Lewis Powell y William Rehnquist— como ejemplos de su teoría del derecho, y aprovechó la ocasión para dar explicaciones sobre dicha teoría ante un público televisivo de magnitud nacional. Esos hombres, dijo, habrían de hacer respetar la ley tal como es, sin «retorcerla ni doblarla» para adecuarla a sus propias convicciones personales, cosa de la cual Nixon acusaba al tribunal Warren.

Nixon afirmaba que su oposición a las decisiones de integración racial del tribunal Warren, y a otras decisiones que éste tomaba, no se basaban simplemente en su rechazo, personal o político, de los resultados. Argumentaba que las decisiones violaban los estándares de competencia que debía seguir la Corte. Según su opinión, la Corte estaba usurpando poderes que, de derecho, pertenecen a otras instituciones, entre ellas las diversas legislaturas de los estados cuyo sistema escolar intentaba reformar la Corte. Por cierto que no era el único que sostenía ese punto de vista. Durante cierto tiempo, ha formado parte de las actitudes generales conservadoras la afirmación de que la Suprema Corte se ha excedido en su legítima autoridad. Nixon, Ford y muchos congresistas y representantes han ideado fórmulas para limitar legislativa-

mente la autoridad de la Corte. Nixon, por ejemplo, propuso una ley al Congreso que habría significado la inversión de importantes decisiones, entre ellas la del caso *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, que dio a las cortes federales amplios poderes para regular la conducta en los autobuses como remedio para ciertas formas de segregación *de facto*, y el senador Jackson y otros hicieron campaña, durante algún tiempo, en favor de una enmienda constitucional en el mismo sentido.

No he de ocuparme de la corrección de ninguna de las decisiones controvertibles de la Corte, ni de la prudencia de estos diversos intentos, hasta el momento infructuosos, de poner límites a sus poderes mediante alguna forma de legislación o enmienda. Lo que me interesa es más bien la filosofía de la adjudicación constitucional que creen defender los políticos que se oponen a la Corte. Sostendré que, de hecho, no hay una filosofía coherente a la cual puedan apelar tales políticos. Intentaré también demostrar de qué manera la teoría general de la adjudicación que presenté y defendí en el capítulo 4 sirve de base, si no a las decisiones particulares, a la filosofía constitucional del tribunal Warren.

Nixon ya no es presidente, y sus delitos fueron tan graves que no es probable que nadie se siga preocupando demasiado por los detalles de su filosofía jurídica. Sin embargo, en lo que sigue usaré el nombre «Nixon» para referirme, no a él, sino a cualquier político que sea exponente del conjunto de actitudes respecto de la Suprema Corte que él explicó en sus campañas políticas. Afortunadamente, el Nixon real no fue más que uno, pero en el sentido especial en que yo uso el nombre, hay muchos.

¿Cuál puede ser la base de la oposición de este Nixon «compuesto» a las decisiones discutibles del tribunal Warren? No puede objetar esas decisiones simplemente porque fueran más lejos que leyes anteriores, ni decir que la Suprema Corte no debe cambiar jamás de manera de pensar. De hecho, parece que el propio tribunal Burger se propuso limitar las decisiones liberales del tribunal Warren, como en el caso *Miranda*. A decir verdad, la garantía constitucional de «igual protección de las leyes» no determina de manera inequívoca que las instalaciones escolares «separadas pero iguales» sean inconstitucionales, ni que la segregación fuese tan injusta que se necesitasen medidas heroicas para anular sus efectos. Pero tampoco estipula que, como cuestión de derecho constitucional, la Corte cometa un error si llega a tales

conclusiones. Deja esos problemas librados al juicio de la Corte, y habría legislado igualmente si, por ejemplo, se hubiera negado a sostener la inconstitucionalidad del estatuto de Carolina del Norte. Habría legislado al establecer, como cuestión de precedente, que la cláusula de *igual protección* no llega tan lejos.

De manera que debemos seguir buscando para encontrar una base teórica para la posición de Nixon. Por cierto, es posible que sea ingenuo suponer que Nixon tenga una filosofía jurídica. Es posible que se haya limitado a hilvanar una serie de frases atractivas de la retórica conservadora, o quizás estuviera dejando constancia de su disgusto ante cualquier decisión judicial que dé la impresión de ampliar los derechos de los individuos en contra de la autoridad establecida. Pero después de todo, Nixon es abogado, y en todo caso sus opiniones conservadoras cuentan con el apoyo de muchísimos abogados y de algunos especialistas en derecho muy distinguidos. Por consiguiente, es importante ver hasta qué punto se puede defender esta posición conservadora como cuestión de principio y no simplemente de prejuicio.

2

La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución, y particularmente el «Bill of Rights», está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común. Algunas de esas restricciones constitucionales asumen la forma de normas bastante precisas, como la que exige juicio por jurados en las causas criminales federales, o quizá la que prohíbe al Congreso nacional limitar la libertad de expresión. Pero otras restricciones toman la forma de estándares a los que con frecuencia se considera «vagos», como puede serlo la estipulación de que el gobierno no negará a los hombres el debido proceso jurídico o la igual protección de las leyes.

Esta interferencia con la práctica democrática exige una justificación. Los redactores de la Constitución dieron por sentado que tales restricciones podían ser justificadas ape-

lando a los derechos morales que tienen los individuos contra la mayoría, y de los que se puede decir que están reconocidos y protegidos por las estipulaciones constitucionales, sean éstas «vagas» o precisas.

Los estándares «vagos» fueron elegidos de manera deliberada, por los hombres que los redactaron y los adoptaron, en lugar de las normas más específicas y más limitadas que podrían haber promulgado. Pero su decisión de usar el lenguaje que usaron ha causado muchísimas controversias jurídicas y políticas, porque incluso los hombres razonables de buena voluntad diferirán cuando se trate, por ejemplo, de elaborar los derechos morales que se incorporan al derecho en virtud de la cláusula del *proceso debido* o de la cláusula de *igual protección*. Difieren también cuando tratan de aplicar esos derechos, de cualquier manera que se los defina, a asuntos complejos de administración política, como las prácticas educacionales que eran el tema de los casos de segregación.

Se ha establecido la práctica de referirse, en esas controversias, a una postura «estricta» y una «liberal», de modo que cabría decir que la Suprema Corte ha tomado el partido «liberal» en los casos de segregación, y quienes la critican adoptan la postura «estricta». Cuando se llama un «construccionista estricto», Nixon tiene presente esta distinción. Pero la distinción, de hecho, provoca confusiones, porque reúne dos problemas diferentes que deben ser separados. Se puede considerar que cualquier caso que se presente bajo las garantías constitucionales «vagas» plantea dos cuestiones: 1) ¿Cuál es la decisión que exige una adhesión estricta —es decir, fiel— al texto de la Constitución o a la intención de quienes adoptaron ese texto? 2) ¿Cuál es la decisión que exige una filosofía política que tiene una visión estricta —es decir, estrecha— de los derechos morales que tienen los individuos en contra de la sociedad? Una vez que se distinguen estas cuestiones, es obvio que pueden tener respuestas diferentes. El texto de la Primera Enmienda, por ejemplo, dice que el Congreso no hará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión, pero una visión estrecha de los derechos individuales permitiría muchas leyes de ese tipo, que van desde las leyes sobre difamación y obscenidad a la *Smith Act*.*

En el caso de las estipulaciones «vagas», sin embargo,

* *Smith Act*: en Estados Unidos, ley federal que castiga la sedición. (N. de T.)

como son las cláusulas del *proceso debido* y de *igual protección*, los juristas han reunido ambas cuestiones porque se han confiado, en gran parte sin reconocer que lo hacían, en una teoría del significado que podríamos expresar de esta manera: si quienes estructuraron la Constitución usaron un lenguaje vago, como lo hicieron al condenar las violaciones del «proceso debido», entonces lo que «dijeron» o «quisieron decir» se limita a los ejemplos de acción oficial que tenían presentes como transgresiones o, por lo menos, a aquellos ejemplos que ellos habrían considerado transgresiones en caso de haberlos tenido presentes. Si quienes fueron responsables de que se agregase a la Constitución la cláusula del *proceso debido* creían que era fundamentalmente injusto estipular la educación separada de las diferentes razas, o tenían sobre la justicia opiniones detalladas cuya consecuencia era esa conclusión, entonces las decisiones antisegregacionistas podrían ser defendidas como aplicación del principio que ellos habían establecido. De otra manera, esas decisiones no podrían ser así defendidas, pero en cambio se demostraría que los jueces habían sustituido las ideas de justicia que los constituyentes se habían propuesto instituir por las suyas propias.

Esta teoría hace que una interpretación estricta del texto dé una visión estrecha de los derechos constitucionales, porque los limita a aquellos derechos reconocidos por un grupo limitado de personas en una época fija de la historia. Obliga a quienes están en favor de un conjunto más liberal de derechos a conceder que están apartándose de la autoridad jurídica estricta; un apartamiento que deben, pues, tratar de justificar mediante la apelación exclusiva al carácter deseable de los resultados que obtienen.

Pero la teoría del significado de la cual depende este argumento es demasiado cruda; pasa por alto una distinción que han establecido los filósofos, pero que los juristas todavía no aprecian. Supongamos que, simplemente, digo a mis hijos que espero que no traten injustamente a otros seres humanos. Es indudable que tengo presentes ejemplos de la conducta que me propongo desaprobare, pero no aceptaría que «lo que quiero decir», mi «significado» se limitara a esos ejemplos, por dos razones. La primera, que esperaría que mis hijos aplicarían mis instrucciones a situaciones en las que yo no había pensado ni podía haber pensado. La segunda, que estoy dispuesto a admitir que algún acto particular, que cuando hablé me había parecido justo, era en realidad

injusto, o viceversa, si posteriormente uno de mis hijos es capaz de convencerme de ello; en ese caso, querría decir que mis instrucciones abarcaban el caso que él citara, no que yo había cambiado mis instrucciones. Podría decir que mi intención era que la familia se guiara por el *concepto* de equidad, no por ninguna *concepción* específica de la equidad que yo pudiera haber tenido en la cabeza.

La distinción es crucial y vale la pena detenerse a examinarla. Supongamos que un grupo comparte la creencia de que los actos pueden resentirse de un defecto moral especial, que ellos llaman falta de equidad, y que consiste en una división injusta de los beneficios y las cargas, o en una atribución injusta del mérito o la culpa. Supongamos también que están de acuerdo en gran cantidad de casos estándar de falta de equidad, y que los usan como puntos de referencia para poner a prueba otros casos, más controvertidos. En ese caso, el grupo tiene un concepto de la falta de equidad, y sus miembros pueden apelar a ese concepto para dar instrucción o discutir sobre moral. Pero sin embargo, es posible que los miembros de ese grupo difieran respecto de gran número de esos casos controvertibles, de una manera que hace pensar que cada uno tiene una teoría diferente —o bien actúa según una teoría diferente— de por qué los casos estándar son actos de falta de equidad. Es decir, que pueden diferir respecto de cuáles son los principios más fundamentales en que hay que confiar para demostrar que una división o atribución determinada no es equitativa. En ese caso, los miembros tienen diferentes concepciones de la equidad.

Si es así, los miembros de esa comunidad que dan instrucciones o establecen estándares en nombre de la equidad pueden estar haciendo dos cosas diferentes. Primero, es posible que estén apelando al concepto de equidad, simplemente al dar instrucciones a otros para que actúen con equidad; en ese caso, delegan en aquellos a quienes instruyen la responsabilidad de desarrollar y aplicar su propia concepción de la equidad en la medida en que se planteen casos controvertibles. Esto, por cierto, no es lo mismo que concederles la discreción de actuar como quieran; aquí se establece un estándar que ellos deben tratar de cumplir (y pueden fallar), porque se supone que una concepción es superior a otra. El hombre que apela de esta manera al concepto puede tener su propia concepción, tal como yo la tenía cuando dije a mis hijos que actuaran con equidad; pero sostiene esa concepción sólo como su propia teoría de cómo se debe

satisfacer el estándar que él estableció, de modo que cuando cambia su teoría, no ha cambiado dicho estándar.

Por otra parte, los miembros de la comunidad pueden estar formulando una determinada concepción de la equidad; es lo que yo habría hecho si, por ejemplo, hubiera enumerado mis deseos con respecto a ejemplos controvertibles o si, cosa aún menos probable, hubiera especificado alguna teoría de la equidad controvertida y explícita, como si hubiera dicho que los casos difíciles habían de decidirse aplicando la ética utilitarista de Jeremy Bentham. La diferencia no es simplemente una diferencia en el *detalle* de las instrucciones que se han dado, sino en el *tipo* de instrucciones que se han dado. Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones al respecto. Cuando formulo una concepción de la equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por consiguiente, mi opinión es lo esencial del asunto. Cuando apelo a la equidad, planteo un problema moral; cuando formulo mi concepción de la equidad, intento resolverlo.

Una vez hecha esta distinción, parece obvio que debemos suponer que las que he venido llamando cláusulas constitucionales «vagas» representan apelaciones a los conceptos que emplean, tales como legalidad, igualdad y crueldad. Es posible, por ejemplo, que la Suprema Corte decida pronto si la pena capital es «cruel» de acuerdo con el significado de la cláusula constitucional que prohíbe el «castigo cruel y excepcional». Sería un error que la Corte se dejara influir mucho por el hecho de que, cuando se adoptó la cláusula, la pena capital era un procedimiento estándar e incuestionado. Esa consideración sería decisiva si quienes redactaron la cláusula hubieran tenido la intención de formular una concepción particular de la crueldad, porque demostraría que la concepción no llegaba tan lejos. Pero no es decisiva respecto de la cuestión diferente con que se enfrenta ahora la Corte, y que es la siguiente: en respuesta a la apelación de los contribuyentes al concepto de crueldad, ¿puede ahora la Corte defender una concepción que no considera cruel a la muerte?

Quienes ignoran la distinción entre conceptos y concepciones, pero creen que la Corte debe volver a determinar si la pena de muerte es cruel, se ven obligados a presentar un argumento vulnerable. Dicen que las ideas de crueldad cambian con el tiempo, y que la Corte debe ser libre de rechazar las concepciones anticuadas; esto sugiere que la Corte debe cambiar lo que la Constitución promulgó. Pero de hecho, la

Corte sólo puede hacer cumplir lo que dice la Constitución tomando sus propias decisiones sobre lo que es cruel, así como en mi ejemplo, mis hijos pueden hacer lo que yo digo sólo si toman sus propias decisiones respecto de lo que es equitativo. Si quienes promulgaron las cláusulas amplias hubieran tenido la intención de formular concepciones particulares, habrían encontrado el tipo de lenguaje que convencionalmente se usa para hacerlo; es decir, habrían presentado teorías particulares de los conceptos en cuestión.

De hecho, ahora se puede ver que la práctica misma (a la cual me adherí) de llamar «vagas» a estas cláusulas, lleva implícito un error. Las cláusulas sólo son vagas si las consideramos como intentos chapuceros, incompletos o esquemáticos de enunciar determinadas concepciones. Si las tomamos como apelaciones a conceptos morales, no se las podría precisar más por mucho que se las detallara.¹

Por consiguiente, la confusión que mencioné entre los dos sentidos de «construcción estricta» es muy susceptible de provocar error. Si los tribunales tratan de ser fieles al texto de la Constitución, por esa misma razón se verán obligados a decidir entre concepciones concurrentes de moralidad política. Así pues, es un error atacar, por ejemplo, al tribunal Warren basándose en que no trató a la Constitución como texto obligatorio. Por el contrario, si queremos considerar la fidelidad a ese texto como requisito primordial de la interpretación constitucional, entonces son los críticos conservadores del tribunal Warren quienes se equivocan, porque su punto de vista ignora el mandato de plantear los problemas morales de principio que exige la lógica del texto.

Lo expreso de manera cautelosa porque es posible que *no* queramos aceptar la fidelidad al espíritu del texto como principio primordial de la adjudicación constitucional. Quizá sea más importante, por ejemplo, que los tribunales decidan los casos constitucionales de manera tal que se respete el juicio de otras instituciones gubernamentales. O puede ser más importante que protejan las doctrinas jurídicas establecidas, de modo que los ciudadanos y el gobierno puedan tener confianza en que los tribunales se atenderán a lo que han dicho antes. Pero lo decisivo es reconocer que estas otras políticas compiten con el principio según el cual la Constitución es la fuente fundamental e imperativa del derecho constitucional, en vez de ser, como suponen los «construccionistas estrictos», simples consecuencias de ese principio.

3

Además, una vez planteadas las cosas bajo esta luz podemos evaluar estas afirmaciones concurrentes de política sin que nos afecte la confusión impuesta por la noción popular de «construcción estricta». Con este fin quiero ahora comparar y contrastar dos enfoques muy generales de la forma en que los tribunales deben decidir los problemas constitucionales difíciles o controvertidos. Designaré a estos dos puntos de vista con los nombres que se les da en la bibliografía jurídica —los programas de «activismo judicial» y de «restricción judicial»— aunque es obvio que, en cierto sentido, esos nombres inducen a error.

El programa del activismo judicial sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente «vagas» con el ánimo que he descrito, a pesar del tipo de razones concurrentes que mencioné. Deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del Congreso, los diversos estados y el Presidente. (Esto es plantear el programa en su forma más fuerte; en realidad, quienes lo apoyan lo restringen, generalmente, de manera que por el momento no tendré en cuenta.)

El programa de restricción judicial, por el contrario, sostiene que los tribunales deben permitir que las decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aun cuando lesionen el sentido que tienen los propios jueces de los principios que imponen las doctrinas constitucionales generales, excepto cuando tales decisiones lesionan en tal medida la moralidad política que violarían las estipulaciones sobre cualquier interpretación plausible, o quizá cuando un precedente claro exija una decisión en contrario. (También en este caso el programa está expresado en su forma fuerte, y quienes practican dicha política lo restringen de diferentes maneras.)

La Suprema Corte siguió una política de activismo más bien que de restricción en casos como los de segregación, porque las palabras de la cláusula de igual protección dejaban margen para decidir si se debía considerar que las diversas prácticas educacionales de los estados en cuestión violaban o no la Constitución, no había ningún precedente claro que afirmase que lo hicieran, y entre hombres razona-

bles podía haber discrepancia sobre los problemas morales en juego. Si la Corte hubiera seguido el programa de restricción judicial, se habría pronunciado en favor del estatuto de Carolina del Norte en el caso *Swann*, y no en contra de él. Pero el programa de restricción no siempre actuaría en el sentido de respaldar decisiones que fueran del agrado de los conservadores. En la primera época del *New Deal*, tal como se apresuran a señalar los críticos del tribunal Warren, fueron los liberales quienes objetaron las decisiones de la Corte que declararon inconstitucionales leyes del Congreso en nombre de la cláusula del *proceso debido*.

Por ende, podría parecer que si Nixon tiene una teoría jurídica, ésta depende, de manera decisiva, de alguna teoría de la restricción judicial. Sin embargo, ahora debemos señalar una distinción entre dos formas de restricción judicial, ya que hay dos fundamentos diferentes, e incluso incompatibles, sobre los cuales podría asentarse una política tal.

El primero es una teoría del *escepticismo* político que se podría describir de la siguiente manera. La política del activismo judicial presupone cierta objetividad del principio moral; en particular, presupone que los ciudadanos tienen efectivamente ciertos derechos morales en contra del Estado, como un derecho moral a la igualdad en la educación pública o a recibir de la policía un trato digno. El activismo, como programa basado en algo que trascienda las preferencias personales del juez, sólo puede ser justificado en algún sentido si tales derechos morales existen. La teoría escéptica ataca de raíz al activismo, sosteniendo que, de hecho, los individuos no tienen tales derechos morales en contra del Estado. Sólo tienen aquellos derechos *jurídicos* que la Constitución les garantiza, y que se limitan a las violaciones claras e incontrovertibles de la moralidad pública que deben de haber tenido realmente presentes los constituyentes, o que desde entonces han quedado establecidas por una clara línea de precedentes.

El fundamento alternativo de un programa de restricción es una teoría de la *deferencia* judicial. Por oposición a la teoría escéptica, la que ahora nos ocupa da por sentado que los ciudadanos tienen derechos morales en contra del Estado, que trascienden los que les garantiza expresamente el derecho, pero señala que el carácter y la fuerza de tales derechos son discutibles, y sostiene que las responsables de decidir qué derechos han de ser reconocidos son instituciones políticas diferentes de los tribunales.

Se trata de una distinción importante, aun cuando la bibliografía referente al derecho constitucional no la establezca con claridad alguna. La teoría escéptica y la teoría de la deferencia discrepan profundamente en el tipo de justificación que suponen y en lo que cada una de ellas implica para las teorías morales más generales de los hombres que declaran sostenerlas. Ambas teorías son tan diferentes que la mayoría de los políticos norteamericanos pueden ser coherentes consigo mismos si aceptan la segunda, pero no la primera.

Tal como he dicho, un escéptico adopta el punto de vista de que los hombres no tienen derechos morales en contra del Estado, sino sólo aquellos derechos jurídicos que el derecho estipula expresamente. Pero, ¿qué significa esto, y de qué clase de argumentos podría valerse el escéptico para defender su punto de vista? Por cierto que en el dominio de la ética se discute vivamente la naturaleza y condición de los derechos morales, y que es considerable el desacuerdo respecto de lo que son, si es que algo son. En mi intento de responder a estas cuestiones me apoyaré en una teoría en tono menor de los derechos morales en contra del Estado, que presenté en el capítulo 7. Según esa teoría, un hombre tiene un derecho moral en contra del Estado si por alguna razón el Estado haría mal tratándolo de cierta manera, aun cuando al hacerlo así favoreciera el interés general. Así, un niño negro tiene derecho moral a recibir igual educación, por ejemplo, si está mal que el Estado no le proporcione esa educación, aun cuando la comunidad como tal sufra por ello.

Quiero decir unas palabras sobre las virtudes de esta manera de considerar los derechos morales en contra del Estado. Muchos abogados se resisten a hablar de derechos morales, aunque les resulta fácil hablar de lo que está bien o mal que haga el gobierno, porque suponen que los derechos, si es que existen, son una especie de cosas fantasmales que los hombres y las mujeres tienen de manera muy semejante a como tienen otras cosas nada fantasmales, como las amígdalas. Pero el sentido en que yo me propongo hablar de derechos no hace ese tipo de supuestos ontológicos: simplemente, demuestra que una afirmación de derecho es una clase especial (en el sentido de restringida) de juicio referente a lo que está bien o está mal que hagan los gobiernos.

Además, esta manera de considerar los derechos evita algunos de los enigmas notorios asociados con el concepto. Nos permite decir, sin riesgo de que produzca extrañeza, que la fuerza y el carácter de los derechos pueden variar de un

caso a otro y de un momento a otro de la historia. Si pensamos en los derechos como cosas, estas metamorfosis parecen extrañas, pero estamos acostumbrados a la idea de que los juicios morales referentes a lo que está bien o está mal son complejos y resultan afectados por consideraciones que son relativas y cambiantes.

El escéptico que quiera discutir la posibilidad misma de esta clase de derechos contra el Estado está en una posición difícil. Creo que debe apoyarse en una de estas tres posiciones generales: a) Podría esgrimir un escepticismo moral más amplio, sosteniendo que ni siquiera tiene sentido hablar de la bondad o maldad moral de un acto. Si ningún acto es moralmente malo, entonces el gobierno de Carolina del Norte no actúa mal si niega el transporte escolar a los niños. b) Podría sostener una forma extrema de utilitarismo, que supone que la única razón que tenemos para considerar bueno o malo un acto es la influencia que éste tiene sobre el interés general. Según esta teoría, sería incongruente decir que el transporte pueda ser una exigencia moral, aun cuando no beneficie a la comunidad en general. c) Podría aceptar alguna forma de teoría totalitaria que funda los intereses del individuo con el bien de la comunidad en general y de esa manera niegue que ambos puedan entrar en conflicto.

Son muy pocos los políticos norteamericanos que podrían aceptar estas posturas. Nixon, por ejemplo, no podría, porque él se presenta como un fundamentalista moral que en lo más profundo de sí mismo sabe que la pornografía es mala y que algunas gentes de Vietnam del Sur tienen derechos a la autodeterminación en nombre de los cuales ellos y nosotros podemos con toda corrección matar a muchas otras gentes.

No quiero dar a entender, sin embargo, que en realidad nadie defendería la restricción judicial por razones de escepticismo; por el contrario, algunos de los defensores mejor conocidos de la restricción han cosechado sus argumentos exclusivamente en terrenos escépticos. En 1957, por ejemplo, el gran juez Learned Hand tuvo a su cargo las conferencias Oliver Wendell Holmes en Harvard. Hand era un estudioso de Santayana y discípulo de Holmes, y su única religión era el escepticismo moral. Defendió la restricción judicial y dijo que la Suprema Corte había cometido un error al declarar ilegal la segregación escolar en el caso *Brown*. Es un error suponer, dijo, que las afirmaciones referentes a derechos morales expresen otra cosa que las preferencias

de quienes las formulan. Si la Suprema Corte justifica sus decisiones mediante tales afirmaciones, en vez de apoyarse en el derecho positivo, está usurpando el lugar del legislativo, puesto que el trabajo de la legislatura, que representa a la mayoría, consiste en decidir cuáles son los criterios que han de gobernar.

Esta simple apelación a la democracia es irrefutable si se acepta la premisa de los escépticos. Es claro que si los hombres no tienen derecho en contra de la mayoría, si la decisión política es simplemente cuestión de cuáles han de ser las preferencias que prevalezcan, entonces la democracia ofrece efectivamente una buena razón para dejar esa decisión en manos de instituciones más democráticas que los tribunales, aun cuando tales instituciones escojan opciones que repugnan a los propios jueces. Pero se necesita un argumento democrático muy diferente, y mucho más vulnerable, para fundamentar la restricción judicial si ésta no se basa en el escepticismo sino en la deferencia, tal como trataré de demostrar.

4

Si Nixon sostiene una teoría constitucional coherente, será una teoría de la restricción basada en la deferencia, no en el escepticismo. Nixon cree que los tribunales no deben decidir problemas controvertibles de moralidad política porque deben dejar tales decisiones libradas a otros departamentos gubernamentales. Si le atribuimos esta política, podemos encontrar sentido en el hecho de que Nixon acuse al tribunal Warren de «retorcer y doblar» el derecho. Podría querer decir que retorcieron y doblaron el principio de la deferencia judicial, que es una enunciación insuficiente, porque sería más exacto si dijera que lo ignoraron. Pero, ¿hay acaso buenas razones para mantener esta política de deferencia? Si en realidad no es una política sana, la filosofía jurídica de Nixon queda socavada, y habría que disuadirlo de reclamar, en nombre de ella, nuevos nombramientos a la Suprema Corte o de instar al Congreso a oponerse a la Corte.

Hay un argumento muy popular en favor de la política de deferencia, que podríamos llamar el argumento de la democracia. De acuerdo con dicho argumento, es por lo menos discutible si una concepción sana de la igualdad prohíbe la segregación educativa o exige medidas tales como la regula-

ción del transporte escolar para anularla. ¿Quién debe decidir estos problemas discutibles de la teoría moral y política? ¿Ha de ser una mayoría en un tribunal de Washington, constituido por miembros vitalicios y que no son políticamente responsables ante el público cuya vida se verá afectada por la decisión? ¿O deben ser los legisladores estatales o nacionales, que ocupan cargos electivos y son responsables ante los electores? El argumento supone que un demócrata no puede aceptar más que la segunda respuesta.

Pero el argumento de la democracia es más débil de lo que parece a primera vista. Para empezar, supone que el poder legislativo estatal es efectivamente responsable ante el pueblo, tal como lo supone la teoría democrática. Pero las cosas no son así en todos los estados [de los Estados Unidos], aunque en grados diferentes y por diferentes razones. Y en algunos estados, está muy lejos de ser así. Sin embargo, pasaré por alto este punto porque lo que hace no es tanto socavar el argumento de la democracia, sino destacar el hecho de que hace falta más democracia, lo cual es muy diferente. Quiero llamar la atención sobre el problema de si, en este aspecto, la apelación a la democracia es correcta, aunque sólo sea en principio.

El argumento supone que en una democracia todos los problemas no resueltos, entre ellos los problemas morales y políticos de principio, sólo deben ser resueltos por instituciones que sean políticamente responsables de una manera que los tribunales no lo son. ¿Por qué hemos de aceptar una visión tal de la democracia? Decir que eso es lo que significa democracia no sirve, porque es un error suponer que la palabra, en cuanto tal, tenga ningún significado tan preciso. Aun si lo tuviera, tendríamos que reformular la cuestión para preguntar por qué hemos de tener democracia, si damos por sentado que eso es lo que significa. Tampoco sirve de mucho decir que esa visión de la democracia está establecida en la Constitución estadounidense, ni que tiene un arraigo tal en nuestra tradición política que estamos firmemente en favor de ella. No podemos sostener que la Constitución, que no estipula norma alguna que limite la revisión judicial a los casos claros, establece una teoría de la democracia que excluye una revisión más amplia, ni tampoco decir que de hecho nuestros tribunales han aceptado de manera coherente una restricción tal. El peso del argumento de Nixon es que de hecho la han aceptado.

De modo que el argumento de la democracia no es un

argumento con el cual nos comprometan nuestras palabras ni nuestro pasado. Debemos aceptarlo (si es que lo aceptamos) por la fuerza de su propia lógica. Pero, con el fin de examinar más detenidamente los argumentos, debemos establecer una nueva distinción. Tal como yo lo he formulado, el argumento se podría continuar de dos maneras: una podría sostener que la exigencia de deferencia judicial se basa en que de hecho es probable que instituciones democráticas como los cuerpos legislativos tomen decisiones *más sanas* que los tribunales respecto de los problemas fundamentales que suscitan los casos constitucionales, es decir, respecto de la naturaleza de los derechos morales del individuo en contra del Estado.

O bien se podría argumentar que por alguna razón es *más equitativo* que sea una institución democrática y no un tribunal la que decida tales problemas, aun cuando no haya razón para creer que esa institución haya de llegar a una decisión más sana. La distinción entre estos dos argumentos no tendría sentido alguno para un escéptico, que no admitiría que alguien pudiera identificar con mayor o menor eficacia los derechos morales del individuo en contra del estado, como no admitiría que fuera posible identificar fantasmas con mayor o menor eficacia. Pero un jurista que crea más bien en la deferencia judicial que en el escepticismo debe reconocer la distinción, aun cuando pueda defender ambos aspectos, si así lo desea.

Empezaré por el segundo argumento, el que afirma que los parlamentos y otras instituciones democráticas tienen títulos especiales para tomar decisiones constitucionales, aparte de su capacidad para tomar mejores decisiones. Se podría decir que la naturaleza de tales títulos es obvia, porque siempre es más equitativo dejar que un problema lo decida una mayoría que no una minoría. Pero ésta es una posición que, como con frecuencia se ha señalado, pasa por alto el hecho de que las decisiones referentes a derechos en contra de la mayoría no son problemas que equitativamente deban quedar librados a la mayoría. El constitucionalismo —la teoría de que a la mayoría hay que restringirla para proteger los derechos individuales— puede ser una teoría buena o mala, pero es la que han adoptado los Estados Unidos, y hacer que la mayoría sea juez en su propia causa parece incongruente e injusto. Es decir que los principios de equidad no hablan en favor del argumento de la democracia, sino en su contra.

Así lo reconoció el juez Marshall en su decisión en el caso *Marbury v. Madison*, el famoso ejemplo de la primera vez que la Suprema Corte reivindicó el poder de revisar las decisiones legislativas en función de estándares constitucionales. El juez argumentó que dado que la Constitución estipula que ella misma será la norma jurídica suprema del país, los tribunales en general, y en última instancia la Suprema Corte, deben tener el poder de declarar nulas las leyes que vulneran la Constitución. Muchos juristas consideran su argumento como un *non sequitur*, porque dicen que aunque las restricciones constitucionales son parte del derecho, a los tribunales, más bien que al propio cuerpo legislativo, no se les ha conferido necesariamente la autoridad de decidir si en los casos particulares ha habido violación del derecho.² Pero el argumento no es un *non sequitur* si consideramos que el principio de que ningún hombre ha de ser juez en su propia causa es parte tan fundamental de la idea de juridicidad que Marshall sólo habría tenido derecho a pasarlo por alto si la Constitución hubiera denegado expresamente la revisión judicial.

Algunos podrían objetar que es ingenuo decir que una política de deferencia deja a la mayoría en la condición de juez de su propia causa. En los Estados Unidos, no es una mayoría estable la que toma las decisiones políticas, sino muchas instituciones políticas diferentes, cada una de las cuales representa a un distrito electoral diferente cuya composición, a su vez, cambia con el tiempo. La decisión de una rama del gobierno bien puede ser revisada por otra rama, que también es políticamente responsable, pero ante un distrito electoral más amplio o diferente. Los actos de la policía de Arizona que la Corte declaró inconstitucionales en el caso *Miranda*, por ejemplo, estuvieron de hecho sometidos a revisión por parte de diversas juntas directivas y órganos legislativos, tanto municipales como estatales, del mismo estado de Arizona, como también del Congreso nacional. Sería ingenuo suponer que todas esas instituciones políticas están dedicadas a las mismas políticas y a los mismos intereses, de modo que es un error dar por sentado que, si la Corte no hubiera intervenido, la policía de Arizona hubiera quedado en libertad de ser su propio juez.

Pero esta objeción como tal es demasiado fácil, porque ignora el carácter especial de las discusiones referentes a los derechos morales individuales, a diferencia de otras clases de discusiones políticas. Las diferentes instituciones tienen efec-

tivamente diferentes distritos electorales cuando, por ejemplo, están en juego problemas laborales, comerciales o de bienestar social, y es frecuente que la nación esté dividida en sectores respecto de tales cuestiones. Pero generalmente no es ése el caso cuando se trata de derechos constitucionales del individuo, como los derechos de delinquentes acusados. Ha sido típico de tales discusiones que los intereses de quienes ejercen el control político de las diversas instituciones del gobierno hayan sido a la vez homogéneos y hostiles. De hecho, a eso se debe que los teóricos de la política hayan concebido los derechos constitucionales como derechos contra el «estado» o la «mayoría» como tales, más bien que contra algún cuerpo o rama gubernamental en particular.

Los primeros casos de segregación son quizás excepcionales a esta generalización, pues se podría sostener que las únicas gentes que querían la segregación *de jure* eran los sureños blancos. Pero sigue en pie el hecho de que en realidad el Congreso nacional no había impedido la segregación, ya fuese porque creía que no tenía el poder jurídico de hacerlo o porque no quería; en cualquiera de los dos casos, mal demuestra el ejemplo que el problema político ofrezca un freno efectivo a las violaciones —ni siquiera locales— de los derechos de minorías políticamente inefectivas. En la disputa sobre el transporte escolar, la mayoría blanca que cuida sus propios intereses ha demostrado ser al mismo tiempo nacional y poderosa. Y por supuesto, las decisiones del gobierno nacional, como las decisiones ejecutivas de ir a la guerra y los intentos del Congreso por definir una política policial adecuada, como la Ley de Control del Delito de 1968, no están sujetas a revisión alguna, a no ser la de los tribunales.

Por consiguiente, parece justo afirmar que el argumento de la democracia pide que quienes ostentan el poder político sean invitados a ser jueces exclusivos de sus propias decisiones, a ver si tienen el derecho de hacer lo que han decidido que quieren hacer. Esta no es la prueba final de que una política de activismo judicial sea superior a un programa de deferencia. El activismo judicial implica riesgos de tiranía, por lo menos en la forma escueta y simple en que yo lo he presentado. Incluso se podría demostrar que tales riesgos anulan la injusticia de pedir que la mayoría sea juez en su propia causa. Pero la cuestión socava efectivamente el argumento de que es equitativo permitir que la mayoría decida los límites de su propio poder.

Debemos, por ende, volver a la otra continuación posible del argumento de la democracia, que sostiene que las instituciones democráticas, como los cuerpos legislativos, pueden llegar a resultados *más sanos* que los que alcanzarían los tribunales en lo tocante a los derechos morales de los individuos. En 1969, el profesor Alexander Bickel, de la Facultad de Derecho de Yale, tuvo a su cargo las conferencias Holmes en Harvard y defendió el programa de restricción judicial de manera tan nueva como ingeniosa. A los fines de la discusión, se permitió suponer que el programa de activismo del tribunal Warren podía ser justificado si, de hecho, daba resultados deseables.³ Se presentó, por consiguiente, poniendo a prueba la política del activismo en su propio terreno, porque interpretó el activismo precisamente como la afirmación de que los tribunales tienen el derecho moral de mejorar el futuro, con independencia de lo que pueda decir la teoría jurídica. Learned Hand y otros oponentes del activismo habían cuestionado dicha afirmación. Bickel la aceptó, provisionalmente por lo menos, pero sostuvo que el activismo fracasaba en su propio examen.

El futuro que propiciaba el tribunal Warren, decía Bickel, ya ha empezado a no funcionar. La filosofía de la integración racial que adoptaba era demasiado burda, por ejemplo, y ya ha sido rechazada por los líderes más imaginativos de la comunidad negra. También su tesis de una igualdad simple y radical ha demostrado ser impracticable en muchos otros sentidos; por ejemplo, su simple fórmula de «a un hombre un voto» para decidir sobre la formación de distritos electorales no ha dado resultados aceptables ni equitativos.

¿Por qué una Corte radical, que se propone mejorar la sociedad, ha de fracasar incluso en su propio terreno? Bickel da esta respuesta: los tribunales, entre ellos la Suprema Corte, deben decidir en principio bloques de casos, más bien que responder de manera fragmentaria a un conjunto cambiante de presiones políticas. Y deben hacerlo no simplemente porque así se lo exige su moralidad institucional, sino porque su estructura institucional no estipula medios mediante los cuales pudieron evaluar las fuerzas políticas, aun cuando quisieran hacerlo. Pero el gobierno por principio es una forma de dirección social ineficiente, y a la larga, fatal, por más capaces y honestos que sean los estadistas que intentan administrarlo. Porque hay un límite para la complejidad que puede contener cualquier principio, sin dejar de

ser un principio reconocible, y este límite no alcanza al nivel de complejidad de la organización social.

Las decisiones de *reapportionment* [redistribución] de la Suprema Corte, según el punto de vista de Bickel, no fueron erróneas simplemente porque la Corte se equivocó al elegir el principio. «A un hombre un voto» es demasiado simple, pero la Corte no podría haber encontrado un principio mejor y de mayor complejidad que hubiera servido con éxito como criterio de la formación de distritos electorales en todo el país, o a lo largo del tiempo, porque el éxito en la formación de distritos depende de la adaptación a múltiples hechos de la vida política, y sólo se lo puede alcanzar —si es que tal cosa es posible— mediante el desarrollo, caótico y ajeno a todo principio, de la historia. El activismo judicial no puede funcionar tan bien como un gobierno por instituciones más o menos democráticas, no porque la democracia sea una exigencia de principio sino, por el contrario, porque la democracia opera sin principio; va formando instituciones y compromisos a la manera de un río, que forma su lecho mientras se desliza hacia el mar.

¿Qué hemos de hacer con el argumento de Bickel? Su enfoque de la historia reciente puede ser —y ha sido— cuestionado. No está claro en modo alguno (por lo menos, todavía no) que la integración racial haya de fracasar como estrategia a largo plazo; y Bickel se equivoca si piensa que los norteamericanos negros —entre quienes hay muchos más que siguen perteneciendo a la NAACP* que a organizaciones más radicales— la han rechazado. Sin duda, el sentir nacional ante la forma de enfrentar la maldición del racismo va teniendo oscilaciones a medida que la complejidad y la magnitud del problema se hacen más aparentes, pero es posible que Bickel haya escrito durante el momento culminante de uno de los golpes de péndulo.

Se equivoca también al juzgar el efecto de la Suprema Corte sobre la historia como si la Corte fuera la única institución en actividad, o al suponer que por no haber sido alcanzado el objetivo de la Corte, el país está peor que si no se lo hubiera intentado. Desde 1954, año en que la Corte estableció el principio de que la igualdad ante la ley exige una educación integrada, no hemos tenido —excepción hecha de algunos años de la administración Johnson— un eje-

* NAACP: siglas de National Association for Advancement of Coloured People, asociación fundada en el año 1909, que tuvo como objetivo fundamental la lucha legal para conseguir la igualdad racial. (*N. de T.*)

cutivo nacional dispuesto a aceptar dicho principio como imperativo. Durante los últimos años hemos tenido un ejecutivo nacional que parece decidido a socavarlo. Y tampoco tenemos mucha base para suponer que la situación racial en los Estados Unidos sería ahora más satisfactoria, como promedio, si en 1954 y más adelante la Corte no hubiera intervenido de la manera que lo hizo.

Pero hay una objeción muy diferente y, para lo que me propongo, mucho más importante, que oponer a la teoría de Bickel. La novedad de su teoría reside en que parece conceder al activismo judicial una cuestión de principio, a saber, que la Corte tiene derecho a intervenir si su intervención produce resultados socialmente deseables. Pero la concesión es ilusoria, porque el sentido que él tiene de lo que es socialmente deseable es incongruente con el presupuesto del activismo, de que los individuos tienen derechos morales en contra del Estado. De hecho, el argumento de Bickel no puede pretender validez, aunque demos por buenos los hechos que presenta y su visión de la historia, a no ser sobre la base de un escepticismo, en el tema de los derechos, tan profundo como el de Learned Hand.

Presenté la teoría de Bickel como ejemplo de una forma del argumento de la democracia; el argumento de que, puesto que los hombres están en desacuerdo respecto de los derechos, lo más seguro es dejar la decisión final referente a ellos al proceso político; más seguro, en el sentido de que es probable que los resultados sean mejores. Bickel insinúa una razón para que el proceso político sea más seguro. Sostiene que la perduración de un acuerdo político sobre los derechos es de alguna manera una prueba de la moralidad política de ese acuerdo, y afirma que esa prueba es mejor que los tipos de argumentos de principio que podrían aportar los jueces si a ellos quedara librada la decisión.

Hay una versión débil de esta afirmación, que no puede ser parte del argumento de Bickel. Esta versión sostiene que ningún principio político que establezca derechos puede ser bueno, sean cuales fueren los argumentos abstractos que se puedan aducir en su favor, a menos que satisfaga, a la larga, el criterio de aceptación social; de modo que, por ejemplo, la Suprema Corte no puede tener razón en sus opiniones sobre los derechos de los niños negros, o de los sospechosos de delito, o de los ateos, si finalmente la comunidad no se deja persuadir de que ha de reconocer tales derechos.

Esta versión débil puede parecer plausible por diferentes

razones. Será atractiva, por ejemplo, para quienes creen tanto en el hecho como en la fuerza del sentido moral del hombre común, y en su buena disposición para atender a las apelaciones que a tal sentido moral se hagan. Pero no es un argumento en favor de la restricción judicial, a no ser a muy largo plazo. Por el contrario, supone lo que los juristas consideran un diálogo entre los jueces y la nación, en el cual la Suprema Corte ha de presentar y defender su visión reflexiva de lo que son los derechos del ciudadano, de manera muy semejante a como intentó hacerlo el tribunal Warren, en la esperanza de que finalmente el pueblo se muestre de acuerdo.

Por lo tanto, debemos atender ahora a la versión fuerte de la afirmación, que sostiene que el proceso político orgánico asegurará con más certeza los derechos genuinos de los hombres si no se ve obstaculizado por la intrusión artificial y racionalista de los tribunales. Según este punto de vista, los derechos de los negros, los sospechosos y los ateos han de emerger del proceso de las instituciones políticas de la manera normal, en respuesta a las presiones políticas. Si una afirmación de derecho no puede imponerse de esta manera, por esa misma razón es —o, en todo caso, es probable que sea— una afirmación de derecho impropia. Pero esta extravagante proposición no es más que una forma disfrazada del señalamiento escéptico de que, en realidad, no hay derechos en contra del Estado.

Quizá, tal como sostienen Burke y sus seguidores modernos, una sociedad sólo haya de producir las instituciones más adecuadas para ella por evolución, y nunca mediante una reforma radical. Pero los derechos en contra del Estado son afirmaciones que, si se las acepta, exigen que la sociedad se avenga a instituciones que quizá no se adecuen tan cómodamente a ella. Lo esencial de una afirmación de derecho, incluso en un análisis de los derechos tan desmitologizado como el que estoy haciendo, consiste en que un individuo tenga derecho a ser protegido contra la mayoría incluso al precio del interés general. Por cierto que la comodidad de la mayoría exigirá cierto espacio para las minorías, pero sólo en la medida necesaria para mantener el orden; y es, por lo común, un espacio que ni siquiera se aproxima a ser un reconocimiento de sus derechos.

En efecto, la sugerencia de que es posible una demostración de los derechos mediante un proceso histórico más bien que por la apelación a principios da pruebas de cierta con-

fusión, o bien de una falta de preocupación real por lo que son los derechos. Una afirmación de derecho presupone un argumento moral, y no se la puede establecer de otra manera. Bickel presenta a los activistas judiciales (e incluso a algunos de los héroes de la restricción judicial, como Brandeis y Frankfurter, que tuvieron sus fallos) como filósofos del siglo XVIII, que apelan al principio porque sostienen el punto de vista optimista de que se puede planificar el progreso. Pero esta actitud confunde dos fundamentos de la apelación al principio y a la reforma, y dos sentidos del progreso.

Una cosa es apelar a principios morales con la ingenua esperanza de que tanto la ética como la economía política se muevan por virtud de una mano invisible, de manera que los derechos individuales y el bien general hayan de fundirse, y de que un derecho que tenga como base el principio haya de llevar a la nación a una utopía de engranajes bien aceitados, donde todo el mundo esté mejor que antes. Bickel ataca esta visión con su apelación a la historia y con los demás argumentos que opone al gobierno por principio. Pero es una cosa muy diferente apelar al principio *como* principio, para demostrar, por ejemplo, que es injusto obligar a los niños negros a recibir educación pública en escuelas para negros, aun cuando muchísima gente *vaya* a sentirse peor si el Estado adopta las medidas necesarias para impedir tal situación.

Se trata de una versión diferente del progreso. Es progreso moral, y aunque la historia nos muestre lo difícil que es decidir en qué reside el progreso moral, y lo difícil que es persuadir a otros una vez que uno lo ha decidido, de ello no puede seguirse que a quienes nos gobiernan no les quepa la responsabilidad de enfrentar una decisión tal o de procurar esa persuasión.

5

Dado lo complejo de la argumentación que he presentado, quisiera resumirla. Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del «Bill of Rights», como las cláusulas de *igual protección* y de *proceso debido*, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más bien que como el esta-

blecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política.

Es posible que sea necesario suavizar en alguna medida esa postura activista, ya sea por razones prácticas o por razones concurrentes de principio. Pero las declaraciones públicas de Nixon sobre la Suprema Corte hacen pensar que la política activista debe ser totalmente abandonada, y no simplemente suavizada, por poderosas razones de principio. Si intentamos enunciar tales razones de principio, nos encontramos con que no son congruentes con el supuesto de un sistema constitucional, ya sea porque dejan a la mayoría en la situación de juez de su propia causa, o porque se basan en un escepticismo respecto de los derechos morales cuya defensa congruente es tan imposible para Nixon como para la mayoría de los políticos estadounidenses.

De manera que la teoría jurídica de Nixon es una ficción, y de ninguna manera una teoría auténtica. No cuenta con el apoyo de argumentos que él pueda aceptar, y menos aún de argumentos que él mismo haya presentado. Nixon abusó de sus credenciales jurídicas al adoptar una filosofía del derecho incoherente y al cuestionar la buena fe de otros juristas por no aceptar lo que él no puede defender.

Sin embargo, la discusión académica referente al poder de revisión judicial de la Suprema Corte debe de haber contribuido a la confusión de Nixon. El no haber llegado a establecer las distinciones que he presentado, entre apelar a un concepto y enunciar una concepción, y entre el escepticismo y la deferencia, ha planteado una falsa opción entre el activismo judicial, como el programa de la campaña moral, y la restricción judicial, como el programa de la legalidad. ¿Por qué una profesión con ese nivel de complejidad y erudición ha planteado de manera tan simple y engañosa un problema complejo?

Se podría formular de la siguiente manera el problema que constituye el núcleo del debate académico. Si dejamos las decisiones de principio que exige la Constitución a los jueces, y no al pueblo, actuamos en el espíritu de la legalidad, hasta donde nuestras instituciones lo permiten, pero corremos el riesgo de que en algún momento de su carrera los jueces tomen decisiones erróneas. Cualquier abogado piensa que la Suprema Corte ha cometido errores, e incluso erro-

res tremendos. Si no le enferman las decisiones conservadoras de comienzos de los años treinta, que amenazaron con bloquear el *New Deal*, es probable que le enfermen las decisiones liberales de la última década.

No debemos exagerar el peligro. Las decisiones verdaderamente impopulares resultarán erosionadas por la renuncia de la adhesión pública, tal como ha sucedido en el caso de las oraciones en las escuelas públicas, y porque los jueces ancianos morirán o se jubilarán y serán reemplazados por otros nuevos, designados porque estarán de acuerdo con un Presidente que ha sido elegido por el pueblo. Las decisiones en contra del *New Deal* no se mantuvieron, y las decisiones más osadas de los últimos años están ahora a merced del tribunal Nixon. Y el riesgo de decisiones equivocadas tampoco está totalmente del lado del exceso; cabe considerar que la incapacidad de la Corte para actuar durante el período de McCarthy, que culminó con la vergonzosa decisión que sostenía la legalidad de la *Smith Act* en el caso *Dennis*, fue más dañina para la nación que el perjuicio conservador que mostró el tribunal supremo a comienzos del período de Roosevelt.

Aun así, debemos diseñar nuestras instituciones de manera que tienda a reducir, en la medida de lo posible, el peligro de error. Pero hasta el momento, el debate académico no ha llegado a dar una explicación adecuada de dónde se encuentra el error. Para los activistas, las decisiones sobre la segregación estaban bien porque favorecían un objetivo social que ellos consideran deseable, o estaban mal porque favorecían un objetivo social que les disgusta. Para quienes defendían la restricción estaban mal, independientemente de que aprobasen o desaprobasen tal objetivo social, porque violaban el principio de que la Corte no tiene derecho a imponer a la nación su propia visión de lo que es el bien social.

Ninguna de estas pruebas obliga a los juristas a plantearse la clase especial de problema moral que describí antes; el problema de qué derechos morales tiene un individuo en contra del Estado. Los activistas basan sus argumentos, cuando los presentan, en el supuesto de que sus objetivos sociales son inequívocamente buenos, o bien en el de que, a la larga, promoverán el bienestar de todos; este optimismo los hace vulnerables a la crítica de Bickel, de que no es necesariamente así. Los partidarios de la restricción sostienen que algún principio de derecho protege a los consti-

tucionalistas del enfrentamiento con problemas morales.

El derecho constitucional no podrá hacer auténticos avances mientras no aísle el problema de los derechos en contra del Estado y no haga de él parte de su programa. Ello requiere una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética, una vinculación que, por increíble que parezca, todavía está por establecerse. Es perfectamente comprensible que los juristas teman la contaminación de la filosofía moral, y especialmente la de aquellos filósofos que hablan de los derechos, porque los matices fantasmales de ese concepto amenazan con ser la tumba de la razón. Pero en la actualidad hay un nivel filosófico superior, al que pueden recurrir los abogados. El profesor Rawls, de Harvard, por ejemplo, ha publicado un libro sobre la justicia, abstracto y complejo, que ningún abogado constitucionalista puede dejar de leer.⁴ Sin embargo, no es necesario que los abogados desempeñen un papel pasivo en la estructuración de una teoría de los derechos morales en contra del Estado, de la misma manera que no estuvieron al margen de los progresos de la economía y la sociología jurídica. Deben reconocer que el derecho no tiene, frente a la filosofía, más independencia de la que tiene frente a estas otras disciplinas.

LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS

Confío en que no sea necesario describir muy detalladamente la famosa idea de la posición original, de John Rawls.¹ Rawls imagina un grupo de hombres y mujeres que se reúnen para establecer un contrato social. Hasta aquí, la cosa se parece a los convenios imaginarios de las teorías clásicas del contrato social. Sin embargo, la posición original difiere de ellos en su descripción de las partes, que en este caso son hombres y mujeres de gustos, talentos, ambiciones y convicciones comunes; pero cada uno pasa por una ignorancia temporal de esos rasgos de su propia personalidad, y debe dar su asentimiento a un contrato antes de recuperar su conocimiento de sí.

Rawls intenta demostrar que, si esos hombres y mujeres son racionales y actúan únicamente en su propio interés, escogerán sus dos principios de justicia, que estipulan, aproximadamente, que cada persona debe tener la mayor libertad política compatible con una libertad semejante para todos, y que las desigualdades —en el poder, la riqueza, los ingresos y otros recursos— no deben existir, a no ser en la medida en que actúen en beneficio absoluto de los miembros de la sociedad que peor están. Muchos de los críticos de Rawls no están de acuerdo en que hombres y mujeres colocados en la situación original fueran a elegir inevitablemente esos dos principios. Los principios son conservadores, y los críticos creen que sólo serían elegidos por hombres conservadores por temperamento, y no por quienes fueran jugadores natos. Yo no creo que la crítica sea adecuada, pero se trata de un punto que, en este ensayo por lo menos, me propongo pasar por alto. El problema que me interesa es diferente.

Supongamos que los críticos se equivocan, y que un grupo de hombres y mujeres que se encontrase en la situación original eligieran, efectivamente, los dos principios de Rawls, considerando que son los que más favorecen su propio inte-

rés. Aparentemente, Rawls piensa que ese hecho serviría de argumento en favor de estos dos principios en cuanto estándar que sirviera para verificar la justicia de instituciones políticas concretas, pero no es inmediatamente evidente por qué haya de ser así.

Si un grupo conviene por adelantado que las disputas entre sus miembros se han de zanjar de determinada manera, la existencia de ese contrato será un poderoso argumento en el sentido de que tales disputas, cuando se plantean, se deben zanjar de esa manera. El contrato sería en sí mismo un argumento, independientemente de la fuerza de las razones que puedan haber llevado a diferentes personas a participar en él. De ordinario, por ejemplo, cada una de las partes supone que el contrato que firma favorece su propio interés; pero si alguien ha cometido un error en el cálculo de lo que es su interés, el hecho de que haya establecido el contrato es una razón válida para defender la equidad de exigirle, sin embargo, que se atenga a lo pactado.

Rawls no supone que haya habido algún grupo que entró en un contrato social tal como él lo describe. Lo único que sostiene es que si un grupo de seres racionales se encontrara en la situación estipulada por la posición original, su contrato abarcaría los dos principios. El contrato de Rawls es hipotético, y los contratos hipotéticos no constituyen un argumento independiente que sirva de base a la equidad de la imposición de su contenido. Un contrato hipotético no es simplemente una forma desvaída de un contrato real; lisa y llanamente, no es un contrato.

Si, por ejemplo, estoy jugando a un juego, es probable que me hubiera manifestado de acuerdo con una cantidad de reglas básicas, si me lo hubiesen preguntado antes de jugar. De ello no se sigue que se me puedan imponer coactivamente esas reglas si, de hecho, no me he mostrado de acuerdo con ellas. Por cierto, debe de haber razones por las cuales yo habría accedido si me lo hubieran preguntado antes, y es posible que éstas sean también las razones por las cuales es justo imponerme coactivamente esas reglas aunque yo no esté de acuerdo. Pero mi acuerdo hipotético no cuenta como una razón, independiente de esas otras razones, para imponerme coactivamente esas reglas, como habría sucedido con mi consentimiento real.

Supongamos que el lector y yo estamos jugando al póquer, y que en mitad de una mano descubrimos que en la baraja falta un naipe. Usted sugiere que anulemos la mano,

pero yo me niego, porque sé que voy a ganar y quiero el dinero que hay en la banca. Usted podría decir que, seguramente, yo habría estado de acuerdo con ese proceder, si se hubiera planteado por anticipado la posibilidad de que en la baraja faltara una carta. Pero lo que quiere decir no es que yo esté de algún modo obligado a anular la mano por un acuerdo que nunca acepté. Lo que hace, más bien, es usar el recurso de un acuerdo hipotético para señalar algo que se podría haber señalado sin echar mano de ese recurso; a saber, que la solución que se recomienda es de una equidad y una sensatez tan obvias que sólo alguien con un interés contrario podría estar en desacuerdo con ella. Su principal argumento es que su solución es equitativa y sensata, y el hecho de que yo mismo podría haber optado por ella no agrega nada sustancial a ese argumento. Si puedo refutar el argumento principal, no es necesario responder a —ni excusarme de— nada que se deriva de su afirmación de que yo me habría mostrado de acuerdo.

Además, en algunas circunstancias, el hecho de que yo hubiera estado de acuerdo no hace pensar siquiera en ese tipo de argumento independiente. Todo depende de sus razones para suponer que yo habría estado de acuerdo. Supongamos que usted dice que yo habría estado de acuerdo si usted hubiera planteado la cuestión e insistido en la solución que usted propicia, porque a mí me apetecía muchísimo jugar y habría cedido antes que perder la oportunidad. Yo podría admitir que habría accedido por esa razón, y agregar después que por suerte a usted no se le ocurrió plantearlo. El hecho de que habría accedido si usted hubiera insistido no agrega nada, y tampoco sugiere argumento alguno por el cual yo haya de acceder ahora. La cuestión no es que hubiera sido injusto de su parte insistir en su propuesta como condición para jugar; de hecho, no habría sido así. Si usted hubiera seguido defendiendo su propuesta, y yo hubiera accedido, no podría decir que mi asentimiento estuviera de alguna manera invalidado o que fuera cuestionable por razones de compulsión. Pero, si en verdad no me hubiera mostrado de acuerdo, el hecho de que pudiera haber sido así es algo que, en sí mismo, no significa nada.

No quiero decir que jamás venga al caso, para decidir si un acto que afecta a alguien es justo, la consideración de que, si le hubieran preguntado, habría consentido. Si un médico encuentra a un hombre inconsciente y desangrándose, por ejemplo, podría ser importante para él preguntar si, en

caso de estar consciente, el hombre consentiría en que se le practicase una transfusión. Aun cuando haya todas las razones para pensar que sí, el hecho es importante para justificar la transfusión si después, probablemente por razones religiosas, el paciente condenase al médico por su actuación. Pero un caso como éste va más allá de lo que nos interesa, porque el acuerdo hipotético del paciente demuestra que su voluntad se inclinaba, en el momento y en las circunstancias en que la decisión fue tomada, hacia esa decisión. El paciente no ha perdido nada por no ser consultado en el momento adecuado, porque si lo hubieran consultado habría consentido. El argumento de la posición original es muy diferente. Si suponemos que defiende la equidad de aplicar los dos principios, debemos suponer que sostiene que porque un hombre habría dado su acuerdo a ciertos principios si le hubieran preguntado de antemano, es justo aplicarle esos principios más adelante, en circunstancias diferentes y cuando él no les da su acuerdo.

Pero el argumento es incorrecto. Supongamos que yo no sabía, el lunes, el valor de un cuadro; si ese día usted me hubiera ofrecido \$ 100 por él, habría aceptado. El martes descubrí que era valioso. Usted no puede argumentar que sería justo que los tribunales me obligaran a vendérselo el miércoles por \$ 100. Puede ser buena suerte mía que a usted no se le haya ocurrido comprármelo el lunes, pero eso no justifica que más adelante se ejerza coerción alguna sobre mí.

Por consiguiente, debemos tratar el argumento de la posición original de la misma manera que tratamos el argumento de usted en la partida de naipes; debe ser un recurso para llamar la atención sobre algún argumento que sostiene independientemente la equidad de los dos principios; un argumento que no se apoya en la falsa premisa de que un contrato hipotético tenga alguna diluida fuerza de obligación. ¿Qué otro argumento hay? Se podría decir que la posición original demuestra que los dos principios favorecen los mejores intereses de todos los miembros de cualquier comunidad política, y que por esa razón es equitativo gobernar de acuerdo con ellos. Es verdad que si se pudiera demostrar que los dos principios favorecen el interés de todos, sería un sólido argumento en favor de su equidad, pero es difícil ver de qué manera se podría usar la posición original para demostrarlo.

Debemos tener cuidado en distinguir dos sentidos en los

cuales se puede decir que algo favorece mi interés. Favorece mi interés *antecedente* hacer una apuesta a un caballo que, habida cuenta de todos los factores, ofrece las mejores probabilidades, aun cuando, después, el caballo pierda. Favorece mi interés *actual* apostar al caballo que gana, aun cuando, en el momento de hacerla, mi apuesta fuera una tontería. Si la posición original proporciona un argumento demostrativo de que la aceptación de los dos principios con preferencia a otras bases posibles para una constitución favorece el interés de todos, un argumento tal debe valerse de la idea del interés antecedente y no del interés actual. La elección de los dos principios no favorece los mejores intereses actuales de cada uno, porque cuando se levante el velo de la ignorancia algunos descubrirán que habrían estado mejor si se hubiera optado por algún otro principio, tal como el principio de la utilidad promedio.

Un juicio del interés antecedente depende de las circunstancias en que se lo formula, y en particular del conocimiento de que dispone quien formula el juicio. Apostar por un caballo que tiene ciertas posibilidades antes del disparo de salida podría favorecer mi interés antecedente, pero no lo favorecería, por lo menos con las mismas probabilidades, una apuesta hecha después que ha dado un tropezón en la primera vuelta. Por consiguiente, que una determinada elección favorezca mi interés en un momento dado, en condiciones de gran incertidumbre, no constituye un buen argumento en favor de la equidad de imponerme después esa misma elección en condiciones de mucha mayor información. Pero eso es lo que, según esta interpretación, hace pensar el argumento de la posición original, porque intenta justificar el uso contemporáneo de los dos principios basándose en el supuesto de que, en condiciones muy diferentes de las presentes, acceder a ellos favorecería el interés antecedente de todos. Si yo he hecho una apuesta temeraria, es posible que favorezca mi interés antecedente venderle a usted, antes de la carrera, el boleto de apuesta a un precio doble del que he pagado; de ello no se sigue que de su parte sea honesto comprármelo por esa suma cuando la apuesta está a punto de ganar.

En este momento, alguien podría decir que he entendido mal el sentido de las especiales condiciones de incertidumbre en la posición original. Se parte de la base de que cada uno ignora sus especiales recursos y talentos para impedir que tengan en cuenta principios que son inherentemente injus-

tos, porque favorecen alguna dotación de recursos y talentos con preferencia a otras. Si el hombre que está en la posición original no conoce sus intereses particulares, no puede negociar intentando favorecerlos. En ese caso, se podría decir, la incertidumbre de la posición original no vicia el argumento del interés antecedente tal como lo he sugerido, sino que limita el alcance dentro del cual puede operar el propio interés. El argumento demuestra que los dos principios son en interés de todos una vez que, mediante el recurso de la incertidumbre, se han apartado de la consideración los principios evidentemente injustos. Puesto que el único conocimiento adicional que los hombres y mujeres contemporáneos tienen sobre los hombres y mujeres que se encuentran en la posición original es un conocimiento en el cual no deben basarse para escoger principios de justicia, su interés antecedente —en la medida en que viene al caso— es el mismo, y si es así, el argumento de la posición original es un buen argumento para defender la aplicación de los dos principios a la política contemporánea.

Pero sin duda este razonamiento confunde el argumento de Rawls con un argumento diferente, que podría haber hecho. Supongamos que sus hombres y mujeres tuvieran pleno conocimiento de sus gustos y talentos, pero tuvieran que llegar a un acuerdo en condiciones tales que excluyeran, por simple estipulación, los principios evidentemente injustos, como aquellos que proporcionarían ventajas especiales a determinados individuos. Si Rawls pudiera demostrar que, una vez dejados de lado principios tan evidentemente injustos, llegar a un acuerdo sobre sus dos principios sería lo mejor para los intereses de todos, eso constituiría, efectivamente, un argumento en defensa de los dos principios. Lo que yo señalo —que el propio interés antecedente de los hombres puestos en la posición original es diferente del de los hombres contemporáneos— ya no sería válido, porque entonces ambos grupos tendrían el mismo conocimiento de sí mismos y estarían sujetos a las mismas restricciones morales que les impedirían la elección de principios evidentemente injustos.

Sin embargo, el verdadero argumento de Rawls es muy diferente. La ignorancia en que deben elegir sus sujetos afecta a sus cálculos de interés propio y no es posible describirla simplemente como el establecimiento de límites dentro de los cuales se deben aplicar tales cálculos. Rawls supone, por ejemplo, que sus hombres escogerían inevitablemente principios conservadores porque ésta sería, en su ignorancia.

la única elección racional que podrían hacer hombres guiados por su propio interés. Pero algunos hombres reales, conscientes de sus propios talentos, bien podrían preferir principios menos conservadores, que les permitieran sacar partido de los recursos que saben que tienen. Alguien que considere la posición original como un argumento en favor de los principios conservadores se enfrenta, por consiguiente, con esta opción. Si principios menos conservadores, como los que favorecen a determinados individuos, han de ser excluidos por obviamente injustos, entonces el argumento en favor de los principios conservadores es correcto desde el comienzo, sobre la sola base de su evidente equidad. En ese caso, ni la posición original ni ninguna de las consideraciones de interés propio que ésta tiende a demostrar desempeñan papel alguno en el argumento. Pero si no se pueden excluir por anticipado, por evidentemente injustos, los principios menos conservadores, entonces la imposición de ignorancia a los hombres de Rawls, de manera que prefieran los principios más conservadores, no se puede explicar simplemente como una exclusión de las opciones evidentemente injustas. Y puesto que esto afecta al interés propio antecedente de esos hombres, el argumento de que la posición original demuestra el interés propio antecedente de los hombres actuales debe fallar. El mismo dilema, por cierto, se puede plantear para cada rasgo de los dos principios.

Reconozco que hasta el momento el razonamiento parece ignorar un rasgo distintivo de la metodología de Rawls, que él describe como la técnica de buscar un «equilibrio reflexivo» entre nuestras creencias morales ordinarias e irreflexivas y alguna estructura teórica que pueda unificar y justificar estas creencias ordinarias.² Ahora se podría decir que la idea de una posición original desempeña un papel en este equilibrio reflexivo, equilibrio que no alcanzaremos si insistimos, como yo lo he hecho, en tratar de encontrar un argumento más directo e inequívoco que lleve de la posición original a los dos principios de justicia.

La técnica del equilibrio desempeña un importante papel en el argumento de Rawls, y vale la pena describirla aquí brevemente. La técnica supone que los lectores de Rawls tienen un sentido, en el cual confiamos en la vida cotidiana, de que ciertas y determinadas disposiciones o decisiones políticas, como los procesos convencionales, son justas, y otras —como la esclavitud— son injustas. Supone, además, que cada uno de nosotros es capaz de disponer tales intuiciones

inmediatas o convicciones en un orden que atribuye a algunas de ellas más certidumbre que a otras. La mayoría de las personas, por ejemplo, piensan que es evidentemente más injusto que el estado ejecute a sus propios ciudadanos inocentes que la matanza de civiles extranjeros inocentes en caso de guerra. Tras cierta discusión, podrían estar dispuestos a abandonar su posición respecto de los civiles extranjeros en caso de guerra, pero se mostrarían mucho más renuentes a abandonar su punto de vista sobre la ejecución de conciudadanos inocentes.

De acuerdo con la técnica del equilibrio, es tarea de la filosofía moral proporcionar una estructura de principios que fundamentalmente esas convicciones inmediatas de las cuales estamos más o menos seguros, teniendo presentes dos objetivos. Primero, esta estructura de principios debe explicar las convicciones demostrando los supuestos subyacentes que reflejan; segundo, debe proporcionar una guía en aquellos casos respecto de los cuales no tenemos convicciones, o bien éstas son débiles o contradictorias. Si no estamos seguros, por ejemplo, de si las instituciones económicas que dan margen a gran disparidad de riqueza son injustas, podemos volvernos a los principios que explican las convicciones en que confiamos y aplicarlos después al problema difícil.

Pero el proceso no consiste simplemente en encontrar principios que se acomoden a nuestros juicios más o menos establecidos. Estos principios deben servir de base a nuestros juicios, no explicarlos, simplemente, y esto significa que los principios deben apelar en forma independiente a nuestro sentido moral. Podría ser, por ejemplo, que se pudiera demostrar que un conjunto de convicciones morales ordinarias están al servicio de una política indigna; digamos, que los juicios estándar que hacemos sin reflexión alguna sirven a los fines de mantener el poder político en manos de una clase determinada. Pero este descubrimiento no confirma el principio del egoísmo de clase; por el contrario, desacreditaría nuestros juicios ordinarios, a no ser que se pudiera encontrar otro principio de naturaleza más respetable que se adecue también a nuestras intuiciones, en cuyo caso sería este principio y no el principio del interés de clase aquello que recomendarían nuestras intuiciones.

Podría ser que no se pudiera hallar ningún conjunto coherente de principios últimos que sirvan de base a todas y cada una de nuestras convicciones inmediatas; es más, sería sorprendente que no fuera éste, con frecuencia, el caso. Si tal

sucede, debemos llegar a un compromiso, cediendo en ambos aspectos. Podríamos relajar, aunque no abandonar, nuestro sentido inicial de lo que podría ser un principio aceptable. Podríamos llegar a aceptar, por ejemplo, tras haber reflexionado más, algún principio que inicialmente no nos pareció atractivo; quizás el principio de que a veces a los hombres hay que obligarlos a ser libres. Podríamos aceptar ese principio si nos persuadiéramos de que no hay otro, menos duro, que pueda servir de base al conjunto de convicciones políticas que nos resistimos especialmente a abandonar. Por otra parte, también debemos estar dispuestos a modificar o adaptar, e incluso a abandonar totalmente, las convicciones inmediatas que no puedan tener cabida bajo ningún principio que satisfaga nuestros ya relajados estándares; para adaptar estas convicciones inmediatas nos valdremos de nuestro sentido inicial de cuáles nos parecen más seguras y cuáles menos, aunque en principio no se puede considerar que ninguna convicción inmediata sea inmune a una nueva inspección, ni el abandono si éste resulta necesario. Podemos esperar un proceso de vaivén entre nuestros juicios inmediatos y la estructura de los principios explicativos de esta manera, estableciendo ajustes primero con un lado y después con el otro, hasta que lleguemos a lo que Rawls llama el estado de equilibrio reflexivo, en el cual estamos satisfechos, o por lo menos tan satisfechos como razonablemente cabe esperar.

Bien puede ser que, para la mayoría de nosotros al menos, nuestros juicios políticos habituales mantengan esa relación de equilibrio reflexivo con los dos principios de justicia de Rawls, o que por lo menos puedan llegar a alcanzarla mediante el proceso de ajuste que acabamos de describir. Pese a ello, no está claro cómo encaja en esta estructura la idea de la posición original, ni siquiera por qué ha de desempeñar algún papel en ella. La posición original no se cuenta entre las convicciones políticas que de ordinario tenemos y para cuya justificación recurrimos al equilibrio reflexivo. Si algún papel desempeña, debe ser en el proceso de justificación, porque tiene su lugar en el cuerpo teórico que construimos con el fin de equilibrar nuestras convicciones. Pero si los dos principios de justicia están a su vez en equilibrio reflexivo con nuestras convicciones, no está claro por qué necesitamos de la posición original como suplemento de los dos principios del lado teórico de la balanza. ¿Qué puede aportar la idea a una armonía ya establecida?

Debemos considerar la siguiente respuesta. Una de las

condiciones que imponemos a un principio teórico, antes de permitir que figure como justificación de nuestras convicciones, es que la gente a quien el principio gobernaría lo hubiese aceptado, por lo menos dadas ciertas condiciones, en caso de haber sido consultada, o por lo menos que se pueda demostrar que el principio favorece el interés antecedente de cada una de tales personas. De ser así, la posición original desempeña una parte especial en el proceso de justificación mediante el equilibrio. Se la usa para demostrar que los dos principios se conforman con la pauta de aceptabilidad establecida para los principios políticos. Al mismo tiempo, el hecho de que los dos principios, que efectivamente están conformes con esa pauta, justifiquen nuestras convicciones ordinarias en equilibrio reflexivo refuerza nuestra fe en la pauta y nos alienta a aplicarla a otros problemas de la filosofía política o la ética.

Esta respuesta no fundamenta, sin embargo, la afirmación de que la posición original proporciona un argumento en favor de los dos principios; simplemente vuelve a enunciar las ideas que ya hemos considerado y rechazado. Ciertamente, no es parte de nuestras tradiciones políticas establecidas ni de nuestra comprensión moral ordinaria el que los principios sólo sean aceptables si hubieran de ser elegidos por hombres puestos en la situación tan peculiar de la posición original. Por supuesto, es parte de estas tradiciones que los principios son justos si de hecho han sido escogidos por aquellos a quienes gobiernan, o si por lo menos se puede demostrar que favorecen el interés antecedente común a tales personas. Pero ya hemos visto que no se puede usar el recurso de la posición original como apoyo de ninguno de estos argumentos en favor de la aplicación de los dos principios a la política contemporánea. Si la posición original ha de desempeñar algún papel en una estructura de principios y convicciones en equilibrio reflexivo, habrá de ser en virtud de supuestos que todavía no hemos identificado.

Es hora de que volvamos a considerar un supuesto anterior. Hasta el momento, he venido tratando la construcción de la posición original como si fuera el fundamento del argumento de Rawls, o bien un ingrediente de un equilibrio reflexivo establecido entre nuestras intuiciones políticas y sus dos principios de justicia. Pero en realidad, Rawls no trata de esa manera la posición original. La descripción que él da es la siguiente:

He insistido en que esta posición original es puramente hipotética. Es natural preguntarse por qué, si de hecho nunca se llega a este acuerdo, hemos de interesarnos por estos principios, morales o de otra índole. La respuesta es que las condiciones expresadas en la descripción de la posición original son las que de hecho aceptamos. O, si no, las que quizá podamos vernos llevados a aceptar por la reflexión filosófica. Para cada aspecto de la situación contractual se pueden proporcionar fundamentos. ... Por otra parte, esta concepción es también una idea intuitiva que sugiere su propia elaboración, de manera que guiados por ella nos vemos llevados a definir con mayor claridad el punto de vista a partir del cual podemos interpretar mejor las relaciones morales. Necesitamos una concepción que nos permita enfocar desde lejos nuestro objetivo: es lo que ha de hacer para nosotros la noción intuitiva de la posición original.³

Esta descripción está tomada del primer enunciado que presenta Rawls de la posición original, y que se recuerda y se repite en el último párrafo del libro.⁴ Evidentemente, su importancia es capital, y hace pensar que la posición original, lejos de ser el fundamento de su argumento, o un recurso para la exposición de la técnica del equilibrio, es uno de los principales productos sustantivos de la teoría como tal. Su importancia se refleja en otro pasaje decisivo. Rawls describe su teoría moral como un tipo de psicología. Quiere caracterizar la estructura de nuestra capacidad (o, por lo menos, de la de una persona) para hacer cierta clase de juicios morales, es decir, juicios sobre la justicia. Piensa que las condiciones expresadas en la posición original son los fundamentales «principios que rigen nuestros poderes morales o, más específicamente, nuestro sentido de la justicia».⁵ La posición original es, por ende, una representación esquemática de un determinado proceso mental de algunos seres humanos por lo menos, y quizá de la mayoría, así como, según él sugiere, la estructura profunda de la gramática es la presentación esquemática de una capacidad mental diferente.

Todo esto lleva a pensar que la posición original es una conclusión intermedia, un punto a mitad de camino hacia una teoría más profunda que proporciona argumentos filosóficos para sus condiciones. En la parte siguiente de este ensayo procuraré describir por lo menos los rasgos principales de esa teoría más profunda. Distinguiré tres características de la argumentación superficial del libro —la técnica de equilibrio, el contrato social y la posición original en sí misma—

e intentaré discernir cuáles son los diversos principios o posiciones filosóficas ordinarias que representan.

Primero, sin embargo, he de decir una palabra más sobre la idea, sugerente aunque imprecisa, de Rawls: que los principios de esa teoría más profunda son constitutivos de nuestra capacidad moral. Es una idea que se puede entender en diferentes niveles de profundidad. En el menos profundo, puede significar que los principios que fundamentan la posición original como recurso para razonar sobre la justicia son compartidos tan ampliamente y tan poco cuestionados en el seno de una determinada comunidad —a quien va dirigido el libro—, que la comunidad no podría abandonar tales principios sin cambiar fundamentalmente los patrones que guían su razonamiento y su discusión en asuntos de moralidad política. En el más profundo, puede significar que tales principios son categorías innatas de la moralidad, comunes a todos los hombres, inmanentes o impresos en su estructura neurológica de modo que el hombre no podría negar esos principios sin abandonar totalmente el poder de razonar sobre asuntos morales.

En lo que sigue tomaré como guía de mi exposición la interpretación menos profunda, aunque creo que lo que diré es congruente con la más profunda. Supondré, pues, que hay un grupo de hombres y de mujeres que, al leer a Rawls, descubren que la posición original les impresiona como una «noción intuitiva» adecuada como punto de partida para plantear problemas de justicia, y que la encontrarían convincente si se pudiera demostrar que las partes colocadas en la posición original establecerían efectivamente un contrato que estipulase los dos principios que él describe. Supongo, sobre la base de la experiencia y de la bibliografía, que este grupo abarca a un número muy grande de las personas que piensan en la justicia, sin más ni más, y descubro que yo mismo pertenezco a él. Quiero descubrir los supuestos ocultos que guían en ese sentido las inclinaciones del grupo, y lo haré repitiendo la pregunta con la cual comencé. ¿Por qué el argumento de Rawls sirve de base a su afirmación de que sus dos principios son principios de justicia? Mi respuesta es compleja y, en ocasiones, nos alejará de su texto, pero no —eso espero— de su espíritu.

2

A. *El equilibrio*

Empezaré por considerar la base filosófica de la técnica del equilibrio que acabo de describir. A ello debo dedicar varias páginas, pero es importante entender qué rasgos sustantivos de la teoría profunda de Rawls son los que exige su método. Esta técnica presupone, como ya dije, un hecho familiar de nuestra vida moral. Todos abrigamos creencias sobre la justicia, que mantenemos porque nos parece bien, no porque las hayamos deducido o inferido de otras creencias. De esta manera podemos creer, por ejemplo, que la esclavitud es injusta y que la forma ordinaria de juicio es justa.

De acuerdo con algunos filósofos, estas diferentes clases de creencias son percepciones directas de algunos hechos morales independientes y objetivos. En opinión de otros filósofos, no son más que preferencias subjetivas, no del todo diferentes de los gustos, pero que se visten con el lenguaje de la justicia para indicar lo importantes que nos parecen. En todo caso, cuando reflexionamos sobre la justicia usamos estas creencias habituales —que llamamos «intuiciones» o «convicciones»— aproximadamente de la misma manera que sugiere la técnica del equilibrio de Rawls. Comparamos las teorías generales de la justicia con nuestras propias intuiciones e intentamos confundir a quienes están en desacuerdo con nosotros demostrándoles cómo sus propias intuiciones van en desmedro de sus teorías.

Supongamos que intentamos justificar este proceso estableciendo una posición filosófica sobre la conexión entre teoría moral e intuición moral. La técnica del equilibrio supone lo que podríamos llamar una teoría «de la coherencia» de la moralidad.⁶ Pero tenemos una opción entre dos modelos generales que definen la coherencia y explican el porqué de su exigencia, y la opción entre ellos es significativa y tiene consecuencias para nuestra filosofía moral. Describiré estos dos modelos y demostraré después que la técnica del equilibrio tiene sentido en uno de ellos, pero no en el otro.

Lamaré al primero el modelo «natural». Presupone una posición filosófica que es posible resumir de esta manera. Las teorías de la justicia, como los dos principios de Rawls, describen una realidad moral objetiva; es decir que no han sido creadas, sino más bien descubiertas por los hombres o

las sociedades, tal como se descubren las leyes de la física. El instrumento principal de tal descubrimiento es una facultad moral, que por lo menos algunos hombres poseen, que en determinadas situaciones produce intuiciones concretas de moralidad política, tal como la intuición de que la esclavitud es injusta. Esas intuiciones son indicios de la naturaleza y existencia de principios morales más abstractos y más fundamentales, tal como las observaciones físicas son indicios de la existencia y naturaleza de leyes físicas fundamentales. El razonamiento moral o la filosofía moral es un proceso de reconstrucción de los principios fundamentales mediante la disposición de los juicios concretos en el orden correcto, así como el naturalista reconstruye la forma de un animal entero a partir de los fragmentos de hueso que ha encontrado.

El segundo modelo es muy diferente. No trata las intuiciones de justicia como indicios de la existencia de principios independientes, sino más bien como rasgos estipulados de una teoría general aún por construir, como si un escultor se propusiera esculpir el animal que mejor se adecue a una pila de huesos que ha encontrado casualmente. Este modelo «constructivo» no supone, como el modelo natural, que los principios de justicia tengan ninguna existencia fija y objetiva, de modo que las descripciones de tales principios deban ser verdaderas o falsas de alguna manera estándar. No supone que el animal que hace coincidir con los huesos exista realmente. Establece el supuesto, diferente y en ciertos sentidos más complejo, de que hombres y mujeres tienen la responsabilidad de organizar los juicios particulares sobre cuya base actúan en un programa de acción coherente o, por lo menos, que éste es el tipo de responsabilidad que tienen los funcionarios que ejercen el poder sobre otros hombres.

Este segundo modelo, el constructivo, no es ajeno a la experiencia de los juristas. Es análogo a uno de los modelos de adjudicación del derecho consuetudinario. Supongamos que un juez se vea frente a una demanda nueva, por ejemplo, una demanda de daños y perjuicios basada sobre un derecho a la intimidad que, hasta el momento, los tribunales no han reconocido.⁷ Debe examinar todos aquellos precedentes que parezcan venir al caso para ver si algún principio que sea «innato», digamos, en tales precedentes, incide sobre el pretendido derecho a la intimidad. Podríamos considerar que este juez está en la situación de un hombre que, a partir de sus intuiciones morales, quiere llegar razonadamente

a una teoría moral general. Los precedentes dados son análogos a las intuiciones; el juez trata de llegar a una adecuación entre esos precedentes y un conjunto de principios que podrían justificarlos y, además, justificar nuevas decisiones que los trasciendan. No supone, sin embargo, que los precedentes sean atisbos de una realidad moral y, por ende, indicios de principios objetivos que él acaba por declarar. No cree que los principios sean, en este sentido, algo «innato» en los precedentes. En cambio, y dentro del espíritu del modelo constructivo, acepta los precedentes como especificaciones de un principio que él debe construir, precisándolo, a partir de un sentimiento de responsabilidad y por congruencia con lo que ha sucedido antes.

Quiero subrayar la importante diferencia entre los dos modelos. Supongamos que un funcionario defiende, con razonable convicción, alguna intuición imposible de reconciliar con el resto de sus intuiciones mediante ningún conjunto de principios del que, por el momento, pueda echar mano. Es posible, por ejemplo, que piense que es injusto castigar un intento de asesinato con la misma severidad que un asesinato, y que sin embargo no pueda reconciliar su posición con la idea de que la consideración exclusiva de las intenciones, y no de lo que realmente sucedió, constituye una evaluación adecuada de la culpabilidad de un hombre. O bien puede creer que una determinada minoría radical tiene, como tal, derecho a especial protección, sin que pueda reconciliar esa opinión con su punto de vista de que las distinciones basadas en la raza son inherentemente injustas con los individuos. Cuando un funcionario se encuentra en esta situación, los dos modelos le ofrecen orientaciones diferentes.

El modelo natural defiende la tesis de seguir la intuición, por inquietante que sea, y no hacer caso de la contradicción manifiesta, en espera de que, de hecho, exista —aun cuando todavía no haya sido descubierto— un conjunto de principios más complejo y refinado, capaz de reconciliar esa intuición. De acuerdo con este modelo, el funcionario está en la situación del astrónomo que tiene datos empíricos claros, pero que todavía no puede conciliarlos en una explicación coherente, digamos, de los orígenes del sistema solar. Nuestro hombre sigue aceptando y empleando sus datos empíricos, y pone su fe en la idea de que exista alguna explicación que los armonice, aunque hasta el momento no haya sido descubierta por los hombres y por más que, hasta donde él sabe, quizá nunca lo sea.

El modelo natural defiende esta idea porque se basa en una posición filosófica que favorece la analogía entre las intuiciones morales y los datos empíricos. Si se parte de tal supuesto, tiene sentido suponer que las observaciones directas, realizadas por mediación de una facultad moral, han excedido la capacidad explicativa de los observadores. También tiene sentido suponer que de hecho, a pesar de este fracaso, existe alguna explicación correcta que asume la forma de principios de moralidad; si las observaciones directas son correctas, debe de existir alguna explicación de por qué las cosas son como se ha observado que son en el universo moral, así como debe de existir alguna explicación de por qué las cosas son como se ha observado que son en el universo físico.

El modelo constructivo, sin embargo, no defiende la actitud de hacer caso omiso de las incongruencias, en la esperanza de que deben existir principios que resuelvan las cosas. Por el contrario, exige que las decisiones tomadas en el nombre de la justicia no excedan jamás la capacidad de un funcionario de dar cuenta de tales decisiones en una teoría de la justicia, aun cuando una teoría tal haya de poner en peligro alguna de sus intuiciones. Exige que la base de nuestra acción sea el principio, más bien que la fe. Su motor es una doctrina de la responsabilidad que reclama a los hombres que integren sus intuiciones y que, cuando es necesario, subordinen algunas de ellas a esa responsabilidad. Presupone que para cualquier concepción de la justicia es esencial una coherencia expresa, y que las decisiones se tomen de acuerdo con un programa que se pueda hacer público y seguir mientras no se cambie. En la situación que describo, y guiado por este modelo, un funcionario debe renunciar a su posición aparentemente incongruente, y debe hacerlo aun cuando espere que un día ulteriores reflexiones lo llevarán a encontrar argumentos mejores, que le permitan erigir en principios todas sus convicciones iniciales.⁸

El modelo constructivo no descansa en presupuestos escépticos ni relativistas. Por el contrario, supone que cada hombre y cada mujer que razone dentro de las líneas del modelo sostendrá sinceramente las convicciones con que se acerca a él, y que esa sinceridad se extenderá a la crítica de actos o sistemas políticos que ofenden lo más profundo de tales convicciones, considerándolos injustos. El modelo no niega, pero tampoco afirma, la condición objetiva de ninguna de estas convicciones; por consiguiente, es coherente

con la ontología moral que presupone el modelo natural aunque, como modelo de razonamiento, no la exija.

No exige tal ontología porque sus requisitos son independientes de ella. El modelo natural insiste en la congruencia con la convicción, partiendo del supuesto de que las intuiciones morales son observaciones precisas; la exigencia de congruencia se sigue de tal supuesto. El modelo constructivo insiste en la congruencia con la convicción como requisito independiente, que no emana del supuesto de que tales convicciones son informes precisos, sino de un supuesto diferente: que no es justo que los funcionarios actúen si no es sobre la base de una teoría pública general que los obligue a la congruencia, proporcione un estándar público que permita poner a prueba, discutir o predecir lo que hacen y no permita apelaciones a intuiciones excepcionales que, en los casos particulares, puedan constituirse en máscaras del prejuicio o del interés particular. El modelo constructivo exige, pues, coherencia por razones independientes de moralidad política; toma como datos las convicciones sostenidas con la necesaria sinceridad, y procura imponer condiciones a los actos de los que tales intuiciones se podrían considerar garantía. Si el modelo constructivo ha de construir una moralidad, en cualquiera de los sentidos que he distinguido, estas razones independientes de moralidad política constituyen el núcleo de nuestras teorías políticas.

Por consiguiente, los dos modelos representan puntos de vista diferentes a partir de los cuales se pueden formular teorías de la justicia. Podríamos decir que el modelo natural considera las intuiciones desde el punto de vista personal del individuo que las tiene y que las da por observaciones discrecionales de la realidad moral. El modelo constructivo contempla dichas intuiciones desde un punto de vista más público; es un modelo que alguien podría proponer **para el gobierno** de una comunidad donde las firmes convicciones de cada uno de los miembros difieren, aunque no demasiado, de las convicciones que sostienen los demás.

Desde este punto de vista público, el modelo constructivo es atractivo por una razón adicional. Se adecua bien a la consideración colectiva de los problemas de justicia, es decir, a la formulación de una teoría de la que se pueda decir que es la teoría de una comunidad, y no de individuos particulares, una empresa que es importante, por ejemplo, en la adjudicación. La gama de convicciones iniciales que se han de afirmar puede expandirse o contraerse para acomodarse

a las intuiciones de un grupo de mayor o menor tamaño, ya sea incluyendo todas las convicciones mantenidas por cualquier miembro o excluyendo aquellas que no todos defienden, según lo requiera el caso particular. Este proceso sería autodestructivo para el modelo natural, porque cada individuo creería que se están teniendo en cuenta observaciones falsas o bien que se están pasando por alto observaciones precisas, y por lo tanto, que quedaba invalidado el paso inferencial a la moralidad objetiva. Pero para el modelo constructivo, la objeción sería inasequible; aplicado así, el modelo sería adecuado para identificar el programa de justicia que mejor se adapte a las convicciones comunes de la comunidad, por ejemplo, sin pretender dar descripción alguna de un universo moral objetivo.

¿Cuál de estos modelos proporciona, pues, mejor base a la técnica del equilibrio? Aparentemente, algunos comentaristas han supuesto que la técnica compromete a Rawls con el modelo natural.⁹ Pero el vínculo entre este modelo y la técnica del equilibrio resulta no ser más que superficial; un sondeo más profundo nos demostrará que son incompatibles. En primer lugar, el modelo natural no puede explicar un rasgo distintivo de la técnica. Explica por qué nuestra teoría de la justicia debe adecuarse a nuestras intuiciones sobre la justicia, pero no por qué estamos justificados al rectificar tales intuiciones para que la adecuación sea más segura.

La noción que ofrece Rawls del equilibrio es, como ya dije, la de un proceso dual; hacemos un movimiento de avance y retroceso entre adaptaciones a la teoría y adaptaciones a la convicción, hasta lograr la mejor adecuación posible. Si, por lo demás, mis convicciones establecidas pueden ser alteradas, por ejemplo, por una teoría de la justicia francamente utilitarista, eso puede ser una razón —dentro de la técnica— para descartar mi intuición según la cual la esclavitud estaría mal aun cuando favoreciera el bien de la comunidad. Pero para el modelo natural, hacer eso sería nada menos que eliminar o excluir pruebas, como si un naturalista borrase las huellas que frustran sus esfuerzos por describir al animal que las dejó, o un astrónomo no tuviese en cuenta las observaciones que no encuentran cabida en su teoría.

Debemos tener cuidado de no perder de vista este punto mediante rebuscadas disquisiciones sobre la ciencia. Es común decir, y el propio Rawls establece la comparación,¹⁰ que también los científicos acomodan sus pruebas para lograr un conjunto de principios explicativos recíprocamente bien tra-

bados. Pero, si de alguna manera es así, el procedimiento que siguen es muy diferente de los que recomienda la técnica del equilibrio. Consideremos, para elegir un ejemplo común, las ilusiones ópticas o alucinaciones. Es perfectamente cierto que el hombre de ciencia que ve agua en la arena no dice que allí hay realmente un estanque mientras no llega a él, de manera que es menester revisar la física para que sea posible explicar la desaparición del agua; por el contrario, el científico utiliza la desaparición manifiesta como prueba de una ilusión, es decir, como prueba de que, contrariamente a su observación, allí en ningún momento hubo agua.

Por cierto que el científico no puede dejar así las cosas; no puede desentenderse de los espejismos a menos que complemente las leyes de la física con leyes ópticas que los expliquen. Es posible que, en cierto sentido, tenga una opción entre conjuntos concurrentes de explicaciones de la totalidad de sus observaciones. Por ejemplo, puede tener la opción entre considerar los espejismos como una clase especial de objetos físicos, y rectificar las leyes de la física para explicar ese tipo de objetos que desaparecen, o bien considerar los espejismos como ilusiones ópticas y formular entonces las leyes ópticas que expliquen tales ilusiones. Tiene la opción en el sentido de que su experiencia no le obliga en forma absoluta a escoger ninguna de esas explicaciones; la primera es una opción posible, aunque elegirla le exigiría llevar a cabo una revisión total, no sólo de la física, sino del sentido común.

Creo que es a eso a lo que se refieren los filósofos que, como Quine, suponen que nuestros conceptos y nuestras teorías se enfrentan con nuestra experiencia como un todo, de manera que, si lo deseamos, podríamos reaccionar ante una experiencia recalcitrante o sorprendente haciendo diferentes revisiones en lugares diferentes de nuestras estructuras teóricas.¹¹ Independientemente de que ésta sea o no una imagen exacta del razonamiento científico, no es una imagen del procedimiento del equilibrio, porque este procedimiento no sostiene simplemente que hay estructuras de principio alternativas para explicar los mismos fenómenos, sino que algunos fenómenos, que asumen la forma de convicciones morales, pueden ser lisa y llanamente ignorados para mejor servir a una teoría determinada.

Es verdad que en ocasiones Rawls describe el procedimiento de manera más inocente. Sugiere que si nuestras teorías tentativas de la justicia no se adecuan a alguna intuición

determinada, este hecho debería actuar como una luz roja que nos obligue a reflexionar si la convicción es realmente tal convicción para nosotros.¹² Si mis convicciones fundamentan un principio de utilidad, pero siento que la esclavitud sería injusta aun cuando favoreciese tal principio, podría volver a pensar en la esclavitud, con más calma, y es posible que esta vez mis intuiciones fueran diferentes y congruentes con mi principio. En este caso, la incongruencia inicial se usa como ocasión para reconsiderar la intuición, pero no como razón para abandonarla.

Aun así, no es necesario que esto suceda; bien podría seguir sintiendo la intuición de la misma manera, por más firmemente que me acorazase contra ella. En ese caso, el procedimiento me autoriza, sin embargo, a dejarla de lado si es necesario para lograr un equilibrio armónico. Pero si lo hago, no estoy ofreciendo una explicación alternativa de las pruebas; simplemente, las estoy ignorando. Alguien cuyas intuiciones fueran diferentes podría decir que las mías están viciadas, quizá debido a alguna vivencia infantil, o porque no tengo la imaginación suficiente para pensar en casos hipotéticos en que la esclavitud favorezca efectivamente el principio de utilidad. Esto es, una persona tal podría decir que en este punto, mi sensibilidad tiene un fallo, de modo que mis intuiciones no son auténticas percepciones de la realidad moral y se las puede dejar de lado como si fueran los juicios incorrectos de un daltónico.

Pero no puedo aceptar, respecto de mí mismo, esa explicación para mis propias convicciones inquietantes, en tanto que siga manteniéndolas y me parezcan sólidas, indistinguibles en su cualidad moral de mis otras convicciones. Estoy en una situación diferente del daltónico, a quien le basta con llegar a entender que las percepciones de los demás difieren de las suyas. Si creo que mis intuiciones son un informe directo de una realidad moral, no puedo aceptar que una intuición determinada sea falsa mientras no llegue a sentir o percibir que es falsa. El mero hecho de que otros discrepen, si discrepan, puede ser ocasión para volver a consultar mis intuiciones, pero si mis convicciones siguen siendo las mismas, el hecho de que otros puedan explicarlas de manera diferente no puede ser razón para que yo las abandone, en vez de mantenerlas en la esperanza de que realmente exista una manera de reconciliarlas con el resto de mis convicciones.

Así pues, el modelo natural no ofrece una explicación satisfactoria de esa característica de vaivén del equilibrio. Y

aunque lo hiciera, dejaría sin explicación otros rasgos de dicha técnica; por ejemplo, el hecho de que los resultados de la técnica, por lo menos cuando la usa Rawls, son necesaria y profundamente prácticos. Los hombres y mujeres a quienes Rawls pone en la posición original intentan hallar principios que resulten fáciles de entender, anunciar y observar, para ellos y para sus sucesores; los que por algún otro motivo sean atrayentes han de ser rechazados o adaptados porque son demasiado complejos o por otras razones no son prácticos en este sentido. Pero los principios de justicia seleccionados en este espíritu son compromisos con la flaqueza y son contingentes, en el sentido de que cambiarán a medida que cambien la condición general y la educación de la gente. Esto parece incongruente con el espíritu, al menos, del modelo natural, de acuerdo con el cual los principios de justicia son rasgos intemporales de alguna realidad moral independiente, a la cual los seres humanos, imperfectos, deben intentar adaptarse lo mejor que puedan.

La técnica del equilibrio, además, está pensada para producir principios que, por lo menos en dos sentidos, son relativos. Primero, está pensada para seleccionar la mejor teoría de la justicia de una lista de teorías alternativas que no sólo debe ser finita, sino lo suficientemente corta como para que las comparaciones entre ellas sean factibles. Esta limitación es importante; lleva al propio Rawls a decir que no duda de que una lista inicial de teorías posibles, que fuera bastante más allá de la lista que él considera, incluiría una teoría de la justicia mejor que sus dos principios.¹³ Segundo, da resultados que son relativos al ámbito de acuerdo inicial entre quienes conjuntamente llevan a cabo los experimentos conjeturales que recomienda. Está pensada, como dice Rawls, para reconciliar a gente que discrepa, estableciendo lo que constituye terreno común entre ellos.¹⁴ Hay que admitir que la prueba dará resultados diferentes para diferentes grupos, y para el mismo grupo en ocasiones diferentes, a medida que el terreno común de intuiciones firmes se vaya alterando.

Si se usara la técnica del equilibrio dentro del modelo natural, la autoridad de sus conclusiones quedaría gravemente comprometida por ambas formas de relativismo. Si el argumento del equilibrio para los dos principios de Rawls, por ejemplo, sólo demuestra que son más fácilmente defendibles que cualesquiera otros principios de una lista restringida, y si el propio Rawls confía en que nuevos estudios producirían una teoría mejor, tenemos muy pocas razones para suponer

que los dos principios sean una descripción exacta de la realidad moral. Dentro del modelo natural, es difícil ver por qué han de tener autoridad alguna.

En realidad, el argumento no da muy buenos fundamentos para suponer siquiera que los dos principios sean, como descripción de la realidad moral, mejores que otras teorías incluidas en la lista restringida. Supongamos que nos piden que, entre cinco teorías de la justicia, elijamos la que concuerde mejor con nuestras convicciones en equilibrio reflexivo, y que de entre ellas elegimos la quinta. Supongamos que hay una sexta teoría, que habríamos escogido si hubiera aparecido en la lista. Esta sexta teoría podría aproximarse más, por ejemplo, a la primera de nuestra lista original, por lo menos en el sentido siguiente: a la larga, una sociedad que se ajustara a la primera podría llegar a más decisiones del tipo de las que tomaría una sociedad que se ajustara a la sexta, que las que podría llegar a tomar una sociedad que se ajustara a la quinta.

Supongamos, por ejemplo, que nuestra lista original incluyera, como teorías de la justicia, el utilitarismo clásico y los dos principios de Rawls, pero no el utilitarismo corriente. Podríamos haber rechazado el utilitarismo clásico considerando que la producción de placer por el placer mismo, sin que tenga relación con aumento alguno en el bienestar de determinados seres humanos o de otros animales, no tiene mucho sentido; después, podríamos haber elegido como la mejor de las teorías restantes los dos principios de Rawls. Sin embargo, de haber estado incluido en la lista, podríamos haber incluido el utilitarismo corriente como teoría superior a la de los dos principios, porque el utilitarismo corriente no supone que cualquier incremento en la cantidad total de placer sea bueno. Pero el utilitarismo clásico —que rechazamos— podría estar más próximo al utilitarismo corriente —que habríamos elegido si hubiéramos podido— que los dos principios que efectivamente elegimos. Podría estar más próximo en el sentido descrito, porque dictaría más decisiones particulares del tipo de las que requeriría el utilitarismo corriente, y por consiguiente, como descripción de la realidad moral, sería en última instancia mejor que los dos principios. Por cierto que, a su vez, en una lista aún más amplia, podría verse rechazado el utilitarismo corriente, y que la elección que entonces hiciéramos podría indicar que otro miembro de la lista original era mejor que el utilitarismo clásico y que los dos principios.

La segunda forma de relativismo sería igualmente lesiva para el modelo natural, por razones que ya he explicado. Si es una sola persona quien usa la técnica del equilibrio, y las intuiciones que pesan en la decisión son de ella y sólo de ella, entonces es posible que los resultados sean válidos para ella. Otras personas cuyas intuiciones difieran no podrán aceptar sus conclusiones, por lo menos en su totalidad, pero la persona que llegó a ellas sí podrá. Sin embargo, si la técnica se usa de forma más pública, por ejemplo, estableciendo lo que hay de común entre las intuiciones de un grupo, entonces los resultados serán tales que nadie pueda aceptarlos como autorizados, así como nadie podría aceptar como autorizado un resultado científico alcanzado sin tener en cuenta pruebas que la persona en cuestión considera por lo menos tan pertinentes como las que de hecho se usaron.

Nos encontramos, pues, con que el modelo natural no constituye base firme para la técnica del equilibrio. Ninguna de las dificultades que acabamos de mencionar cuenta, sin embargo, si suponemos que la técnica está puesta al servicio del modelo constructivo. Dentro de este modelo, es razón para rechazar una convicción, incluso poderosa, el hecho de que no sea posible reconciliarla con otras convicciones en virtud de un conjunto de principios plausible y coherente; la convicción no se rechaza porque sea falsa, sino simplemente porque no es elegible dentro de un programa que satisfaga las exigencias del modelo. Tampoco ninguno de los aspectos en que la técnica es relativa pone en aprietos al modelo constructivo. No constituye un aprieto el que alguna de las teorías no incluidas pudiera haber sido considerada superior en caso de que se la incluyera. El modelo requiere que los funcionarios, o los ciudadanos, se guíen por el mejor programa que actualmente puedan organizar, por razones de congruencia que no presuponen, como presupone el modelo natural, que la teoría escogida sea «verdad» en ningún sentido definitivo. Una determinada teoría no queda socavada porque un grupo diferente o una sociedad diferente, con una cultura y una experiencia diferente, pudiera producir una teoría diferente. Esta circunstancia puede llevarnos a cuestionar el derecho de cualquier grupo para considerar objetivas o trascendentales, en el sentido que fuere, sus propias intuiciones morales, pero no que a una determinada sociedad, que efectivamente considera de esa manera determinadas convicciones, se le exija por ende que las siga por principio.

Por consiguiente supondré, como un intento al menos, que la metodología de Rawls presupone el modelo constructivo en que el razonamiento va de las convicciones particulares a las teorías generales de la justicia, y me valdré de este supuesto para procurar desentrañar los otros postulados de la teoría moral que se ocultan tras su teoría de la justicia.

B. *El contrato*

Llegamos, pues, a la segunda de las tres características de la metodología de Rawls que me interesa analizar, que es el uso que él da a la antigua idea del contrato social. Lo mismo que Rawls, yo distingo entre la idea general de que un contrato imaginario es un recurso apropiado para razonar sobre la justicia, y las características más específicas de la posición original, que vale como una aplicación particular de esa idea general. Rawls piensa que todas las teorías que evidentemente descansan sobre algún tipo de contrato social hipotético están relacionadas y se distinguen, como clase, de las teorías en que esta fundamentación no es posible; supone, por ejemplo, que el utilitarismo corriente, al que se puede considerar como producto de un contrato social según una interpretación determinada, se relaciona más estrechamente con su propia teoría que ninguna de las dos con el utilitarismo clásico, al que ninguna interpretación puede ver como producto de un contrato.¹⁵ En la sección siguiente he de considerar la base teórica de la posición original. En ésta, me interesa considerar la base de la idea, más general, del contrato como tal.

Rawls dice que el contrato es un poderoso argumento en favor de sus principios porque encarna principios filosóficos que aceptamos, o que aceptaríamos si pensáramos en ellos. Queremos encontrar cuáles son esos principios, y podemos plantear de la siguiente manera el problema. Los dos principios comprenden una teoría de la justicia que está organizada a partir de la hipótesis de un contrato. Pero no es sensato tomar al contrato como premisa o postulado fundamental de esa teoría, por las razones que di en la primera parte de este capítulo. Al contrato hay que verlo como una especie de punto intermedio en una argumentación más amplia, como algo que es en sí mismo el producto de una teoría política más profunda, que defiende los dos principios *a tra-*

vés del contrato, más bien que *a partir* del contrato. Por consiguiente, debemos tratar de identificar las características de una teoría más profunda que recomiende el recurso de un contrato —mejor que los otros recursos teóricos que menciona Rawls, tales como el del espectador imparcial—¹⁶ como motor de una teoría de la justicia.

Creo que encontraremos la respuesta si prestamos atención (y la refinamos) a la distinción ordinaria que establecen los filósofos entre dos tipos de teorías morales, a las que llaman teorías teleológicas y teorías deontológicas.¹⁷ He de sostener que cualquier teoría más profunda que justifique el uso que hace Rawls del contrato debe ser una forma particular de teoría deontológica, una teoría que se tome la idea de los derechos tan en serio como para hacer de ellos algo fundamental en la moralidad política. Intentaré demostrar de qué manera una teoría así se distinguiría, como tipo, de otros tipos de teorías políticas, y por qué solamente una teoría así podría dar al contrato el papel y la importancia que le asigna Rawls.

Sin embargo, debo comenzar la argumentación explicando de qué manera usaré algunos términos que son conocidos. 1) Diré que un estado de cosas es un *objetivo* dentro de una teoría política determinada si, dentro de esa teoría, el que un acto político favorezca o preserve ese estado de cosas cuenta en favor de dicho acto, y el que lo retarde o lo amenace cuenta en contra de él. Los objetivos pueden ser relativamente específicos, como el pleno empleo o el respeto a la autoridad, o relativamente abstractos, como el mejoramiento del bienestar general, el fomento del poder de una nación determinada o la creación de una sociedad utópica que se ajuste a un concepto determinado de la bondad humana o de lo que es vivir bien. 2) Diré que un individuo tiene *derecho* a un acto político determinado, dentro de una teoría política, si el prohibirle realizar dicho acto, cuando él lo requiere, no está justificado dentro de esa teoría aunque, habida cuenta de todas las circunstancias, los objetivos de la teoría fueran incumplidos por dicho acto. La fuerza de un derecho determinado, dentro de una teoría determinada, es función del grado de incumplimiento de los objetivos de la teoría —más allá de un mero incumplimiento general— que se necesita para justificar el negarse a un acto que el derecho requiere. En la teoría política popular que aparentemente predomina en los Estados Unidos, por ejemplo, los individuos tienen derecho a la libertad de expresión en asuntos

políticos y a cierto estándar mínimo de vida, pero ninguno de tales derechos es absoluto, y el primero es mucho más fuerte que el segundo. 3) Diré que un individuo tiene el *deber* de actuar de una manera determinada, dentro de una teoría política, si una decisión política que restrinja ese acto se justifica dentro de esa teoría aunque esa decisión no sirva a ningún objetivo del sistema. Una teoría puede, por ejemplo, sostener que los individuos tienen el deber de adorar a Dios, aunque no estipule ningún objetivo que resulte servido por la exigencia de que así lo hagan.¹⁸

Los tres conceptos que acabo de definir funcionan de diferentes maneras, pero todos sirven para justificar o condenar, *pro tanto* al menos, determinadas decisiones políticas. En cada caso, la justificación proveniente de señalar un objetivo, un derecho o un deber es, en principio, completa, en el sentido de que no es necesario agregarle nada para hacerla efectiva, a menos que consideraciones concurrentes la desvaloricen. Pero aunque una justificación tal sea completa, en este sentido, no es necesario que, dentro de la teoría, sea decisiva. Sigue habiendo margen para preguntar por qué se justifica ese objetivo, derecho o deber determinado, y la teoría puede responder poniendo de manifiesto un objetivo, derecho o deber más básico, que resulta servido por la aceptación del objetivo, derecho o deber menos básico como justificación completa en los casos particulares.

Un determinado objetivo, por ejemplo, se podría justificar porque contribuye a un objetivo más básico; así, el pleno empleo se puede justificar porque contribuye a un mayor bienestar general. También se puede justificar un objetivo porque sirve a un derecho o un deber más básico; una teoría podría sostener, por ejemplo, que el mejoramiento del producto nacional bruto, que es un objetivo, es necesario para permitir que el estado respete los derechos de los individuos a un estándar de vida de un mínimo de decencia, o que se necesita mejorar la eficiencia de la policía para hacer cumplir individualmente el deber de no infringir. Por otra parte, es posible justificar derechos y deberes sobre la base de que, en cuanto a veces éstos actúan como justificación completa, de hecho sirven a objetivos más fundamentales; por ejemplo, el deber individual de conducir con cuidado se puede justificar porque sirve a un objetivo más básico, el de mejorar el bienestar general. Por cierto que esta forma de justificación no da motivo para pensar que el derecho o el deber menos básico, por su parte, sólo justifique decisiones

políticas cuando tales decisiones, consideradas una por una, favorezcan el objetivo más básico. Lo que se señala más bien es lo ya sabido en el utilitarismo de la regla, que si en los casos particulares se trata el derecho o deber como justificación completa, sin hacer referencia al objetivo más básico, a la larga se favorecerá de hecho el objetivo.

De manera que es posible justificar los objetivos mediante otros objetivos o mediante derechos o deberes, y los derechos o deberes pueden ser justificados por objetivos. Ciertamente, los derechos y deberes también pueden quedar justificados por otros derechos o deberes más fundamentales. Por ejemplo, el deber del lector de respetar mi intimidad puede ser justificado por mi derecho a la intimidad. No me refiero simplemente a que los derechos y los deberes puedan estar correlacionados como las caras de una moneda. Algo así puede pasar cuando, por ejemplo, un derecho y el deber correspondiente se justifican porque sirven a un objetivo más fundamental, como cuando el derecho de mi prójimo a la propiedad y mi correspondiente deber de no invadirla se justifican, juntos, por el objetivo más fundamental de un aprovechamiento socialmente eficiente de la tierra. En muchos casos, sin embargo, los derechos y deberes correspondientes no son correlativos, sino que uno de ellos se deriva del otro, y es importante cuál es el que se deriva de cuál. Hay una diferencia entre la idea de que tú tienes el deber de no mentirme porque yo tengo el derecho de que no me mientan, y la idea de que yo tengo derecho a que tú no me mientas porque tú tienes el deber de no decir mentiras. En el primer caso, justifico un deber llamando la atención sobre un derecho; si procuro dar alguna justificación más, es el derecho lo que tengo que justificar, y no puedo hacerlo llamando la atención sobre el deber. En el segundo caso es todo lo contrario. La diferencia es importante porque, como en breve intentaré demostrar, una teoría que toma como fundamentales los derechos es una teoría diferente, en su carácter, de otra que tome como fundamentales los deberes.

Por consiguiente, las teorías políticas diferirán entre sí no simplemente en los objetivos, derechos y deberes específicos que cada una de ellas establece, sino también en la forma en que cada una relaciona los objetivos, derechos y deberes de que se vale. Dentro de una teoría bien formada se tomará como fundamental o decisivo algún conjunto coherente de objetivos, derechos y deberes ordenados o evaluados internamente. Parece razonable suponer que cualquier teoría deter-

minada dará en última instancia el lugar de preferencia a uno solo de tales conceptos; tomará como fundamental algún objetivo supremo, o un conjunto de derechos fundamentales, o un conjunto de deberes trascendentes, y demostrará que los otros objetivos, derechos y deberes son subordinados y derivados.¹⁹

Podemos, por ende, hacer una tentativa de clasificación inicial de las teorías políticas que podríamos ofrecer, en el modelo constructivo, como teorías profundas capaces de utilizar como recurso intermedio un contrato. Una teoría tal podría estar *basada en los objetivos*, en cuyo caso tomaría como fundamental algún objetivo, como puede ser el mejoramiento del bienestar general; podría estar *basada en los derechos* y tomar como fundamental algún derecho, como el derecho de todos los hombres a tener la mayor libertad general posible; o podría estar *basada en los deberes* y tomar como fundamental algún deber, como el de obedecer a la voluntad de Dios, tal y como se expresa en los Diez Mandamientos. Es fácil encontrar ejemplos de casos puros, o casi puros, de cada uno de estos tipos de teorías. El utilitarismo es, tal como sugiere mi ejemplo, una teoría basada en los objetivos; los imperativos categóricos kantianos componen una teoría basada en los deberes, y la teoría de la revolución de Tom Paine se basa en los derechos.

Dentro de cada uno de estos tipos, es probable que las teorías compartan algunas características muy similares. Se pueden contrastar los tipos, por ejemplo, comparando las actitudes que exhiben hacia la elección individual y hacia la conducta. Las teorías basadas en objetivos se preocupan por el bienestar de un individuo determinado sólo en la medida en que éste contribuye a algún estado de cosas estipulado como bueno, con total independencia de que el individuo lo haya elegido o no. Esto es obviamente válido para las teorías totalitarias basadas en objetivos, como el fascismo, que toma como fundamental el interés de una organización política. También es válido para las diversas formas de utilitarismo, porque aunque éstas tengan en cuenta la influencia de las decisiones políticas sobre los individuos, y se interesen consiguientemente por el bienestar individual, fusionan estas influencias parciales en promedios o totales globales, y consideran deseable el mejoramiento de dichos totales o promedios, aparte de toda decisión individual de que efectivamente lo sea. Y vale también para las teorías perfeccionistas, como la de Aristóteles, que imponen a los individuos un ideal de

excelencia y consideran que el cultivo de tal excelencia es el objetivo de la política.

Por otra parte, tanto las teorías basadas en derechos como las basadas en deberes colocan en el centro al individuo y consideran que su decisión o su conducta es de fundamental importancia. Pero los dos tipos lo consideran bajo una luz diferente. A las teorías basadas en el deber les preocupa la calidad moral de las acciones individuales, porque suponen que está mal, sin atenuante alguno, que un individuo no llegue a satisfacer ciertos estándares de comportamiento. Kant pensaba que está mal decir una mentira, por más benéficas que puedan ser las consecuencias, no porque ajustarse a tal práctica promueva objetivo alguno, sino simplemente porque está mal. Contrariamente, las teorías basadas en derechos se preocupan más bien por la independencia que por la conformidad de la acción individual. Presuponen el valor del pensamiento y de la acción individual y los protegen. Ambos tipos de teoría recurren a la idea de normas morales, de códigos de conducta que, en ocasiones individuales, se han de seguir sin atender al propio interés. Las teorías basadas en deberes tratan como esenciales a tales códigos de conducta, ya sea que la sociedad se los imponga al individuo o que éste se los imponga a sí mismo. El hombre que está en el centro es el hombre que debe conformarse a un código tal, y que si no lo hace es castigado o [se convierte en un ser] corrupto. Las teorías basadas en deberes, sin embargo, tratan a los códigos de conducta como instrumentos, que quizá son necesarios para proteger los derechos de otros, pero que en sí no tienen valor esencial alguno. El hombre que está en el centro de ellas es el que se beneficia de la obediencia ajena, no el hombre que sigue el camino de la virtud siendo él mismo obediente.

Por consiguiente, debemos esperar que los diferentes tipos de teorías se asocien con diferentes temperamentos metafísicos o políticos, y que uno u otro de ellos domine en ciertas clases de economía política. Las teorías basadas en objetivos, por ejemplo, parecen especialmente compatibles con las sociedades homogéneas o, por lo menos, con las que temporalmente están unidas por un objetivo urgente y de importancia suprema, como la autodefensa o la expansión económica. También hemos de esperar que las diferencias entre los tipos de teorías tengan resonancias en los sistemas jurídicos de las comunidades que dominan. Debemos esperar, por ejemplo, que un abogado plantearía de diferente manera la cuestión de derecho penal referente al castigo de agravios

morales, según que su esquema de teoría jurídica se basara en los objetivos, en los derechos o en los deberes. Si su teoría estuviera basada en objetivos, tendría en cuenta el pleno efecto de hacer valer la moralidad sobre su principal objetivo. Si el objetivo fuera utilitario, por ejemplo, nuestro letrado aceptaría —aunque finalmente pudiera rechazarlos— los argumentos de *lord* Devlin en el sentido de que los efectos secundarios del castigo de la inmoralidad puedan ser benéficos.²⁰ Por otra parte, si su teoría estuviera basada en los deberes, vería el argumento en el sentido, comúnmente llamado retributivo, de que, puesto que la inmoralidad es mala, el estado debe castigarla aun cuando no dañe a nadie. Si su teoría se basara en los derechos, sin embargo, rechazaría el argumento retributivo y juzgaría el argumento utilitarista en función de su propio supuesto: que los derechos individuales deben respetarse incluso al precio de cierto perjuicio para el bienestar general.

En cuanto sociología ideológica, todo esto es, por cierto, superficial y trivial. Mi propósito es únicamente sugerir que estas diferencias en el carácter de una teoría política son importantes con total independencia de los detalles de posición que podrían distinguir a una teoría de otra del mismo carácter. Por esta razón, el contrato social es una característica tan importante de la metodología de Rawls; señala que su teoría profunda está basada en derechos, en vez de ser una teoría de los otros dos tipos.

El contrato social proporciona un veto a cada una de las partes potenciales: a menos que él esté de acuerdo, no hay contrato. La importancia, e incluso la existencia de dicho veto queda oscurecida en la interpretación peculiar del contrato que constituye la posición original. Como nadie sabe nada de sí mismo que lo distinga de ningún otro, no puede perseguir, racionalmente, ningún interés que sea diferente. En tales circunstancias, nada está pendiente de que cada uno tenga [derecho a] veto, ni siquiera de que, para empezar, haya más de una parte potencial susceptible de contratar. Pero la posición original no es más que una interpretación del contrato, y en cualquier otra interpretación en la cual las partes tengan efectivamente algún conocimiento que les permita distinguir su situación o sus ambiciones de las de otros, el veto que el contrato concede a cada una de las partes resulta decisivo. Naturalmente, la fuerza del veto que tiene cada individuo depende de su conocimiento, es decir, de la interpretación particular del contrato que finalmente escoja-

mos. Pero el hecho de que los individuos hayan de tener, sin más, algún veto, es de suyo notable.

Es algo que no puede tener cabida en una teoría basada puramente en objetivos, por ejemplo. No quiero decir que las partes que establecen un contrato social no puedan ponerse de acuerdo en un determinado objetivo social al que en lo sucesivo convertirán en piedra de toque de la justicia de sus decisiones políticas. Me refiero a que ninguna teoría basada en objetivos podría hacer de un contrato el recurso adecuado para decidir en primer lugar sobre un principio de justicia; es decir, que la teoría profunda que estamos tratando de encontrar no podría estar a su vez basada en objetivos.

La razón es simple. Supongamos que se tome como fundamental dentro de una teoría política un objetivo determinado e importantísimo, como el de mejorar el bienestar promedio en una comunidad, o aumentar el poder y la autoridad de un estado, o la creación de una utopía acorde con una determinada concepción del bien. Si cualquiera de esos objetivos es fundamental, autoriza —por serlo— una distribución de recursos, derechos, beneficios y cargas dentro de la comunidad, tal que favorezca en grado óptimo esos objetivos, y condena cualesquiera otras. Sin embargo, el recurso del contrato, que supone que cada individuo va en pos de su propio interés, y concede a cada uno el veto sobre la decisión colectiva, se aplica a una prueba muy diferente para determinar la distribución óptima. Está pensado para producir la distribución que cada individuo considera favorable a su propio interés, dado su conocimiento bajo cualquier interpretación del contrato que se especifique, o por lo menos para aproximarse tanto como a él le parezca posible a dicha distribución. El contrato, por consiguiente, ofrece una prueba de la distribución óptima muy diferente de la que dictaría una aplicación directa del objetivo fundamental. No hay razón para suponer que un sistema de vetos individuales solucionaría el problema; en esta salida se intenta que no cuente para nada la equidad de una distribución, considerada aparte de la contribución de la distribución a un objetivo general.

Naturalmente, podría ser que un contrato produjera el resultado que dicta algún objetivo fundamental. En realidad, algunos críticos piensan que hombres colocados en la posición original —la interpretación del contrato que defiende Rawls— escogerían una teoría de la justicia basada en principios de utilidad promedio, esto es, precisamente los prin-

cipios a los que llegaría una teoría profunda que estipulase como objetivo fundamental el de la utilidad promedio.²¹ Pero si es así, ello se debe ya sea a la coincidencia o a que la interpretación del contrato ha sido escogida para producir este resultado; en cualquiera de los dos casos, el contrato es supererogatorio, porque el resultado final está determinado por el objetivo fundamental y el recurso del contrato no agrega nada.

Cabe citar un argumento en contra. Supongamos que parece que el objetivo fundamental sólo será realmente alcanzado si el estado se gobierna de acuerdo con principios que todos los hombres ven, en algún sentido, como favorables a su propio interés. Si el objetivo fundamental es el engrandecimiento del estado, por ejemplo, es posible que sólo pueda ser alcanzado si la población no sólo ve que el gobierno está actuando en favor de dicho objetivo, sino también supone que actúa de acuerdo con principios demostrablemente favorables a sus intereses individuales mediante el recurso de un contrato; sólo si lo creen así trabajarán en interés del estado. No podemos hacer caso omiso de este argumento, tortuoso pero improbable, pero hay que señalar que no sirve de base al uso que hace Rawls del contrato. El argumento depende de una falacia, como la famosa afirmación de Sidgwick, que la mejor forma de servir al utilitarismo es mantener al público en la ignorancia de dicha teoría.²² Una teoría que incluye una falacia tal no puede ser elegida por el modelo constructivista que seguimos, porque con ese modelo, nuestra meta es consolidar una teoría que unifique nuestras convicciones y pueda servir como programa para la acción pública; la publicidad es tanto un requisito de nuestra teoría profunda como de la concepción de la justicia que dentro de ella formula Rawls.

Así pues, una teoría profunda basada en objetivos no puede servir de base al contrato, si no es como un agregado inútil y causante de confusión. Tampoco, y por razones muy similares, sirve una teoría profunda basada en deberes. Una teoría que tome algún deber o deberes como lo fundamental no ofrece base para suponer que sean justas las instituciones que según cierta descripción se muestren como favorables al interés de cada uno. Insisto en que no estoy negando que las partes contratantes puedan decidir imponerse e imponer a sus sucesores ciertos deberes, así como pueden decidir la adopción de ciertos objetivos, en el ejercicio de su juicio sobre lo que es su propio interés. Rawls describe los deberes

que se impondrían bajo la interpretación que él prefiere —la posición original—, y los llama deberes naturales.²³ Pero esto es muy diferente de suponer que la teoría profunda, que hace que de esta decisión dependa lo que son tales deberes, pueda estar a su vez basada en deberes.

Por cierto que es posible sostener, como lo han hecho muchos filósofos, que el propio interés de un hombre reside en cumplir el deber que le impone la ley moral, ya sea porque de otra manera Dios le castigará o porque el cumplimiento del rol que tiene asignado en el orden natural es su actividad más satisfactoria o, como pensaba Kant, porque sólo puede hallar la libertad en el acatamiento de normas cuya universalidad podría desear con total coherencia. Pero eso es decir que los deberes de un hombre definen su propio interés, y no lo contrario. No es un argumento para decidir cuáles son los deberes de un hombre permitirle que consulte su propio interés; más bien debe abandonar cualquier consideración del propio interés en favor de las consideraciones de deber. Por ende, en una teoría profunda basada en deberes, este argumento no podría servir de base al rol de un contrato rawlsiano.

Es verdad que si un contrato fuese una característica de una teoría profunda basada en deberes, se podría escoger una interpretación del contrato que disolviera el conflicto aparente entre el propio interés y el deber. Podría ser una característica de la situación contractual, por ejemplo, que todas las partes aceptaran la idea que acabamos de mencionar, de que su propio interés residía en reconocer y seguir su deber. Un contrato así produciría principios que describirían con precisión los deberes de los contratantes, por lo menos si partimos del supuesto adicional de que, por alguna razón, éstos son capaces para descubrir en qué consisten sus deberes. Pero entonces, nuevamente, hemos hecho un contrato supererogatorio; hemos trepado la colina sólo para volver a bajarla. Habríamos hecho mejor elaborando simplemente los principios de justicia a partir de los deberes que la teoría profunda considera fundamentales.

En cambio, el contrato tiene sentido en una teoría profunda basada en derechos. Es más, parece un desarrollo natural de una teoría así. La idea básica de una teoría basada en derechos es que los distintos individuos tienen intereses que están facultados para proteger si así lo desean. Al ampliar una teoría tal, parece natural el intento de identificar las instituciones que un individuo vetaría en el ejercicio de

los derechos que se hayan considerado fundamentales. El contrato es un recurso excelente para este propósito, por dos razones por lo menos. La primera, que nos permite distinguir entre un veto en el ejercicio de estos derechos y un veto como defensa de algún interés que no se encuentra así protegido, una distinción que podemos establecer si adoptamos una interpretación del contrato que refleje nuestro sentimiento de lo que son tales derechos. Segundo, hace valer las exigencias del modelo de argumento constructivo. Las partes del contrato se enfrentan con un problema práctico; deben delinear una constitución a partir de las opciones de que disponen, en vez de posponer su decisión para un momento de mayor penetración moral, y deben diseñar un programa que sea, a la vez, práctico y público, en el sentido en que lo he descrito.

Parece adecuado suponer, pues, que la teoría profunda que respalda la posición original debe ser algún tipo de teoría basada en derechos. Hay otra manera de expresarlo, que hasta ahora he venido evitando. Debe ser una teoría que se base en los conceptos de derechos que son *naturales*, en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético. Si he evitado esta formulación es porque, para muchas personas, tiene asociaciones metafísicas que la descalifican. Tales personas piensan que los derechos naturales son atributos espectrales que los primitivos usaban a manera de amuletos y que se incorporan a la civilización para mantener a raya las tiranías. El juez Black, por ejemplo, puesto frente a una filosofía jurídica que le disgustaba, pensaba que para refutarla era suficiente señalar que parecía confiar en tan ridícula idea.²⁴

Pero dentro del modelo constructivo, por lo menos, el supuesto de los derechos naturales no es metafísico ni ambicioso. No exige más que la hipótesis de que el mejor programa político, dentro del sentido de dicho modelo, es el que considere fundamental la protección de ciertas opciones individuales, que no es adecuado subordinar a ningún objetivo o deber o combinación de ellos. Esto no requiere ninguna ontología más cuestionable o controvertible que la que requeriría cualquier elección contraria de conceptos fundamentales; y en particular, no más que la hipótesis de un objetivo fundamental en que se basan las diversas teorías utilitaristas populares. Tampoco es tan inquietante que una teoría profunda rawlsiana convierta estos derechos en derechos naturales, en vez de hacerlos jurídicos o convencionales. Es ob-

vio que cualquier teoría basada en derechos debe presumir que éstos no son simplemente producto de un acto legislativo deliberado o de una costumbre social explícita, sino que son fundamentos independientes para juzgar la legislación y las costumbres. En el modelo constructivo, el supuesto de que los derechos son naturales en este sentido es, simplemente, dado su poder para unificar y explicar nuestras convicciones políticas, un supuesto que hay que hacer y examinar, una decisión programática básica que se ha de someter a esta prueba de coherencia y experiencia.

C. La posición original

Dije ya que el uso de un contrato social, de la manera que lo emplea Rawls, presupone una teoría profunda que tiene como supuesto los derechos naturales. Ahora quisiera describir con algo más de detalle de qué manera aplica dicho supuesto el recurso del contrato, que capitaliza la idea —ya antes mencionada— de que se puede decir que algunas disposiciones políticas favorecen el interés antecedente de todo individuo, aun cuando en el caso concreto no favorezcan su interés actual.

Todo aquel cuyo consentimiento es necesario para un contrato tiene una posibilidad de veto sobre los términos de ese contrato, pero el valor de ese veto está limitado, para él, por el hecho de que su juicio debe referirse más bien a su propio interés antecedente que al actual. Esta persona debe comprometerse —es decir, abandonar su veto— en un momento en que su conocimiento sólo es suficiente para permitirle una estimación de las mejores probabilidades, pero no para que esté seguro de su apuesta. De manera que la situación contractual es, en un sentido, estructuralmente semejante a la situación en que un individuo con derechos políticos específicos se enfrenta con decisiones políticas que pueden ponerlo en desventaja. Tiene un derecho político limitado de vetarlas, un veto que está limitado por el alcance de los derechos que tiene. El contrato se puede usar como modelo de la situación política que configura el grado o carácter de la ignorancia de una de las partes en la situación contractual, de modo tal que esta ignorancia tenga la misma fuerza sobre su decisión que tendría la naturaleza limitada de sus derechos en la situación política.

Esta configuración de la ignorancia para adecuarse al carácter limitado de los derechos políticos se logra con la mayor eficiencia reduciendo simplemente los objetivos individuales que las partes contratantes saben que desean conseguir. Si aceptamos, por ejemplo, que la teoría profunda de Hobbes propone que los hombres tienen un derecho natural y fundamental a la vida, de manera que está mal quitarles la vida, incluso para formentar objetivos sociales adecuados en otros sentidos, debemos esperar una situación contractual del tipo que él describe. Con palabras de Rawls, los hombres y las mujeres de Hobbes han ordenado léxicamente la seguridad de la vida por encima de todos los otros objetivos individuales; la misma situación resultaría si estuvieran en la simple ignorancia de cualquier otro objetivo que pudieran tener y fueran incapaces de conjeturar la posibilidad de cualquier objetivo determinado o conjunto de ellos.

La ignorancia de las partes en la posición original se puede ver, pues, como una especie de caso límite de la ignorancia que se puede encontrar, en la forma de un ordenamiento deformado o excéntrico de los intereses, en las teorías clásicas, y que es natural en el recurso del contrato. La posición original es un caso límite porque los hombres de Rawls no sólo ignoran todo interés, aparte unos pocos y seleccionados; ignoran todos los intereses que tienen. Sería erróneo suponer que esto los incapacita para todo juicio referente a su propio interés, pero sin embargo, los juicios que hacen deben ser muy abstractos; deben dejar margen para cualquier combinación de intereses, sin presuponer que algunos sean más probables que otros.

Por lo tanto, el derecho básico de la teoría profunda de Rawls no puede ser derecho a ningún objetivo individual determinado, como podría ser el derecho a la seguridad de la vida o a llevar una vida acorde con una determinada concepción del bien. Tales derechos a objetivos individuales pueden ser producidos por la teoría profunda, como derechos que estipularían las personas colocadas en la posición original por considerar que favorecen su mejor interés. Pero la posición original, en sí, no se puede justificar sobre el supuesto de un derecho tal, porque las partes que contratan no saben que tienen ningún interés tal, ni lo ordenan lexicográficamente con preferencia a otros.

El derecho básico de la teoría profunda de Rawls debe ser, por consiguiente, un derecho abstracto, es decir, que no sea derecho a ningún objetivo individual determinado. Den-

tro de los conceptos ordinarios de la teoría política, hay dos candidatos a desempeñar este papel. El primero es el derecho a la libertad, y quizás a muchos lectores les impresione como plausible y tranquilizador dar por sentado que toda la estructura de Rawls se basa sobre el supuesto de un derecho natural fundamental a la libertad; plausible porque los dos principios que componen su teoría de la justicia dan a la libertad un lugar importante y dominante, y tranquilizador porque el argumento que intenta justificar dicho lugar parece extrañamente incompleto.²⁵

Sin embargo, es imposible tomar el derecho a la libertad como el derecho fundamental en la teoría profunda de Rawls. Supongamos que definimos la libertad general como el mínimo posible de restricciones globales, ya sean impuestas por el gobierno o por otros hombres, a lo que un hombre pueda querer hacer.²⁶ Entonces debemos distinguir entre esta libertad general y las libertades particulares, es decir, la exención de tales restricciones en determinados actos a los que se considera especialmente importantes, como la participación en política. Los sujetos de la posición original tienen ciertamente, y saben que tienen, interés en la libertad general, porque la libertad general, *pro tanto*, aumentará su poder de alcanzar cualesquiera objetivos particulares que posteriormente puedan descubrir. Pero la reserva es importante, porque no tienen manera de saber que la libertad general aumentará de hecho este poder global, y sí todas las razones para sospechar que no será así. [Lo que] saben [es] que pueden tener otros intereses, aparte la libertad general, que sólo podrían ser protegidos mediante restricciones políticas a los actos de los otros.

De manera que si se ha de suponer que los hombres de Rawls tienen algún tipo de derecho a la libertad que tiene su origen en la situación contractual, debe ser un derecho a determinadas libertades. Rawls enumera efectivamente una lista de libertades básicas, que son las que sus hombres deciden proteger mediante su primer principio de justicia, lexicográficamente ordenado.²⁷ Pero es evidente que Rawls presenta este principio como producto del contrato, y no como condición de éste; sostiene que los participantes de la posición original escogerían esas libertades básicas para proteger los bienes básicos que deciden valorar, como el respeto de sí mismos, en vez de tomar tales libertades como objetivos en sí mismas. Por supuesto que, en realidad, podrían valorar las actividades protegidas como libertades básicas por sí mis-

mas y no como medios para alcanzar algún otro objetivo o interés, pero seguramente no saben que lo hacen.

El segundo concepto ordinario de la teoría política es aún más abstracto que el de libertad. Se trata de la igualdad, y hay un sentido en el cual los hombres y mujeres colocados en la posición original no tienen otra opción que protegerla. El velo de ignorancia en la posición original está determinado de tal manera que el interés antecedente de todos debe residir, como ya dije, en la misma solución. El derecho de cada hombre a que se lo trate con equidad, sin tener en consideración su persona, su carácter o sus gustos, queda validado por el hecho de que nadie puede asegurarse una posición mejor en virtud de que es diferente en alguno de esos aspectos. En otras situaciones contractuales en que la ignorancia es menos completa, los individuos que comparten el mismo objetivo pueden, no obstante, tener diferentes intereses antecedentes. Aun cuando dos hombres valoren la vida por encima de todo lo demás, por ejemplo, podría ser que el interés antecedente del más débil exigiera, más bien, un monopolio estatal de la fuerza que alguna disposición que autorizase venganzas privadas, pero el interés antecedente del más fuerte no. Por más que dos hombres valoren por encima de todo la participación política, el conocimiento de que es probable que las opiniones de uno de ellos sean más heterodoxas o impopulares que las del otro puede hacer pensar que su interés antecedente exige disposiciones diferentes. En la posición original no se puede establecer una discriminación tal de los intereses antecedentes.

Es verdad que, en dos aspectos, se puede decir que los principios de justicia que, según piensa Rawls, escogerían las personas colocadas en la posición original, no están a la altura de un ideal igualitario. Primero, porque subordinan la igualdad de recursos materiales, cuando es necesario, a la libertad de la actividad política, haciendo que las exigencias del primer principio tengan prioridad sobre las del segundo. Segundo, porque no tienen en cuenta la privación relativa, en cuanto justifican cualquier desigualdad cuando los que están peor están mejor de lo que estarían, en términos absolutos, de no existir esa desigualdad.

Rawls pone en claro que esas desigualdades son requisitos, no de una noción concurrente de la libertad ni de algún objetivo superior, sino de un sentido más básico de la igualdad misma, y acepta una distinción entre lo que él llama dos concepciones de la igualdad:

Algunos autores establecen una distinción entre la igualdad tal como se la invoca en relación con la distribución de ciertos bienes, algunos de los cuales darán casi seguramente mejor status o más prestigio a quienes se ven más favorecidos [con ellos] y la igualdad tal como se aplica al respeto que se debe a las personas, independientemente de su posición social. El primer tipo de igualdad queda definido por el segundo principio de justicia. ... Pero el segundo género de igualdad es fundamental.²⁸

Podemos describir el derecho a la igualdad del segundo tipo, el que Rawls considera como fundamental, de la siguiente manera. Podríamos decir que los individuos tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño y administración de las instituciones políticas que los gobiernan. Se trata de un derecho sumamente abstracto, respecto del cual alguien podría argumentar, por ejemplo, que queda satisfecho por las disposiciones políticas que aseguran igualdad de oportunidades para ocupar cargos sobre la base del mérito. También se podría sostener, por el contrario, que sólo se satisface mediante un sistema que garantice la absoluta igualdad de ingresos y status, independientemente del mérito. Un tercero podría afirmar que la igualdad de consideración y respeto queda asegurada por el sistema, sea el que fuere, que impulse el bienestar promedio de todos los ciudadanos contando en la misma escala el bienestar de cada uno de ellos. Y un cuarto podría defender, en nombre de esta igualdad fundamental, la prioridad de la libertad y de las otras desigualdades aparentes de los dos principios de Rawls.

Por ende, el derecho a la igualdad de consideración y respeto es más abstracto que las concepciones estándar de la igualdad que distinguen a las diferentes teorías políticas. Permite argumentos [en el sentido] de que este derecho más básico requiere una u otra de estas concepciones como derecho u objetivo derivado.

Ahora es posible ver la posición original como un recurso para poner a prueba estos argumentos concurrentes. Un recurso que supone, razonablemente, que los dispositivos políticos que no muestran igual consideración y respeto son los que han sido establecidos y están administrados por hombres y mujeres que, lo reconozcan o no, tratan mejor y respetan más a los miembros de determinada clase o a las personas con determinados talentos o ideales que al resto de la gente. En este supuesto se apoya para determinar la ignorancia de las partes contratantes. Los hombres que no saben a qué cla-

se pertenecen no pueden, consciente ni inconscientemente, diseñar instituciones que favorezcan a su propia clase. Quienes no tienen idea de cuál es su propia concepción del bien no pueden actuar de manera que favorezcan a quienes sostienen un ideal determinado y no a los que defienden otro. La posición original está bien diseñada para hacer valer el derecho abstracto a igual consideración y respeto, y se ha de entender que tal es el concepto fundamental de la teoría profunda de Rawls.

Si esta conclusión es correcta, entonces Rawls no debe usar la posición original para defender este derecho de la misma manera que la usa, por ejemplo, para defender los derechos a las libertades básicas incorporadas en el primer principio. El texto confirma que no lo hace. Es verdad que en una ocasión dice que la igualdad de respeto se «define» por el primer principio de justicia.²⁹ Pero no quiere decir, y en todo caso su argumentación no es ésta, que las partes opten por ser igualmente respetadas a fin de favorecer algún derecho u objetivo más básico. Por el contrario, el derecho a igual respeto no es, según él, un producto del contrato, sino una condición de la posición original. Este derecho, dice Rawls, «es debido a los seres humanos en cuanto personas morales» y se sigue de la personalidad moral que distingue a los humanos de los animales. Lo poseen todos los hombres que pueden hacer justicia y sólo esos hombres son capaces de contratar.³⁰ Es, por consiguiente, un derecho único, que no emerge del contrato, sino que, tal como debe serlo el derecho fundamental, es el supuesto del diseño de éste.

Rawls tiene perfectamente claro que su razonamiento en defensa de la igualdad tiene una base completamente diferente de la de su defensa de los otros derechos que incluye su teoría:

Por cierto que nada de esto es literalmente un razonamiento. No he establecido las premisas de las cuales se sigue esta conclusión, tal como he intentado hacerlo, aunque no muy rigurosamente, con la selección de las concepciones de justicia en la posición original. Tampoco he intentado demostrar que se deba usar la caracterización de las partes como base de la igualdad. Esta interpretación parece ser, más bien, la consumación natural de la justicia como equidad.³¹

Es decir, que es la «consumación natural» de la teoría como un todo. Completa la teoría al proporcionar el supuesto fun-

damental que sostiene la posición original y hace de ella una «noción intuitiva» para formular y poner a prueba teorías de la justicia.

Por lo tanto, podemos decir que la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y de administrar justicia. A muchos lectores no les sorprenderá esta conclusión, que —tal como he dicho— queda suficientemente aclarada por el texto. Es, sin embargo, una conclusión importante, porque algunas formas, ya estandarizadas, de la crítica de la teoría la pasan por alto. Terminaré con un ejemplo este ya largo capítulo.

Muchos colegas y estudiantes, especialmente juristas, me han expresado una forma de crítica, señalando que las instituciones y disposiciones políticas que, según Rawls, serían las elegidas por hombres que se encontrasen en la posición original, no son más que formas idealizadas de las que actualmente se encuentran en vigor en los Estados Unidos. Es decir, son las instituciones de la democracia constitucional liberal. Los críticos infieren que los supuestos fundamentales de la teoría de Rawls deben ser, pues, los supuestos del liberalismo clásico, como sea que se los defina, y que la posición original, que parece ser el alma de la teoría, debe ser de alguna manera la encarnación de tales supuestos. Por consiguiente, la justicia en cuanto equidad les parece, en su totalidad, una racionalización especialmente sutil del *statu quo* político, racionalización que puede ser desechada sin riesgo alguno por quienes quieran formular una crítica más radical de la tradición liberal.

Si no me equivoco, este punto de vista es absurdo, y quienes lo adoptan se pierden una rara oportunidad de someter a una especie de examen filosófico sus propias opiniones políticas. El supuesto más básico de Rawls no es que los hombres tengan derecho a ciertas libertades que Locke o Mill consideraban importantes, sino que tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño de las instituciones políticas. Este supuesto puede ser impugnado de múltiples maneras. Será negado por quienes crean que algún objetivo, sea la utilidad o el triunfo de una clase o el florecimiento de alguna idea de cómo deben vivir los hombres, es más fundamental que cualquier derecho individual, incluso que el dere-

cho a la igualdad. Pero no puede ser negado en nombre de ningún concepto más radical de la igualdad, porque un concepto tal no existe.

Rawls sostiene efectivamente que este derecho fundamental a la igualdad exige una constitución liberal, y apoya una forma idealizada de las estructuras económicas y sociales actuales. Argumenta, por ejemplo, que los hombres puestos en la posición original protegerían las libertades básicas en interés de su derecho a la igualdad, una vez que haya sido alcanzado cierto nivel de comodidad material, porque entenderían que la amenaza a su autorrespeto —protegido por las libertades básicas— es entonces la amenaza más grave a la igualdad de respeto. Sostiene también que esos hombres aceptarían el segundo principio con preferencia a la igualdad material porque entenderían que sacrificarse por envidia de otros es una forma de estarles subordinado. Naturalmente, es posible que estos argumentos estén equivocados. Ciertamente, nada he dicho hasta aquí en su defensa. Pero los críticos del liberalismo tienen ahora la responsabilidad de demostrar que estos argumentos son erróneos. No pueden decir que las actitudes y supuestos básicos de Rawls estén tan lejos de los suyos propios como para permitir un enfrentamiento.

LOS DERECHOS EN SERIO

1. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

El lenguaje de los derechos domina, actualmente, el debate político en los Estados Unidos. Se plantea si el Gobierno respeta los derechos morales y políticos de sus ciudadanos, o bien si la política exterior del Gobierno, o su política racial, vulneran abiertamente tales derechos. Las minorías cuyos derechos han sido violados, ¿tiene, a su vez, derecho a violar la ley? O la propia mayoría silenciosa, ¿tiene derechos, entre ellos el derecho a que quienes infringen la ley sean castigados? No es sorprendente que tales cuestiones tengan ahora primacía. El concepto de los derechos, y especialmente el concepto de los derechos contra el Gobierno, encuentra su uso más natural cuando una sociedad política está dividida y cuando las llamadas a la cooperación o a un objetivo común no encuentran eco.

El debate no incluye el problema de si los ciudadanos tienen *algunos* derechos morales contra su Gobierno; parece que todas las partes aceptan que es así. Los políticos y juristas convencionales se enorgullecen, por ejemplo, de que nuestro sistema jurídico reconozca derechos individuales como los de libertad de expresión, igualdad y proceso debido. Y basan la afirmación de que nuestro sistema jurídico merece respeto, por lo menos parcialmente, en ese hecho, ya que no sostendrían que los sistemas totalitarios merezcan la misma lealtad.

Por cierto que algunos filósofos rechazan la idea de que los ciudadanos tengan derecho alguno, aparte de los que acierta a otorgarles la ley. Bentham pensaba que la idea de derechos morales era el «disparate en zancos». Pero tal opinión jamás ha formado parte de nuestra teoría política ortodoxa, y los políticos de ambos partidos apelan a los derechos del pueblo para justificar gran parte de lo que quieren hacer.

En este ensayo no me ocuparé de defender la tesis de que los ciudadanos tienen derechos morales contra sus gobiernos; quiero, en cambio, estudiar las implicaciones que tiene esta tesis para aquellos —incluyendo el actual gobierno de los Estados Unidos— que dicen aceptarla.

Se discute mucho, por ejemplo, qué derechos concretos tienen los ciudadanos. El derecho reconocido a la libertad de expresión, por ejemplo, ¿incluye el derecho a participar en manifestaciones de protesta? En la práctica, el Gobierno tendrá la última palabra en el problema de cuáles son los derechos del individuo, porque la policía del Gobierno hará lo que digan sus funcionarios y sus tribunales. Pero eso no significa que la opinión del Gobierno sea necesariamente la correcta; cualquiera que piense así debe creer que los hombres y las mujeres no tienen más derechos morales que los que el Gobierno decida concederles, lo que significa que no tienen derecho moral alguno.

En los Estados Unidos, este problema queda en ocasiones oscurecido por el sistema constitucional. La Constitución estadounidense prevé un conjunto de derechos *juridicos* individuales en la Primera Enmienda y en las cláusulas de proceso debido, igual protección y otras similares. Bajo la práctica jurídica vigente, la Suprema Corte está facultada para declarar nula una ley del Congreso o de una legislatura estatal, si la Corte encuentra que dicha ley vulnera esas estipulaciones. Esta práctica ha sido causa de que algunos comentaristas supusieran que los derechos morales individuales están plenamente protegidos por nuestro sistema, pero no es así, ni podría serlo.

La Constitución funde problemas jurídicos y morales, en cuanto hace que la validez de una ley dependa de la respuesta a complejos problemas morales, como el problema de si una ley determinada respeta la igualdad inherente de todos los hombres. Esta fusión tiene importantes consecuencias para los debates referentes a la desobediencia civil, a los que me refiero en otra parte¹ y a los que volveré a referirme, pero deja abiertas dos cuestiones importantes. No nos dice si la Constitución, aun adecuadamente interpretada, reconoce todos los derechos morales que tienen los ciudadanos, y no nos dice si, tal como muchos suponen, los ciudadanos tendrían el deber de obedecer la ley aun cuando ésta invadiera sus derechos morales.

Ambas preguntas son decisivas cuando alguna minoría reclama derechos morales que la ley le niega, como el dere-

cho a tener y administrar su propio sistema escolar, y respecto de los cuales los juristas están de acuerdo en que no se hallan protegidos por la Constitución. La segunda cuestión se vuelve decisiva cuando, como sucede actualmente, la mayoría está lo bastante radicalizada como para proponer seriamente enmiendas constitucionales que eliminan derechos, tales como el derecho contra la autoacusación. También esta cuestión es decisiva en naciones, como el Reino Unido, que no tienen una constitución comparable a la estadounidense.

Por supuesto que, aun cuando la Constitución fuese perfecta y la mayoría no la discutiera, de ello no se seguiría que la Suprema Corte pudiera garantizar los derechos individuales de los ciudadanos. Una decisión de la Suprema Corte sigue siendo una decisión jurídica, y debe tener en cuenta precedentes y consideraciones institucionales, como las relaciones entre la Corte y el Congreso, así como consideraciones de moralidad. Ninguna decisión judicial es necesariamente la correcta. En los problemas controvertidos de derecho y de moral, los jueces tienen posiciones diferentes y, tal como lo demostraron las disputas por las designaciones de jueces de la Suprema Corte que hizo Nixon, un presidente está autorizado para designar jueces de sus mismas convicciones, siempre que sean honestos y capaces.

Así, aun cuando el sistema constitucional agregue algo a la protección de los derechos morales en contra del Gobierno, está muy lejos de garantizar tales derechos, e incluso de establecer en qué consisten. Eso significa que en algunas ocasiones, un organismo que no es el poder legislativo tiene la última palabra sobre estos problemas, cosa que no puede satisfacer a quien piense que un organismo tal se equivoca.

Es ciertamente inevitable que algún organismo del gobierno deba tener la última palabra sobre el derecho que hay que hacer valer. Cuando los hombres discrepan respecto de los derechos morales, no habrá manera de que ninguna de las partes demuestre su caso, y alguna decisión debe valer para que no haya anarquía, pero esa muestra de sabiduría tradicional debe ser el comienzo, y no el final, de una filosofía de la legislación y aplicación de las leyes. Si no podemos exigir que el Gobierno llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de sus ciudadanos, podemos reclamar que por lo menos lo intente. Podemos reclamar que se tome los derechos en serio, que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa. Intentaré demostrar qué es lo

eso significa, y de qué manera incide sobre los debates políticos actuales.

2. LOS DERECHOS Y EL DERECHO A INFRINGIR LA LEY

Empezaré por un punto que es objeto de discusiones muy violentas. Un norteamericano, ¿tiene, en alguna ocasión, derecho moral a infringir una ley? Supongamos que alguien admite que una ley es válida: ¿tiene, por consiguiente, el deber de obedecerla? Los que intentan dar respuesta a esta cuestión se dividen aparentemente en dos campos. Los que llamaré «los conservadores» desaprueban, al parecer, cualquier acto de desobediencia; parecen satisfechos cuando tales actos son enjuiciados y decepcionados cuando se anulan las condenas. El otro grupo, los liberales, muestra mucha mayor comprensión con algunos casos de desobediencia, por lo menos; en ocasiones, desaprueban los enjuiciamientos y celebran las sentencias absolutorias. Sin embargo, si miramos más allá de estas reacciones emocionales y prestamos atención a los argumentos que usan ambas partes, nos encontramos con un hecho asombroso. Los dos grupos dan, esencialmente, la misma respuesta a la cuestión de principio que supuestamente los divide.

La respuesta de ambas partes es la siguiente. En una democracia, o al menos en una democracia que en principio respeta los derechos individuales, cada ciudadano tiene un deber moral general de obedecer todas las leyes, aun cuando podría gustarle que alguna de ellas se cambiara. Tal es su deber para con sus conciudadanos, que en beneficio de él obedecen leyes que no les gustan. Pero este deber general no puede ser un deber absoluto, porque es posible que incluso una sociedad que en principio es justa produzca leyes y directrices injustas, y un hombre tiene deberes aparte de sus deberes para con el Estado. Un hombre debe cumplir sus deberes con su Dios y con su conciencia, y si estos últimos se hallan en conflicto con su deber hacia el Estado, es él, en última instancia, quien tiene derecho a hacer lo que juzga correcto. Sin embargo, si decide que debe infringir la ley, debe someterse al juicio y al castigo que imponga el Estado, como reconocimiento del hecho de que su deber para con sus conciudadanos, aunque haya cedido en importancia ante su obligación moral o religiosa, no se ha extinguido.

Por cierto que esta respuesta común se puede elaborar

de maneras muy diferentes. Hay quienes dirían que el deber para con el Estado es fundamental y presentarían a quien disienta como un fanático religioso o moral. Otros describirían en tono muy renuente el deber para con el Estado y dirían que los que se oponen a él son héroes. Pero éstas son diferencias de tono, y la posición que acabo de describir representa, según creo, la opinión de la mayoría de quienes, en los casos particulares, se muestran tanto en favor como en contra de la desobediencia civil.

No pretendo que esta opinión sea común. Debe de haber quienes sitúan el deber para con el Estado a una altura tal que no conceden que jamás se le pueda desobedecer. Y hay ciertamente algunos que negarían que un hombre tenga jamás el deber moral de obedecer la ley, por lo menos en los Estados Unidos de hoy. Pero estas dos posiciones extremas son los límites de una curva campaniforme, y todos los que se encuentran entre ellas mantienen la posición tradicional que acabo de describir: que los hombres tienen el deber de obedecer la ley, pero también el derecho de seguir lo que les dicta su conciencia, si está en conflicto con tal deber.

Pero, si tal es el caso, nos encontramos con una paradoja, en cuanto hombres que dan la misma respuesta a una cuestión de principio parecen estar en tal desacuerdo, y divididos tan irreduciblemente, en los casos particulares. La paradoja es más profunda aún puesto que cada una de las partes, en algunos casos por lo menos, toma una posición que parece lisa y llanamente incongruente con la posición teórica que ambas aceptan. Fue lo que se demostró, por ejemplo, cuando algunas personas se ampararon en la objeción de conciencia para desobedecer la ley de servicio militar, o animaron a otras a cometer dicho delito. Los conservadores sostuvieron que, aun cuando fueran sinceros, esos hombres debían ser enjuiciados. ¿Por qué? Porque la sociedad no puede tolerar la falta de respeto a la ley que constituye, y estimula, un acto semejante. En una palabra, deben ser enjuiciados para disuadirlos, y disuadir a otros como ellos, de hacer lo que han hecho.

Pero aquí parece haber una contradicción monstruosa. Si un hombre tiene derecho a hacer lo que su conciencia le dice que debe hacer, entonces, ¿cómo se puede justificar que el Estado lo disuada de hacerlo? ¿No está mal que un estado prohíba y castigue aquello que reconoce que los hombres tienen derecho a hacer?

Además, no son sólo los conservadores los que sostienen

que quienes infringen la ley obedeciendo a sus convicciones morales deben ser enjuiciados. El liberal se opone manifiestamente a permitir que los funcionarios de las escuelas racistas demoren la integración, por más que reconozca que tales funcionarios piensan tener derecho moral a hacer lo que la ley prohíbe. Verdad que no es frecuente que el liberal sostenga que se deben hacer valer las leyes de integración para estimular el respeto general por la ley; su argumentación sostiene, en cambio, que se las debe hacer cumplir porque son justas. Pero también su posición parece incongruente: ¿puede ser justo enjuiciar a un hombre por hacer lo que le exige su conciencia, al tiempo que se le reconoce el derecho a hacer lo que le dice su conciencia?

Nos encontramos, por consiguiente, ante dos enigmas. ¿Cómo es posible que, respecto de una cuestión de principio, haya dos partes, cada una de las cuales cree estar en profundo desacuerdo con la otra, y que sin embargo tienen la misma posición ante la cuestión que aparentemente las divide? ¿Cómo es posible que cada parte inste a que se busquen soluciones para determinados problemas que parecen contradecir, lisa y llanamente, la posición de principio que ambas aceptan? Una posible respuesta es que algunos de los que aceptan la posición común, o todos ellos, son unos hipócritas que de labios afuera rinden homenaje a unos derechos de conciencia que de hecho no reconocen.

Esta acusación es hasta cierto punto plausible. Cuando funcionarios públicos que dicen respetar la [objeción de] conciencia negaron a Mohamed Ali el derecho de boxear en sus respectivos estados, en su actitud debe de haber estado en juego cierta hipocresía. Si, pese a sus escrúpulos religiosos, Ali se hubiera incorporado al ejército, le habrían permitido boxear aunque su acto, según los principios que tales funcionarios dicen respetar, lo hubiera empeorado como ser humano. Pero los casos tan inequívocos como éste son pocos, e incluso aquí no parecía que los funcionarios reconociesen la contradicción entre sus actos y sus principios. Debemos, pues, buscar alguna explicación que vaya más allá de la verdad de que, con frecuencia, los hombres no quieren decir lo que dicen.

Esa explicación más profunda se halla en un conjunto de confusiones que a menudo dificultan las discusiones referentes a los derechos. Son confusiones que han oscurecido todos los problemas que mencioné en un principio y han frustrado todos los intentos de llegar a formular una teoría cohe-

rente de cómo debe conducirse un gobierno respetuoso de los derechos.

Para poder explicar esto debo llamar la atención sobre el hecho, conocido por los filósofos pero que con frecuencia se ignora en el debate político, de que la palabra «derecho» tiene diferente fuerza en diferentes contextos. En la mayoría de los casos, cuando decimos que alguien tiene «derecho» a hacer algo, damos a entender que estaría mal interferirlo en su hacer, o por lo menos que para justificar cualquier interferencia se necesita algún fundamento especial. Uso este sentido fuerte de la palabra derecho cuando digo que alguien tiene el derecho de gastarse su dinero jugando, si quiere, aunque debería gastarlo de manera más digna y sensata. Lo que quiero decir es que estaría mal que alguien impidiera actuar a esa persona, aun cuando ella se proponga gastar su dinero de una manera que a mí me parece mal.

Hay una clara diferencia entre decir que alguien tiene derecho a hacer algo en este sentido y decir que está «bien» que lo haga, o que no hace «mal» en hacerlo. Alguien puede tener derecho a hacer algo que está mal que haga, como podría ser el caso de jugar con dinero. A la inversa, es posible que esté bien que alguien haga algo y, sin embargo, no tenga derecho a hacerlo, en el sentido de que no estaría mal que alguien interfiriese su intento. Si nuestro ejército captura a un soldado enemigo, podríamos decir que lo que está bien para él es que trate de escapar, pero de ello no se sigue que esté mal que nosotros tratemos de detenerle. Podríamos admirarlo por su intento de escapar e incluso, quizá, tener mala opinión de él si no lo hiciera. Pero admitirlo así no es sugerir que esté mal, de nuestra parte, cerrarle el paso; por el contrario, si creemos que nuestra causa es justa, pensamos que está bien que hagamos todo lo posible para detenerlo.

Por lo común esta distinción —si un hombre tiene derecho a hacer algo, y si está bien que lo haga— no trae problemas. Pero a veces sí, porque a veces decimos que un hombre tiene derecho a hacer algo cuando lo único que queremos es negar que está mal que lo haga. Así, decimos que el prisionero tiene «derecho» a tratar de escaparse cuando lo que queremos decir no es que hacemos mal en detenerlo, sino que él no tiene el deber de no intentarlo. Usamos la palabra «derecho» de esta manera cuando hablamos de que alguien tiene «derecho» a actuar según sus propios principios o a seguir su propia conciencia. Queremos decir que no hace mal

en proceder según sus sinceras convicciones, aun cuando estemos en desacuerdo con ellas y aun cuando, en virtud de directrices recibidas o por otras razones, debamos obligarlo a actuar en contra de ellas.

Supongamos que un hombre cree que los pagos de ayuda social a los pobres constituyen un grave error porque socavan el espíritu de empresa, de manera que anualmente declara la totalidad de sus ingresos, pero se niega a pagar la mitad del impuesto. Podríamos decir que tiene derecho a negarse a pagar, si así lo desea, pero que el Gobierno tiene derecho a actuar en contra de él para obligarlo a pagar la totalidad, y a multarlo o encarcelarlo por moroso, si es necesario para mantener la eficacia operativa del sistema de recaudación. En la mayoría de los casos, no adoptamos esta actitud; no decimos que el ladrón ordinario tenga derecho a robar, si quiere, en tanto que cumpla la condena. Decimos que un hombre tiene derecho a infringir la ley, aun cuando el Estado tenga derecho a castigarlo, únicamente cuando pensamos que, dadas sus convicciones, no hace mal en hacerlo.²

Estas distinciones nos permiten ver una ambigüedad en la cuestión tradicional de si un hombre tiene alguna vez derecho a infringir la ley. Una cuestión tal, ¿significa si alguna vez tiene derecho a infringir la ley en el sentido fuerte, de modo que el Gobierno haría mal en impedirselo, arrestándolo y procesándolo? ¿O lo que significa es que alguna vez hace bien en infringir la ley, de modo que todos debiéramos respetarlo aun cuando el Gobierno deba encarcelarlo?

Si tomamos la posición tradicional como respuesta a la primera cuestión —que es la más importante—, entonces se plantean las paradojas descritas. Pero si la tomamos como respuesta a la segunda, no sucede lo mismo. Conservadores y liberales están efectivamente de acuerdo en que a veces, cuando su conciencia se lo exige, un hombre no hace mal en infringir una ley. Discrepan —cuando discrepan— respecto de un problema diferente: cuál ha de ser la reacción del Estado. De hecho, ambas partes piensan que en ocasiones el Estado debe procesarlo, pero esto no es incongruente con la proposición según la cual el procesado hizo bien en infringir la ley.

Las paradojas parecen auténticas porque generalmente no se distinguen las dos cuestiones, y la posición tradicional se presenta como solución general para el problema de la desobediencia civil. Pero una vez que se establece la distinción, queda de manifiesto que la posición sólo ha sido tan

ampliamente aceptada porque, cuando se la aplica, se la trata como respuesta a la segunda cuestión, pero no a la primera. La distinción crucial queda oscurecida por la inquietante idea de un derecho a la conciencia; esta idea, que ha estado en el centro de la mayoría de las últimas discusiones sobre la obligación política, es una pista errónea que nos aparta de las cuestiones políticas decisivas. El estado de conciencia de un hombre puede ser [un factor] decisivo o central cuando lo que se plantea como problema es si hace algo moralmente malo al infringir la ley; pero no es necesariamente decisivo, ni siquiera central, cuando el problema es si tiene derecho, en el sentido fuerte del término, a hacerlo. Un hombre no tiene derecho, en ese sentido, a hacer cualquier cosa que su conciencia le exija, pero puede tener derecho, en ese sentido, a hacer algo aunque su conciencia no se lo exija.

Si tal cosa es verdad, entonces no ha habido casi ningún intento serio de responder a las preguntas que casi todos tienen intención de formular. Podemos empezar de nuevo enunciando con más claridad tales cuestiones. Un norteamericano, ¿tiene alguna vez el derecho, en sentido fuerte, de hacer algo que va contra la ley? Y si lo tiene, ¿cuándo? Con el fin de responder a estas cuestiones, formuladas de esta manera, debemos intentar aclararnos las implicaciones de la idea, que antes mencionamos, de que los ciudadanos tienen por lo menos algunos derechos en contra de su gobierno.

Dije que en los Estados Unidos se supone que los ciudadanos tienen ciertos derechos fundamentales en contra de su Gobierno, ciertos derechos morales que la Constitución convierte en jurídicos. Si esta idea algo significa y merece que se haga alarde de ella, estos derechos deben ser derechos en el sentido fuerte que acabo de describir. La afirmación de que los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión debe implicar que estaría mal que el Gobierno les impidiese usar de ella, aun cuando el Gobierno crea que lo que han de decir causará más mal que bien. La afirmación no puede querer decir —volvamos a la analogía del prisionero de guerra— únicamente que los ciudadanos no hacen mal en decir lo que piensan, aunque el Gobierno se reserve el derecho de impedirles que lo hagan.

Este punto es decisivo y quiero insistir sobre él. Por cierto que un gobierno responsable debe estar dispuesto a justificar cualquier cosa que haga, especialmente cuando limita la libertad de sus ciudadanos. Pero normalmente es justificación suficiente, incluso para un acto que limita la libertad,

que el acto esté calculado para incrementar lo que los filósofos llaman la utilidad general, es decir, que esté calculado para producir, en términos generales, más beneficio que daño. Así, aunque el ayuntamiento de la Ciudad de Nueva York necesite una justificación para prohibir a los motoristas el tránsito por Lexington Avenue, es justificación suficiente que los funcionarios correspondientes crean, basándose en sólidas pruebas, que el beneficio obtenido por la mayoría excederá las molestias que sufran los menos. Cuando se dice que los ciudadanos individuales tienen derechos en contra del Gobierno, sin embargo, como el derecho a la libertad de expresión, eso debe querer decir que esta clase de justificación no es suficiente. De otra manera, no se afirmaría que los individuos tienen especial protección contra la ley cuando están en juego sus derechos, y ése es, justamente, el sentido de la afirmación.

No todos los derechos jurídicos, ni siquiera los derechos constitucionales, representan derechos morales en contra del Gobierno. Actualmente, tengo el derecho jurídico de conducir en ambas direcciones por la calle Cincuenta y Siete [de Nueva York], pero el Gobierno no haría mal en convertirla en calle de dirección única si considerase que así se favorece el interés general. Tengo el derecho constitucional de votar por un congresista cada dos años, pero los gobiernos nacional y estatal no harían mal si, ajustándose al procedimiento de enmiendas, llevaran a cuatro años, en vez de dos, el término de los congresistas, siempre sobre la base de juzgar que así se favorecería el bien general.

Pero se supone que los derechos constitucionales que llamamos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión, representan derechos en contra del Gobierno en el sentido fuerte; eso es lo que da sentido al alarde de afirmar que nuestro sistema jurídico respeta los derechos fundamentales del ciudadano. Si los ciudadanos tienen un derecho moral a la libertad de expresión, entonces los gobiernos harían mal en derogar la Primera Enmienda, que lo garantiza, por más que estuvieran persuadidos de que la mayoría estaría mejor si se restringiera ese derecho.

Tampoco quiero exagerar. Quien afirme que los ciudadanos tienen un derecho en contra del Gobierno no necesita ir tan lejos que diga que el Estado no tiene *nunca* justificación para invalidar ese derecho. Podría decir, por ejemplo, que aunque los ciudadanos tengan derecho a la libertad de expresión, el Gobierno puede invalidar ese derecho cuando

es necesario para proteger los derechos de otros, o para impedir una catástrofe o incluso para obtener un mayor beneficio público claro e importante (aunque si reconociera esto último como justificación posible no estaría colocando al derecho en cuestión entre los más importantes o fundamentales). Lo que no puede hacer es decir que el Gobierno está justificado para invalidar un derecho basándose en los fundamentos mínimos que serían suficientes si tal derecho no existiera. No puede decir que el Gobierno está autorizado para actuar sin más base que un juicio según el cual es probable que, en términos generales, su acción produzca un beneficio a la comunidad. Esta admisión despojaría de sentido a las reclamaciones de derecho, y demostraría que está usando la palabra «derecho» en algún sentido que no es el sentido necesario para dar a su afirmación la importancia política que normalmente se le supone.

Pero entonces las respuestas a nuestras dos cuestiones referentes a la desobediencia parecen simples, aunque nada ortodoxas. En nuestra sociedad, un hombre tiene en ocasiones el derecho, en el sentido fuerte, de desobedecer una ley. Tiene ese derecho toda vez que la ley invade injustamente sus derechos en contra del Gobierno. Si tiene derecho moral a la libertad de expresión, eso significa que tiene derecho moral a infringir cualquier ley que el Gobierno, en virtud de su derecho [el del hombre] no tenía derecho a adoptar. El derecho a desobedecer la ley no es un derecho aparte, que tenga algo que ver con la conciencia y se agregue a otros derechos en contra del Gobierno. Es simplemente una característica de los derechos en contra del Gobierno y, en principio, no se le puede negar sin negar al mismo tiempo que tales derechos existen.

Estas respuestas parecen obvias una vez que tomamos los derechos en contra del Gobierno como derechos en el sentido fuerte que he precisado. Si tengo derecho a decir lo que pienso sobre temas políticos, entonces el Gobierno actúa incorrectamente si me pone fuera de la ley por hacerlo, aunque piense que actúa en protección del interés general. Si, pese a todo, el Gobierno me pone fuera de la ley por mi acto, entonces comete una nueva injusticia al hacer cumplir esa ley en contra de mí. Mi derecho contra el Gobierno significa que el Gobierno no puede impedirme hablar; el Gobierno no puede hacer que impedírmelo esté bien por el solo hecho de haber dado el primer paso.

Por cierto que todo esto no nos dice exactamente qué de-

rechos tienen los hombres en contra del Gobierno. No nos dice si el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a manifestarse. Pero sí quiere decir que la promulgación de una ley no puede afectar a los derechos que efectivamente tienen los hombres, y esto es de importancia decisiva porque muestra la actitud que está permitida al individuo, en cuanto a su decisión personal, cuando el problema que se plantea es el de la desobediencia civil.

Tanto los conservadores como los liberales suponen que en una sociedad —en términos generales— decente, todo el mundo tiene el deber de obedecer la ley, sea ésta cual fuere. Tal es la fuente de la cláusula de «deber general» en la posición tradicional, y aunque los liberales creen que en ocasiones se puede «dejar de lado» este deber, incluso ellos suponen, lo mismo que la posición tradicional, que el deber de obediencia se mantiene, en cierta forma, sumergido, de modo que un hombre hace bien en aceptar el castigo en reconocimiento de tal deber. Pero este deber general es poco menos que incoherente en una sociedad que reconoce los derechos. Si un hombre cree que tiene derecho a manifestarse, debe creer también que estaría mal que el Gobierno se lo impidiera, con o sin el beneficio de una ley. Si está autorizado para creer eso, es una tontería hablar de un deber de obedecer la ley como tal, o de un deber de aceptar el castigo que el Estado no tiene derecho a imponerle.

Los conservadores objetarán la superficialidad con que he tratado su punto de vista. Argumentarán que aun cuando el Gobierno haya hecho mal en adoptar cierta ley, como una que limite la libertad de expresión, hay razones independientes por las que se justifica que, una vez adoptada, la haga respetar. Entonces, sostienen, si la ley prohíbe las manifestaciones, es porque entra en juego algún principio más importante que el derecho individual a la libertad de expresión, a saber, el principio del respeto a la ley. Si a una ley, aunque sea mala, no se la hace valer, se debilita el respeto a la ley, y la sociedad, como tal, se resiente. De modo, pues, que un individuo pierde el derecho moral a expresarse cuando se constituye en delito la libertad de expresión, y el Gobierno, en aras del bien común y del beneficio general, debe hacer valer la ley en contra de él.

Pero este argumento, por más popular que sea, sólo es plausible si olvidamos lo que significa decir que un individuo tiene un derecho en contra del Estado. No es obvio, ni mucho menos, que la desobediencia civil disminuya el respeto

por la ley, pero aunque supusiéramos que así es, este hecho no viene al caso. La perspectiva de logros utilitarios no puede justificar que se impida a un hombre hacer lo que tiene derecho de hacer, y las supuestas ganancias por el respeto a la ley son simplemente logros utilitarios. Ningún sentido tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resulten inconvenientes. De modo que el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos, ni siquiera cuando el beneficio en cuestión sea un incremento del respeto por la ley.

Pero quizás es incorrecto suponer que el argumento referido al respecto a la ley no es más que una apelación a la utilidad general. Dije que puede estar justificado que un estado deje de lado los derechos, o los limite, por otros motivos, y antes de rechazar la posición conservadora, debemos preguntarnos si alguno de ellos es válido. Entre estos motivos, el más importante —y el peor comprendido— es el que pone en juego la noción de *derechos concurrentes* que se verían amenazados si no se limitase el derecho en cuestión. Los ciudadanos tienen tanto derechos personales a la protección del Estado como derechos personales a estar libres de la interferencia estatal, y puede ser necesario que el Gobierno escoja entre ambas clases de derechos. La ley de difamación, por ejemplo, limita el derecho personal de cualquier hombre a decir lo que piensa, porque le exige que tenga sólidos fundamentos para lo que dice. Pero esta ley se justifica, incluso para quienes piensan que efectivamente invade un derecho personal, por el hecho de que protege el derecho de otros a no ver arruinada su reputación por una afirmación desaprensiva.

Los derechos individuales que reconoce nuestra sociedad entran frecuentemente en conflicto de esta manera, y cuando tal cosa sucede, la función del gobierno es decidir. Si el Gobierno hace la opción adecuada, y protege el [derecho] más importante a costa del que lo es menos, entonces no ha debilitado ni desvalorizado la noción de [lo que es] un derecho; cosa que, por el contrario, habría hecho si hubiera dejado de proteger al más importante de los dos. Debemos, pues, reconocer que el Gobierno tiene una razón para limitar los derechos si cree, de forma plausible, que un derecho concurrente es más importante.

Cabe preguntar si el conservador puede aprovecharse de este hecho. Podría argumentar que hice mal en caracterizar su argumento diciendo que apela al beneficio general, cuando lo que hace es apelar a los derechos concurrentes, a saber, al derecho moral de la mayoría a hacer valer sus leyes, o al derecho de la sociedad a mantener el grado de orden y seguridad que desea. Son éstos los derechos, nos diría, con que se ha de comparar el derecho individual a hacer lo que la ley injusta prohíbe.

Pero este nuevo argumento es confuso, porque depende a su vez de una nueva ambigüedad en el lenguaje referente a los derechos. Es verdad que hablamos del «derecho» de la sociedad a hacer lo que quiere, pero éste no puede ser un «derecho concurrente» del tipo que puede justificar la invasión de un derecho en contra del Gobierno. La existencia de derechos en contra del Gobierno se vería amenazada si el Gobierno pudiera vulnerar uno de esos derechos apelando al derecho de una mayoría democrática a imponer su voluntad. Un derecho en contra del Gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese «algo» se haga. Si ahora decimos que la sociedad tiene derecho a hacer cualquier cosa que signifique un beneficio general, o derecho a preservar el tipo de ambiente en que desea vivir la mayoría, y lo que queremos decir es que ése es el tipo de derechos que proporcionan una justificación para ignorar cualquier derecho en contra del Gobierno que pudiera entrar en conflicto con ellos, entonces hemos aniquilado estos últimos derechos.

Con el fin de salvaguardarlos, debemos reconocer el carácter de derechos concurrentes sólo a los derechos de otros miembros de la sociedad en cuanto individuos. Debemos distinguir los «derechos» de la mayoría como tal, que no pueden contar como justificación para dejar de lado los derechos individuales, y los derechos personales de los miembros de una mayoría, que bien podrían contar. La prueba que debemos usar es la siguiente. Alguien tiene un derecho concurrente a ser protegido, que debe ser evaluado frente a un derecho individual a actuar, si esa persona está autorizada para exigir tal protección de su gobierno por cuenta propia, como individuo, sin tener en cuenta si la mayoría de sus conciudadanos se unen a la demanda.

Según esta prueba, no puede ser verdad que alguien tenga derecho de hacer valer todas las leyes penales que, si no

fueran ya ley, tendría el derecho de hacer promulgar. Las leyes contra la violencia personal bien podrían pertenecer a esa clase. Si los miembros físicamente vulnerables de la comunidad —los que necesitan protección policial contra la violencia personal— no fueran más que una pequeña minoría, todavía parecería plausible decir que tienen derecho a esa protección. Pero no se puede pensar que las leyes que aseguran cierto nivel de tranquilidad en los lugares públicos o que autorizan y financian una guerra extranjera se apoyen en los derechos individuales. La tímida dama que recorre las calles de Chicago no tiene derecho [a gozar] exactamente de la medida de tranquilidad de que actualmente disfruta, ni tampoco a que la juventud sea reclutada para pelear en guerras que ella aprueba. Hay leyes —tal vez leyes deseables— que le aseguran esas ventajas, pero la justificación de tales leyes, si es que la tienen, no es su derecho personal, sino el deseo común de una gran mayoría. Por consiguiente, si esas leyes recortan efectivamente el derecho moral de alguien a protestar, o su derecho a la seguridad personal, la señora no puede alegar un derecho concurrente que justifique tal reducción. Ella no tiene derecho personal alguno a hacer promulgar tales leyes, como tampoco tiene derecho concurrente a hacerlas valer.

De manera que el conservador no puede sacar mucho partido de su argumento basándose en los derechos concurrentes, pero tal vez quiera basarse en otras razones. Podría argumentar que un gobierno puede estar justificado para recortar los derechos personales de sus ciudadanos en una emergencia, o cuando así se pueda evitar una pérdida muy grande, o quizá cuando es obvio que puede asegurarse algún importante beneficio. Si la nación está en guerra, es posible que se justifique una política de censura, aunque pueda invadir el derecho a decir lo que uno piensa sobre temas políticamente controvertidos. Pero la emergencia debe ser auténtica. Debe darse lo que Oliver Wendell Holmes describía como un peligro claro y presente, y además el peligro debe ser de magnitud.

¿Pueden sostener los conservadores que cuando se vota una ley, aunque sea injusta, se puede recurrir a este tipo de justificación para hacerla cumplir? Su argumento podría estar en esta línea. Si el Gobierno reconoce alguna vez que puede equivocarse —que el poder legislativo puede haber adoptado, el ejecutivo aprobado y el judicial aplicado, una ley que de hecho recorta derechos importantes—, entonces

esta admisión no sólo conducirá a una declinación marginal del respeto por la ley, sino a una crisis del orden. Es posible que los ciudadanos decidan obedecer únicamente las leyes que personalmente aprueban, lo cual equivale a la anarquía. Por eso el Gobierno debe insistir en que, sean cuales fueren los derechos de un ciudadano antes de que una ley sea votada por el Congreso y respaldada por los tribunales, en lo sucesivo sus derechos están determinados por esa ley.

Pero este argumento desconoce la primitiva distinción entre lo que puede suceder y lo que sucederá. Si permitimos que sean las conjeturas el fundamento de la justificación de la emergencia o del beneficio decisivo, entonces, una vez más, hemos aniquilado los derechos. Debemos, como decía Learned Hand, descontar de la gravedad del mal que nos amenaza la probabilidad de que esa amenaza se concrete. No conozco ninguna prueba auténtica de que el hecho de tolerar cierta desobediencia civil, por respeto a la posición moral de quienes la ejercen, haya de incrementar tal desobediencia, y mucho menos el crimen en general. La afirmación de que así ha de ser debe basarse en vagas suposiciones referentes al contagio de los delitos comunes, suposiciones de las que no hay prueba alguna y que de todas maneras no vienen al caso. Parece por lo menos igualmente plausible sostener que la tolerancia intensificará el respeto por los funcionarios y por las leyes que éstos promulgan, o que por lo menos disminuirá la rapidez con que tal respeto se pierde.

Si el problema fuera simplemente la cuestión de si la comunidad estaría marginalmente mejor en el caso de una estricta imposición de la ley, entonces el gobierno tendría que decidir con las pruebas con que contamos, y quizá no fuera irrazonable decidir que, pensándolo bien, efectivamente así sería. Pero como lo que está en juego son los derechos, el problema es muy diferente: de lo que se trata es de si la tolerancia llegaría a destruir la comunidad o a amenazarla con graves daños, y suponer que las pruebas con que contamos avalan tal respuesta como probable o siquiera como concebible me parece, simplemente, descabellado.

El argumento de la emergencia es confuso también en otro sentido. Supone que el Gobierno debe tomar, o bien la posición de que un hombre nunca tiene el derecho de infringir la ley, o bien de que lo tiene siempre. He dicho que cualquier sociedad que pretenda reconocer los derechos debe abandonar la idea de un deber general de obedecer la ley que sea válido en todos los casos. Esto es importante, porque de-

muestra que las reclamaciones de derechos de un ciudadano no se pueden zanjar sin reflexión. Si un ciudadano sostiene que tiene derecho moral a no prestar servicios en el ejército, o a protestar de una manera que él considera efectiva, entonces el funcionario que quiera darle respuesta y no simplemente obligarle a obedecer por la fuerza, debe responder al punto que él señala, y no puede acudir a la ley de reclutamiento ni a una decisión de la Suprema Corte como argumentos de peso especial, y mucho menos decisivo. A veces, un funcionario que considere de buena fe los argumentos morales del ciudadano, se convencerá de que el reclamo de éste es plausible, e incluso justo. De ello no se sigue, sin embargo, que siempre se dejará persuadir o que siempre deba hacerlo.

Debo insistir en que todas estas proposiciones se refieren al sentido fuerte de [la palabra] derecho y, por consiguiente, dejan sin responder importantes cuestiones referentes a lo que está bien hacer. Si un hombre cree que tiene derecho a infringir la ley, debe entonces plantear[se] si hace bien en ejercer ese derecho. Debe recordar que entre hombres razonables puede haber diferencia respecto de si tiene el derecho en contra del Gobierno, y por consiguiente el derecho a infringir la ley, que él cree tener; de lo cual se desprende que hombres razonables pueden oponérsele de buena fe. Debe tener en cuenta las diversas consecuencias que tendrán sus actos; si es posible que pongan en juego la violencia, o cualquier otra consideración que pueda ser importante según el contexto; no debe ir más allá de los derechos que puede reclamar de buena fe ni cometer actos que violen los derechos ajenos.

Por otra parte, si un funcionario, un fiscal digamos, cree que el ciudadano *no* tiene derecho a infringir la ley, entonces *él* debe preguntar[se] si hace bien en imponer su cumplimiento. En el capítulo 8 sostengo que ciertas características de nuestro sistema jurídico, y en particular la fusión de problemas jurídicos y morales que se da en nuestra Constitución, significa que con frecuencia los ciudadanos hacen bien en ejercer lo que ellos consideran derechos morales de infringir la ley, y que con frecuencia los fiscales hacen bien en no enjuiciarlos por ello. No quiero anticipar aquí estos argumentos, y sí, en cambio, preguntarme si la exigencia de que el Gobierno se tome en serio los derechos de sus ciudadanos tiene algo que ver con la cuestión, decisiva, de en qué consisten tales derechos.

3. LOS DERECHOS CONTROVERTIDOS

Hasta el momento, esta argumentación ha sido hipotética: si un hombre tiene un determinado derecho moral en contra del Gobierno, ese derecho sobrevive a las leyes y sentencias contrarias. Pero con esto no se nos dice qué derechos tiene, y es notorio que respecto de esto reina el desacuerdo entre los hombres razonables. En ciertos casos muy claros, el acuerdo es amplio; casi todos los que creen en los derechos admitirían, por ejemplo, que un hombre tiene el derecho moral de decir lo que piensa, de manera no agresiva, en cuestiones de interés político, y que ése es un derecho importante, que el Estado debe esforzarse por proteger. Pero la controversia se centra en torno a los límites de tales derechos paradigmáticos, y un caso que lo ejemplifica es el de la llamada ley «anti-disturbios», en el famoso Proceso a los Siete que tuvo lugar en Chicago en la última década.

A los procesados se les acusaba de conspirar para cruzar las fronteras estatales con la intención de causar disturbios. El cargo es vago —tal vez inconstitucionalmente vago—, pero aparentemente la ley define como criminales los discursos emotivos que sostienen que la violencia se justifica con el fin de asegurar la igualdad política. El derecho a la libertad de expresión, ¿ampara este tipo de discurso? He aquí, por cierto, un problema jurídico, en cuanto invoca la cláusula de libertad de expresión de la Primera Enmienda a la Constitución. Pero también es un problema moral, porque, como dije, debemos considerar a la Primera Enmienda como un intento de proteger un derecho moral. Es parte de la tarea de gobernar la de «definir» los derechos morales mediante leyes y decisiones judiciales, es decir, la de declarar oficialmente la extensión que asignará el Derecho a los derechos morales. El Congreso se planteó este problema cuando votó la ley anti-disturbios, y la Suprema Corte se ha visto frente a él en innumerables casos. ¿Cómo han de enfocar los diferentes departamentos del gobierno la definición de los derechos morales?

Deben comenzar por tomar conciencia de que cualquier cosa que decidan podría estar equivocada. Tanto la historia como sus propios descendientes podrían juzgar que actuaron injustamente allí donde ellos creían tener razón. Si se toman con seriedad su deber, deben tratar de limitar sus

errores y, por ende, deben intentar descubrir dónde pueden estar los peligros de equivocación.

Con este fin podrían escoger uno u otro de dos modelos muy diferentes. El primero recomienda que se busque un equilibrio entre los derechos del individuo y las exigencias de la sociedad como tal. Si el Gobierno *infringe* un derecho moral (por ejemplo, definiendo el derecho a la libertad de expresión más estrictamente de como lo requiere la justicia) entonces ha inferido un agravio al individuo. Por otra parte, si el Gobierno amplía un derecho (al definirlo de manera más amplia de lo que exige la justicia), entonces defrauda a la sociedad, privándola de algún beneficio general, tal como la seguridad ciudadana, que no hay razón para que no tenga. De modo que un error que inclina la balanza hacia un lado es tan grave como uno que la inclina hacia el otro. La ruta del gobierno ha de consistir en mantener el timón en la línea media, equilibrando el bienestar general con los derechos personales y dando a cada cual lo debido.

Cuando el Gobierno, o cualquiera de sus ramas, define un derecho, debe tener presente —de acuerdo con el primer modelo— el coste social de diferentes propuestas y hacer los ajustes necesarios. No debe conceder la misma libertad a las manifestaciones ruidosas que a la tranquila discusión política, por ejemplo, porque las primeras causan mucha más inquietud que la última. Una vez que decide en qué medida ha de reconocer un derecho, debe hacer valer plenamente su decisión, lo cual significa permitir que el individuo actúe en el marco de sus derechos, tal como los ha definido el Gobierno, pero no más allá de ellos, de modo que si alguien infringe la ley, aun cuando sea por motivos de conciencia, debe ser castigado. Es indudable que cualquier gobierno cometerá errores, y lamentará decisiones que alguna vez tomó. Eso es inevitable, pero esta política intermedia ha de asegurar que, a la larga, los desequilibrios hacia un lado compensarán los desequilibrios hacia el otro.

Vistas las cosas así, el primer modelo parece sumamente plausible y creo que la mayoría de los legos y de los juristas lo aceptarán con agrado. La metáfora del equilibrio entre el interés público y los reclamos personales está bien establecida en nuestra retórica judicial y política, y es una metáfora que hace del modelo algo tan familiar como atractivo. Sin embargo, el primer modelo es falso; lo es, ciertamente en el caso de los derechos considerados generalmente como importantes, y la metáfora es el fondo del error.

La institución de los derechos en contra del Gobierno no es un don de Dios, ni un ritual antiguo ni un deporte nacional. Es una práctica compleja y engorrosa, que hace más difícil y más cara la tarea gubernamental de asegurar el beneficio general, y que —a menos que sirviera de algo— sería una práctica frívola e injusta. Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio, y que elogie a nuestro Gobierno por respetarlos, debe tener alguna idea de qué es ese algo. Debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana. Esta idea, asociada con Kant, pero que defienden filósofos de diferentes escuelas, supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto.

La segunda es la idea, más familiar, de la igualdad política, que supone que los miembros más débiles de una comunidad política tiene derecho, por parte del gobierno, a la misma consideración y el mismo respeto que se han asegurado para sí los miembros más poderosos, de manera que si algunos hombres tienen libertad de decisión, sea cual fuere el efecto de la misma sobre el bien general, entonces todos los hombres deben tener la misma libertad. No es mi propósito elaborar ni defender aquí estas ideas, sino solamente insistir en que cualquiera que sostenga que los ciudadanos tienen derechos debe aceptar ideas muy próximas a éstas.³

Tiene sentido decir que un hombre tiene un derecho fundamental en contra del Gobierno, en el sentido fuerte, como la libertad de expresión, si ese derecho es necesario para proteger su dignidad, o su status como acreedor a la misma consideración y respeto o algún otro valor personal de importancia similar; de cualquier otra manera no tiene sentido.

De modo que, si los derechos tienen sentido, la invasión de un derecho relativamente importante debe ser un asunto muy grave, que significa tratar a un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres. La institución de los derechos se basa en la convicción de que ésa es una injusticia grave, y que para prevenirla vale la pena pagar el coste adicional de política social o eficiencia que sea necesario. Pero entonces, no debe ser exacto decir que la extensión de los derechos es una injusticia tan grave como su invasión. Si el Gobierno yerra hacia el lado del individuo, entonces simplemente, en términos de eficiencia social, paga un poco más de lo que tiene

que pagar; es decir, paga un poco más en la misma moneda que ya ha decidido que se ha de gastar. Pero si yerra en contra del individuo, le inflige un insulto que para evitarlo, según el propio gobierno lo reconoce, requiere un gasto mucho mayor de esa moneda.

El primer modelo es, pues, indefendible. De hecho, descansa sobre un error que ya analicé antes, a saber, la confusión de los derechos de la sociedad con los derechos de los miembros de la sociedad. El «equilibrio» es apropiado cuando el Gobierno debe escoger entre pretensiones de derecho concurrentes; por ejemplo, entre la pretensión de libertad de asociación de los sureños y la pretensión del negro de tener acceso a una educación igual. Entonces, el Gobierno no puede hacer otra cosa que estimar los méritos de las pretensiones concurrentes y actuar de acuerdo con esa estimación. El primer modelo supone que el «derecho» de la mayoría es un derecho concurrente, que es menester equilibrar de esa manera; pero eso, como ya argumenté, es una confusión que amenaza con destruir el concepto de los derechos individuales. Vale la pena señalar que la comunidad rechaza el primer modelo en el ámbito en que es más lo que está en juego para el individuo: el proceso criminal. Decimos que es mejor dejar en libertad a muchos culpables que castigar a un inocente, y esa homilía descansa sobre la elección del segundo modelo de gobierno.

Para el segundo modelo, recortar un derecho es mucho más grave que extenderlo, y sus recomendaciones se derivan de ese juicio. El modelo estipula que, una vez reconocido un derecho en los casos más claros, el Gobierno debe actuar de manera tal que sólo se recorte ese derecho cuando se presenta alguna razón convincente, que sea congruente con las suposiciones sobre las cuales debe basarse el derecho original. Una vez que está concedido, el simple hecho de que la sociedad pagaría un precio mayor por extenderlo no puede ser un argumento para restringir un derecho. Debe haber algo especial en ese mayor precio, o el caso debe tener alguna otra característica que permita decir que, aunque se justifica un gran coste social para proteger el derecho original, ese coste particular no es necesario. En otras palabras, si el Gobierno no amplía ese derecho, estará demostrando que su reconocimiento del mismo en el caso original es una ficción, una promesa que sólo se propone mantener mientras no le resulte inconveniente.

¿Cómo podemos demostrar que no vale la pena pagar un

coste determinado sin retirar el reconocimiento inicial de un derecho? No se me ocurren más que tres tipos de razones que se puedan usar de manera coherente para limitar la definición de un derecho determinado. Primero, el Gobierno podría demostrar que los valores protegidos por el derecho original no están realmente en juego en el caso marginal, o lo están solamente en alguna forma atenuada. Segundo, podría demostrar que si se define el derecho de manera tal que incluye el caso marginal, se recortaría algún derecho concurrente, en el sentido fuerte que ya describí antes. Tercero, se podría demostrar que si se definiera de esa manera el derecho, entonces no se incrementaría simplemente el coste social, sino que ese incremento sería de una magnitud que trascendería en mucho el coste pagado para conceder el derecho original; una magnitud lo bastante grande como para que se justifique cualquier ataque a la dignidad o a la igualdad que pudiera significar.

Es bastante fácil aplicar estas razones a un grupo de problemas, integrantes de las cuestiones constitucionales, que tuvo que plantearse la Suprema Corte. La ley de reclutamiento disponía una eximente para los objetores de conciencia, pero esta eximente, tal como la han interpretado las juntas de reclutamiento, se ha limitado a quienes objetan *todas* las guerras por razones *religiosas*. Si suponemos que la eximente se justifica sobre la base de que un individuo tiene el derecho moral de no matar en violación de sus propios principios, entonces se plantea la cuestión de si corresponde excluir a aquellos cuya moralidad no se basa en la religión, o cuya moralidad es lo bastante compleja como para establecer distinciones entre las guerras. Como cuestión de derecho constitucional, la Corte sostuvo que las juntas de reclutamiento hacían mal en excluir a los primeros, pero eran competentes para excluir a los últimos.

Ninguna de las tres razones que enumeré puede justificar ninguna de estas exclusiones como cuestión de moralidad política. La invasión de la personalidad [que significa] obligar a los hombres a matar cuando ellos creen que matar es inhumano es la misma cuando sus creencias se basan en razones seculares o tienen en cuenta que las guerras difieren de maneras moralmente pertinentes, y no hay diferencia pertinente en [la existencia de] derechos concurrentes o de una emergencia nacional. Hay diferencias entre los casos, naturalmente, pero son insuficientes para justificar la distinción. Un gobierno que en principio es secular no puede preferir una

moralidad de base religiosa a una que no la tiene. Hay argumentos utilitaristas que favorecen que se limite la excepción a razones religiosas o universales: una eximente así limitada puede ser de administración más barata y quizá permita distinguir más fácilmente entre los objetores sinceros y los que no lo son. Pero estas razones utilitaristas no vienen al caso, porque no pueden contar como fundamentos para limitar un derecho.

Y ¿qué se puede decir de la ley anti-disturbios, tal como se aplicó en el proceso de Chicago? Esta ley, ¿representa una limitación injusta del derecho a la libertad de expresión, supuestamente protegido por la Primera Enmienda? Si hubiéramos de aplicar a este problema el primer modelo de gobierno, el argumento en favor de la ley anti-disturbios parecería fuerte. Pero si dejamos aparte como inadecuadas las referencias al equilibrio y buscamos las razones apropiadas para limitar un derecho, entonces el argumento se debilita bastante. El derecho original a la libertad de expresión debe suponer que es una afrenta a la personalidad humana impedir a un hombre que exprese lo que sinceramente cree, particularmente respecto de cuestiones que afectan a la forma en que se lo gobierna. Sin duda la afrenta es mayor, y no menor, cuando se le impide que exprese aquellos principios de moralidad política que más apasionadamente sostiene, frente a cosas que él considera violaciones flagrantes de dichos principios.

Se puede decir que la ley anti-disturbios lo deja en libertad de expresar esos principios de manera no provocativa, pero así se pasa por alto la conexión señalada entre expresión y dignidad. Un hombre no puede expresarse libremente cuando no puede equiparar su retórica con su agravio, o cuando debe moderar su vuelo para proteger valores que para él no cuentan, en comparación con aquellos que intenta vindicar. Es verdad que algunos opositores políticos hablan de maneras que escandalizan a la mayoría, pero es una arrogancia que la mayoría suponga que los métodos de expresión ortodoxos son las maneras adecuadas de hablar, porque tal suposición constituye una negativa de la igualdad de consideración y respeto. Si el sentido del derecho es proteger la dignidad de los opositores, entonces los juicios referentes a cuál es el discurso apropiado se han de formular teniendo presente la personalidad de los opositores, no la personalidad de la mayoría «silenciosa», para la cual la ley anti-disturbios no representa restricción alguna.

De ahí que no sirva el argumento según el cual los valores protegidos por el derecho original están menos vulnerados en el caso marginal. Debemos considerar ahora si los derechos concurrentes, o alguna amenaza grave a la sociedad no justifican, sin embargo, la ley anti-disturbios. Podemos considerar juntas estas dos razones, porque los únicos derechos concurrentes plausibles son los derechos a verse libre de violencia, y la violencia es la única amenaza plausible a la sociedad que proporciona el contexto.

Nadie tiene el derecho de quemarme la casa, de apedrear-me o apedrear mi coche o de hundirme el cráneo con una cadena de bicicleta, aunque le parezca que éstos son medios naturales de expresión. Pero a los acusados en el proceso de Chicago no se les imputaban actos de violencia directa; lo que se sostenía era que los actos de discurso que planeaban podrían hacer que otros cometieran actos de violencia, ya fuera como demostración de apoyo o de hostilidad a lo que ellos decían. ¿Proporciona esto una justificación?

La cuestión sería diferente si pudiéramos decir con algún margen de confianza cuánta violencia se podría esperar que previniera la ley anti-disturbios, y de qué clase. ¿Ahorraría dos vidas por año, doscientas o dos mil? ¿Dos mil dólares de propiedades o doscientos mil? ¿O dos millones? Nadie puede decirlo, y no simplemente porque la predicción sea poco menos que imposible, sino porque no tenemos una comprensión segura del proceso mediante el cual la manifestación se convierte en desorden, ni —en particular— del papel que en todo esto desempeña el discurso inflamatorio, a diferencia de la pobreza, la brutalidad policial, la sed de sangre y todo el resto de los fallos humanos y económicos. El Gobierno, naturalmente, debe intentar reducir el despilfarro violento de vidas y propiedades, pero debe reconocer que cualquier intento de localizar y extirpar una causa de tumultos, a no ser que se trate de una reorganización de la sociedad, debe ser un ejercicio conjetural de un proceso de ensayo y error. El gobierno ha de tomar sus decisiones en condiciones de muy elevada incertidumbre, y la institución de los derechos, si se la toma en serio, limita su libertad de experimentar en tales condiciones.

Obliga además al Gobierno a tener presente que impedir a un hombre que hable o que se manifieste le inflige un insulto profundo y seguro, a cambio de un beneficio conjetural que, en todo caso, se puede lograr de otras maneras, aunque sean más caras. Cuando los juristas dicen que se pueden li-

mitar los derechos para proteger otros derechos o para impedir una catástrofe, tienen presentes casos en que es relativamente fácil distinguir la causa y el efecto, como el conocido ejemplo del hombre que da una falsa alarma de incendio en un teatro atestado de gente.

Pero el episodio de Chicago demuestra hasta qué punto pueden oscurecerse las conexiones causales. Los discursos de Hoffman o de Rubin, ¿eran condiciones necesarias del tumulto? ¿O, de todas maneras, y como también argumenta el Gobierno, esos miles de personas habían acudido a Chicago con el fin de provocar disturbios? Estas condiciones, ¿eran, en todo caso, suficientes? O bien la policía, ¿no podría haber contenido la violencia si no hubiera estado tan ocupada en contribuir a ella como lo señaló la Comisión Presidencial sobre la Violencia?

No son cuestiones fáciles de responder, pero si algo significan los derechos, el Gobierno no puede limitarse a dar por sentadas respuestas que justifiquen su conducta. Si un hombre tiene derecho a hablar, si las razones que fundamentan ese derecho abarcan también el discurso político provocativo, y si los efectos de tal discurso sobre la violencia no están claros, entonces el Gobierno no está autorizado para empezar el abordaje de ese problema negando ese derecho. Es posible que recortar el derecho de hablar sea el recurso menos caro, y el que menos lesione la moral policial o el más popular desde el punto de vista político. Pero éstos son argumentos utilitaristas en favor de empezar por una parte mejor que por otra, y el concepto de derechos excluye tales argumentos.

Este punto puede verse oscurecido por la creencia popular en que los activistas políticos anticipan la violencia y «buscan problemas» en todo lo que dicen. Según opinión general, mal pueden quejarse si se los toma por autores de la violencia que esperan, y de acuerdo con ello se los trata. Pero esta actitud repite la confusión que ya antes traté de explicar, entre tener derecho y hacer bien en hacer. Los motivos del orador pueden ser muy importantes para decidir si hace bien en hablar apasionadamente de problemas que pueden arrebatarse o enfurecer al público. Pero si tiene derecho a hablar, y como el peligro de permitirle que lo haga es conjetural, sus motivos no pueden valer como prueba independiente en la argumentación destinada a justificar que se le impida hablar.

Pero, ¿qué hay de los derechos individuales de los que

perecerán en un tumulto, o del transeúnte muerto por el disparo de un francotirador, o del comerciante cuya tienda resulta saqueada? Plantear el problema de esta manera, como cuestión de derechos concurrentes, sugiere un principio que socavaría el efecto de la incertidumbre. ¿Hemos de decir que algunos derechos a la protección son tan importantes que se justifica que el Gobierno haga todo lo posible por mantenerlos? ¿Hemos de decir, por ende, que el Gobierno puede recortar los derechos de otros a actuar cuando sus actos podrían simplemente aumentar, por más leve o conjetural que fuera el margen, el riesgo de que resultara violado el derecho de alguna persona a la vida o a la propiedad?

En algún principio así confían quienes se oponen a las recientes decisiones liberales de la Suprema Corte sobre el procedimiento policial. Tales decisiones incrementan la probabilidad de que un culpable salga en libertad y por consiguiente, en forma marginal, aumentan el riesgo de que cualquier miembro de la comunidad sea víctima de asesinato, violación o robo. Algunos críticos creen que las decisiones de la Corte deben, por tanto, ser injustas.

Pero ninguna sociedad que profese reconocer una variedad de derechos, sobre la base de que la dignidad o la igualdad de un hombre pueden verse invadidas de diversas maneras, puede aceptar tal cosa como principio. Si obligar a un hombre a declarar contra sí mismo, o prohibirle que hable, es efectivamente causa del daño que suponen los derechos contra la autoacusación y el derecho a la libertad de expresión, entonces sería denigrante que el Estado le dijese que debe sufrir ese daño para aumentar la posibilidad de que se reduzca marginalmente el riesgo de pérdida de otros hombres. Si los derechos tienen algún sentido, entonces no pueden tener grados de importancia tan diferentes que algunos no cuenten para nada mientras que de otros se hace mención.

Naturalmene, el Gobierno puede discriminar e impedir a un hombre que ejerza su derecho a hablar cuando hay un riesgo claro y sustancial de que su discurso sea muy dañoso para la persona o la propiedad de otros, y cuando no se dispone de otro medio de impedirlo, como en el caso del hombre que da la falsa alarma de incendio en un teatro. Pero debemos rechazar el sugerido principio de que el Gobierno pueda, simplemente, ignorar el derecho de hablar cuando se encuentran en juego la vida y la propiedad. En tanto que el influjo del discurso sobre esos otros derechos no sea más

que conjetural y marginal, debe buscar en otra parte las palancas que ha de accionar.

4. ¿POR QUÉ TOMARNOS LOS DERECHOS EN SERIO?

Al comenzar este ensayo dije que quería demostrar lo que debe hacer un gobierno que haga profesión de reconocer los derechos individuales. Debe prescindir de la aseveración de que los ciudadanos jamás tienen derecho a infringir sus leyes, y no debe definir los derechos de los ciudadanos de modo tal que queden aislados por supuestas razones del bien general. Cuando un gobierno se enfrenta con aspereza a la desobediencia civil o hace campaña en contra de la protesta verbal se puede, por ende, considerar que tales actitudes desmienten su sinceridad.

Cabría, sin embargo, preguntarse si después de todo es prudente tomarse los derechos con semejante seriedad. Lo característico de nuestro país [los Estados Unidos], por lo menos según su propia leyenda, reside en no llevar a sus últimas consecuencias lógicas ninguna doctrina abstracta. Quizá sea hora de no pensar en abstracciones y concentrarnos, en cambio, en dar a la mayoría de nuestros ciudadanos un nuevo sentido de [lo que es] la preocupación del Gobierno por su bienestar, y de lo que es el derecho de ellos a gobernar.

En todo caso, eso es lo que aparentemente creía el ex vicepresidente, Spiro Agnew. En una declaración política referente al problema de los «bichos raros» y los inadaptados sociales, dijo que la preocupación de los liberales por los derechos individuales era un viento de proa que encaraba de frente a la nave del estado. La metáfora es pobre, pero el punto de vista filosófico que expresa está muy claro. Agnew reconoció, cosa que no hacen muchos liberales, que la mayoría no puede viajar con tanta rapidez como desearía, ni llegar tan lejos, si reconoce los derechos de los individuos a hacer lo que, en términos de la propia mayoría, está mal que se haga.

Spiro Agnew suponía que los derechos producen divisiones, y que si se los toma con más escepticismo es posible alcanzar la unidad nacional y un nuevo respeto por la ley. Pero se equivoca. Los Estados Unidos seguirán estando divididos por su política social y extranjera, y si la economía vuelve a debilitarse, las divisiones se encontrarán más aún. Si queremos que nuestras leyes y nuestras instituciones legales

nos proporcionen las normas básicas dentro de las cuales hayan de ser cuestionados estos problemas, esas normas básicas no deben ser la ley del conquistador, que la clase dominante impone a las más débiles, tal como suponía Marx que era el derecho de una sociedad capitalista. El grueso del derecho —aquella parte que define y condiciona la ejecución de la política social, económica y extranjera— no puede ser neutral. Debe enunciar, en su mayor parte, la opinión que tiene la mayoría de lo que es el bien común. La institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas. Cuanto más violentas sean las divisiones entre los grupos, más sincero debe ser ese gesto para que el derecho funcione.

La institución requiere un acto de fe de parte de las minorías, porque el alcance de los derechos de éstas ha de ser objeto de controversias toda vez que tales derechos son importantes, y porque los funcionarios de la mayoría actuarán según sus propias ideas de lo que son realmente tales derechos. Naturalmente, esos funcionarios estarán en desacuerdo con muchas de las reclamaciones que plantea una minoría; por eso es tanto más importante que tomen sus decisiones con seriedad. Deben demostrar que entienden lo que son los derechos y no deben sustraer nada de lo que la doctrina cabalmente implica. El Gobierno no conseguirá que vuelva a ser respetado el derecho si no le confiere algún derecho a ser respetado. Y no podrá conseguirlo si descuida el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada. Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho.

LA DESOBEDIENCIA CIVIL

¿Qué trato ha de dar el gobierno a quienes desobedecen las leyes de reclutamiento por motivos de conciencia? Mucha gente cree que la respuesta es obvia: el gobierno debe procesar a los objetores y, si los tribunales los condenan, debe castigarlos. Hay personas que llegan fácilmente a esta conclusión, porque sostienen la poco meditada opinión de que la desobediencia por motivos de conciencia es lo mismo que el simple desacato a la ley. Piensan que los objetores son anarquistas a quienes se debe castigar antes de que la corrupción se difunda. Sin embargo, muchos juristas e intelectuales se valen de un argumento aparentemente más complejo y refinado para llegar a la misma conclusión. Reconocen que la desobediencia al derecho puede estar *moralmente* justificada, pero insisten en que no se la puede justificar *jurídicamente*, y piensan que de este tópico se deduce que la ley se debe hacer cumplir. Erwin Griswold, que fue Procurador General de los Estados Unidos, tras haber sido decano de la Facultad de Derecho de Harvard, parece haber adoptado ese punto de vista. «[Rasgo] esencial del derecho», dijo, «es que se aplique igualmente a todos, que a todos obligue por igual, independientemente de los motivos personales. Por esta razón, quien contemple la desobediencia civil por convicciones morales no se ha de sorprender y no debe amargarse si se le somete a un juicio criminal. Y debe aceptar el hecho de que la sociedad organizada no puede mantenerse sobre ninguna otra base.»

The New York Times aplaudió esta declaración. Un millar de miembros de varias universidades habían firmado una solicitud en el *Times*, en la que se pedía al Departamento de Justicia que anulara los cargos presentados en contra del reverendo William Sloane Coffin, el doctor Benjamin Spock, Marcus Raskin, Mitchell Goodman y Michael Ferber, por conspirar contra las leyes de reclutamiento. El *Times* decía

que la solicitud de que se anularan los cargos «confundía los derechos morales con las responsabilidades jurídicas».

Pero el argumento según el cual, si el gobierno cree que un hombre ha cometido un delito, debe procesarlo, es mucho más débil de lo que parece. La sociedad «no puede mantenerse» si tolera toda desobediencia; de ello no se sigue, sin embargo, que haya de desmoronarse si tolera alguna, y tampoco hay pruebas de que así sea. En los Estados Unidos, queda librada a la discreción de los fiscales la decisión de si en determinados casos han de hacer cumplir las leyes penales. Un fiscal puede encontrar razones adecuadas para no insistir en los cargos si el infractor de la ley es joven, o inexperto, o es el único sostén de una familia, o si se arrepiente, o si acusa a sus cómplices, o si la ley es impopular o inaplicable, o si generalmente se la desobedece, o si los tribunales están recargados de casos más importantes, o por docenas de otras causas. Esta discreción no es licencia, ya que esperamos que los fiscales tengan buenas razones para ejercitarla, sino que hay, *prima facie* al menos, algunas buenas razones para no procesar a quienes desobedecen las leyes de reclutamiento por motivos de conciencia. Una es la razón, obvia, de que actúan por mejores motivos que quienes infringen la ley por codicia o por el deseo de subvertir el gobierno. Si el motivo puede contar cuando se establecen distinciones entre ladrones, ¿por qué no para establecerlas entre infractores a las leyes del reclutamiento? Otra es la razón práctica de que nuestra sociedad sufre una pérdida si castiga a un grupo que incluye —tal como de hecho sucede con el grupo de objetores— a algunos de sus ciudadanos más leales y respetuosos de la ley. Encarcelar a hombres así sirve para intensificar su alienación de la sociedad y aliena a muchos como ellos, a quienes la amenaza disuade. Si este tipo de consecuencias prácticas constituyeron argumentos para no imponer el prohibicionismo, ¿por qué no han de constituirlos para tolerar el delito por objeción de conciencia?

Quienes piensan que siempre se ha de castigar a los objetores de conciencia deben demostrar que las razones citadas no son buenas razones para el ejercicio de la discreción, o bien deben encontrar razones en contrario de mayor peso. ¿Qué argumentos podrían presentar? Hay razones prácticas para hacer cumplir las leyes de reclutamiento y más adelante me detendré en algunas. Pero Griswald y los que están de acuerdo con él se basan al parecer en un argumento moral fundamental según el cual no sólo no sería práctico, sino que

sería injusto, dejar que los objetores quedaran impunes. Pienzan que sería injusto, según entiendo, porque la sociedad no podría funcionar si cada uno desobedeciera las leyes que desaprueba o que le parecen desventajosas. Si el gobierno tolera a esos pocos que no quieren «jugar el juego», les permite que se aseguren los beneficios de la deferencia de todos los demás hacia el derecho, sin compartir las cargas, tales como la carga del reclutamiento.

He aquí un argumento sólido, al que no se puede responder diciendo simplemente que los objetores concederían a todo aquel que considerase inmoral una ley el privilegio de desobedecerla. De hecho, pocos objetores a las leyes de reclutamiento aceptarían una sociedad cambiada de modo tal que se dejara en libertad a los segregacionistas sinceros de infringir las leyes de derecho civil que les desagradaran. La mayoría, en todo caso, no quiere ningún cambio así porque piensa que, de producirse éste, la sociedad estaría peor; mientras no se les demuestre que están equivocados, esperan que los funcionarios castiguen a cualquiera que asuma un privilegio que ellos, pensando en el beneficio general, no asumen.

Sin embargo, el argumento tiene un fallo. El razonamiento contiene un supuesto implícito que lo hace casi totalmente inaplicable a los casos de reclutamiento y, más aún, a cualquier caso grave de desobediencia civil en los Estados Unidos. Supone que los objetores saben que están infringiendo una ley válida, y que el privilegio que reivindican es el de hacerlo así. Por cierto que casi todos los que impugnan la desobediencia civil reconocen que en Estados Unidos una ley puede no ser válida porque es inconstitucional. Pero los críticos enfrentan esta complejidad basando su argumentación en dos hipótesis: si la ley no es válida no se ha cometido delito alguno y la sociedad no puede castigarlo. Si la ley es válida, se ha cometido un delito y la sociedad debe castigarlo. Tras este razonamiento se oculta un hecho decisivo: que la validez de la ley puede ser dudosa. Es posible que los funcionarios y jueces crean que la ley es válida, que los objetores estén en desacuerdo, y que ambas partes cuenten con argumentos plausibles para defender sus posiciones. En tal caso, los problemas son diferentes de lo que serían si la ley fuese claramente válida o claramente inválida, y el argumento de equidad, aplicable para dichas alternativas, no es aplicable al caso.

Una ley dudosa no es, en modo alguno, cosa rara o espe-

cial en los casos de desobediencia civil; al contrario. En los Estados Unidos, por lo menos, casi cualquier ley que un grupo significativo de personas se siente tentada de desobedecer por razones morales sería también dudosa —y en ocasiones, claramente inválida— por razones constitucionales. La constitución hace que nuestra moralidad política convencional sea pertinente para la cuestión de la validez; cualquier ley que parezca poner en peligro dicha moralidad plantea cuestiones constitucionales, y si la amenaza que significa es grave, las dudas constitucionales también lo son.

La relación entre problemas morales y jurídicos fue especialmente clara en los casos de reclutamiento de la última década. El desacuerdo se basaba por entonces en las siguientes objeciones morales: *a)* Los Estados Unidos están usando armas y tácticas inmorales en Vietnam. *b)* La guerra nunca ha sido respaldada por el voto deliberado, considerado y abierto de los representantes del pueblo. *c)* Para los Estados Unidos no está en juego en Vietnam ningún interés ni remotamente lo bastante fuerte como para que se justifique obligar a un sector de sus ciudadanos a asumir allí un riesgo de muerte. *d)* Si se ha de reclutar un ejército para combatir en esa guerra, es inmoral que se lo haga mediante un reclutamiento que da prórroga o exime a los estudiantes universitarios, con lo que se crea una discriminación en contra de los económicamente subprivilegiados. *e)* El reclutamiento exime a quienes objetan todas las guerras por motivos religiosos, pero no a quienes objetan determinadas guerras por razones morales; entre tales posiciones no hay una diferencia fundada, de modo que al hacer esa distinción, la ley de reclutamiento implica que el segundo grupo es menos digno del respeto de la nación que el primero. *f)* La ley que convierte en delito promover la resistencia al reclutamiento amordaza a quienes se oponen a la guerra, porque es moralmente imposible sostener que la guerra es profundamente inmoral, sin alentar y ayudar a quienes se niegan a combatir en ella.

Los juristas reconocerán que estas posiciones morales, si las aceptamos, sirven de base para los siguientes argumentos constitucionales: *a)* La constitución establece que los tratados son parte del derecho del país, y los Estados Unidos han participado en convenciones y pactos internacionales que definen como ilegales los actos de guerra que los objetores acusan a la nación de cometer. *b)* La constitución estipula que el Congreso debe declarar la guerra; el problema jurí-

dico de decidir si las acciones de los Estados Unidos en Vietnam eran una «guerra» y la resolución del golfo de Tonkín una «declaración» constituye el núcleo del problema moral de si el gobierno había tomado una decisión deliberada y abierta. c) Tanto la cláusula de *proceso debido* de las enmiendas Quinta y Decimocuarta como la cláusula de *igual protección* de la Decimocuarta enmienda condenan la imposición de cargas especiales a una clase seleccionada de ciudadanos, cuando la carga o la clasificación no sea razonable; la carga es irrazonable cuando es patente que no sirve al interés público o cuando es sumamente desproporcionada con el interés servido. Si la acción de los Estados Unidos en Vietnam era frívola o perversa, como afirmaban los objetores, entonces la carga que se impuso a los hombres en edad militar era irrazonable e inconstitucional. d) En todo caso, la discriminación en favor de los estudiantes universitarios negaba a los pobres la igualdad de protección legal que garantiza la constitución. e) Si no hay diferencia fundada entre la objeción religiosa a todas las guerras y la objeción moral a algunas guerras, la clasificación establecida por la ley de reclutamiento era arbitraria e irrazonable, y por esa razón inconstitucional. La cláusula del «establecimiento de la religión» de la Primera enmienda prohíbe la presión gubernamental en favor de la religión organizada; si la ley de reclutamiento ejercía presión sobre los hombres en ese sentido, también era inválida por esa razón. f) La Primera enmienda condena también las invasiones de la libertad de expresión. Si la prohibición de promover la resistencia al reclutamiento [expresada] en la ley inhibía efectivamente la expresión de determinadas opiniones sobre la guerra, constituía una limitación de la libertad de expresión.

El principal argumento en contra, el que sostiene el punto de vista de que los tribunales no debían haber declarado inconstitucional la ley de reclutamiento, también pone en juego problemas morales. Según la doctrina llamada de la «cuestión política», los tribunales niegan su propia jurisdicción para decidir sobre asuntos —tales como la política extranjera o militar— cuya resolución es competencia de otras ramas del gobierno. El tribunal de Boston que estuvo a cargo del proceso Coffin-Spock declaró, sobre la base de esta doctrina, que no aceptaría discusiones sobre la legalidad de la guerra. Pero la Corte Suprema (en los casos de redistribución [*reapportionment*], por ejemplo) se ha mostrado contraria a rehusar la jurisdicción cuando creía que estaban en

juego problemas gravísimos de moralidad política a los que no se podía hallar remedio por la vía del proceso político. Si los objetores tuvieran razón, y la guerra y el reclutamiento fuesen delitos estatales profundamente injustos para con un grupo de ciudadanos, entonces el argumento de que los tribunales deberían haber rehusado la jurisdicción se ve considerablemente debilitado.

A partir de estos argumentos no podemos llegar a la conclusión de que la ley de reclutamiento (ni ninguna parte de ella) fuese inconstitucional. Cuando se recurrió a la Suprema Corte para que fallara sobre la cuestión, rechazó algunos de ellos y se negó a considerar los otros porque eran políticos. La mayoría de los juristas estuvieron de acuerdo con el resultado. Pero los argumentos de inconstitucionalidad eran, por lo menos, plausibles, y un abogado razonable y competente bien podría pensar que, en definitiva, constituyen un caso más defendible que los argumentos en contra. Y si lo piensa, considerará que [la ley de] reclutamiento no era constitucional, y no habrá manera de demostrar que se equivoca.

Por consiguiente, al juzgar lo que se debería haber hecho con los objetores, no se puede dar por sentado que estaban reivindicando un privilegio de desobediencia de leyes válidas. No podemos decidir que la equidad exigía que fuesen castigados sin intentar dar respuesta a nuevas cuestiones: ¿Qué debe hacer un ciudadano cuando la ley no es clara y él piensa que permite algo que, en opinión de otros, no está permitido? Por cierto, no es mi intención preguntar qué es *juridicamente* adecuado que haga, o cuáles son sus derechos jurídicos, lo cual sería incurrir en petición de principio, porque depende de si quien tiene razón es él o son ellos. Lo que quiero preguntar es cuál es su actitud adecuada en cuanto ciudadano; en otras palabras, cuándo diríamos que «respetas las reglas del juego». La cuestión es decisiva, porque puede ser injusto castigarlo si está actuando como, dadas sus opiniones, creemos que debe actuar.¹

No hay una respuesta obvia con la cual coincida la mayoría de los ciudadanos, y el hecho en sí es significativo. Si examinamos nuestras instituciones y prácticas jurídicas, sin embargo, descubriremos algunos principios y directrices importantes que se encuentran en su base. Presentaré tres respuestas posibles a la cuestión y luego intentaré demostrar cuál de ellas se adecua mejor a nuestras prácticas y expecta-

tivas. Las tres posibilidades que me propongo considerar son:

1) Si la ley es dudosa, y por consiguiente no está claro si permite que alguien haga lo que quiera, él debe suponer lo peor y actuar sobre la base de que no se lo permite. Debe obedecer a las autoridades ejecutivas en lo que éstas manden, aun cuando piense que se equivocan, en tanto que, si puede, se vale del proceso político para cambiar la ley.

2) Si la ley es dudosa, el ciudadano puede seguir su propio juicio, es decir, puede hacer lo que quiera si cree que es más defendible la afirmación de que la ley se lo permite que la afirmación de que se lo prohíbe. Pero únicamente puede seguir su propio juicio hasta que una institución autorizada, como un tribunal, decida lo contrario en un caso que lo afecte a él o a alguien más. Una vez que se ha llegado a una decisión institucional, el ciudadano debe atenerse a tal decisión, aun cuando la considere equivocada. (Hay, en teoría, muchas subdivisiones de esta segunda posibilidad. Podemos decir que la elección del individuo está excluida por la decisión en contrario de cualquier tribunal, incluyendo la instancia inferior del sistema, si no se apela el caso. O podemos exigir una decisión de una corte u otra institución determinada. Analizaré esta segunda posibilidad en su forma más liberal, a saber, que el individuo puede seguir su propio juicio hasta que haya una decisión en contrario de la instancia suprema que tenga competencia para fallar el caso, instancia que, en el caso de la ley de reclutamiento, era la Suprema Corte de los Estados Unidos.)

3) Si la ley es dudosa, el ciudadano puede seguir su propio juicio incluso después de una decisión en contrario de la suprema instancia competente. Por cierto que para formular su juicio sobre lo que requiere la ley debe tener en cuenta las decisiones en contrario de cualquier tribunal. De otra manera, el juicio no sería sincero ni razonable, porque la doctrina del precedente, que es parte establecida de nuestro sistema jurídico, tiene el efecto de permitir que la decisión de los tribunales *cambie* la ley. Supongamos, por ejemplo, que un contribuyente crea que no se le exige que pague impuestos sobre ciertas formas de ingreso. Si la Suprema Corte decide lo contrario, él —teniendo en cuenta la práctica de asignar gran peso a las decisiones de la Corte en materia impositiva— debe decidir que la decisión misma de la Corte ha modificado la posición de la balanza y que en lo sucesivo la ley le exige que pague el impuesto.

Alguien podría pensar que esta precisión borra la diferencia entre el segundo modelo y el tercero, pero no es así. La doctrina del precedente asigna pesos diferentes a las decisiones de diferentes tribunales, y el mayor peso a las de la Suprema Corte, pero no hace concluyentes las decisiones de tribunal alguno. En ocasiones, incluso después de una decisión en contrario de la Suprema Corte, un individuo puede seguir creyendo razonablemente que el derecho está de su parte; tales casos son raros, pero es muy probable que ocurran en los debates sobre derecho constitucional cuando se halla en juego la desobediencia civil. La Corte se ha mostrado dispuesta a desestimar sus decisiones pasadas si éstas han recortado importantes derechos personales o políticos, y son precisamente decisiones así las que quizá quiera cuestionar el objetor.

Dicho de otra manera, no podemos suponer que la Constitución sea siempre lo que la Suprema Corte dice que es. Oliver Wendell Holmes, por ejemplo, no siguió esa regla en su famosa disidencia en el caso *Gitlow*. Pocos años antes, en el caso *Abrams*, Holmes no había podido persuadir al tribunal de que la Primera enmienda protegía a un anarquista que había estado propugnando huelgas generales en contra del gobierno. Un problema similar se presentó en el caso *Gitlow*, y Holmes volvió a disentir. «Es verdad», dijo, «que en mi opinión [la Corte] se apartó de este criterio [en el caso *Abrams*], pero las convicciones que expresé en aquel caso son demasiado profundas para que me sea posible creer que... sentó jurisprudencia». Holmes votó para que se absolviera a Gitlow, sosteniendo que lo que éste había hecho no era delito, aunque la Suprema Corte hubiera mantenido recientemente que sí lo era.

Tenemos así, pues, tres modelos posibles aplicables al comportamiento de quienes disienten con las autoridades ejecutivas cuando la ley es dudosa. ¿Cuál de estos tres modelos se adecua mejor a nuestras prácticas sociales y jurídicas?

Me parece obvio que no sigamos el primero de estos modelos, esto es, que no esperemos que los ciudadanos supongan lo peor. Si ningún tribunal se ha pronunciado sobre el problema y, habida cuenta de todos los factores, un hombre piensa que la ley está de su parte, la mayoría de nuestros juristas y críticos consideran que es perfectamente correcto que siga su propio juicio. Aun cuando muchos desaprueben lo que él hace —por ejemplo, vender pornografía—, no con-

sideran que deba desistir por el solo hecho de que la legalidad de su conducta sea dudosa.

Vale la pena detenerse un momento a considerar qué perdería la sociedad si siguiera el primer modelo, o —dicho con otras palabras— qué gana la sociedad cuando, en casos como éste, la gente sigue su propio juicio. Cuando la ley es incierta, en el sentido de que los juristas pueden discrepar razonablemente respecto de lo que debe decidir un tribunal, la razón reside generalmente en que hay una colisión entre diferentes directrices políticas y principios jurídicos y no está clara la mejor forma de resolver el conflicto entre ellos.

Nuestra práctica, según la cual se estimula a las diferentes partes a que sigan su propio juicio, sirve como piedra de toque de la pertinencia de ciertas hipótesis. Si la cuestión es, por ejemplo, si una determinada regla tendría ciertas consecuencias indeseables, o si tales consecuencias tendrían ramificaciones amplias o limitadas, es útil, antes de decidir al respecto, saber qué sucede efectivamente cuando algunas personas proceden según esa regla. (Gran parte de la legislación anti-trust y regulativa del comercio se ha ido estableciendo mediante ese tipo de pruebas.) Si lo que se cuestiona es si —y en qué medida— una solución determinada violaría principios de justicia o de juego limpio sumamente respetados por la comunidad. Por ejemplo, jamás se habría establecido el grado de indiferencia de la comunidad [en los Estados Unidos] hacia las leyes contrarias a la anticoncepción si algunas organizaciones no las hubieran ignorado deliberadamente.

Si se siguiera el primer modelo, perderíamos la ventajas de estas pruebas. El derecho se resentiría especialmente si se aplicara este modelo a los problemas constitucionales. Cuando se duda de la validez de una ley penal, casi siempre ésta impresionará a algunas personas como injusta o no equitativa, porque infringirá algún principio de libertad o justicia o equidad que, en opinión de ellas, es intrínseco a la Constitución. Si nuestra práctica estableciera que toda vez que una ley es dudosa por estas razones, uno debe actuar como si fuera válida, se perdería el principal vehículo de que disponemos para cuestionar la ley por motivos morales, y con el tiempo nos veríamos regidos por un derecho cada vez menos equitativo y justo, y la libertad de nuestros ciudadanos quedaría ciertamente disminuida.

Casi lo mismo perderíamos si usáramos una variante del primer modelo: que un ciudadano debe suponer lo peor a

menos que pueda anticipar que los tribunales estarán de acuerdo con la visión que él tiene del derecho. Si todo el mundo se guiara por su apreciación de lo que harían los tribunales, la sociedad y su estructura jurídica se empobrecerían. Nuestro supuesto, al rechazar el primer modelo, fue que el camino que recorre un ciudadano al seguir su propio juicio, lo mismo que los argumentos que formula para fundamentarlo cuando tiene la oportunidad, contribuyen a crear la mejor decisión judicial posible. Esto sigue siendo válido aun cuando, en el momento en que el ciudadano actúa, lo más probable sea que no consiga el respaldo de los tribunales. Debemos recordar también que el valor del ejemplo del ciudadano no se agota una vez tomada la decisión. Nuestras prácticas exigen que la decisión sea criticada por los miembros de la profesión jurídica y las facultades de derecho, y aquí los antecedentes de disensión pueden ser sumamente valiosos.

Por supuesto, cuando decide si sería *prudente* seguir su propio juicio, un hombre debe considerar qué harán los tribunales, ya que es posible que por hacerlo pueda sufrir la cárcel, la bancarrota o el oprobio. Pero es esencial que distingamos el cálculo de prudencia de la cuestión de qué es lo que, en cuanto buen ciudadano, es correcto que haga. Estamos investigando de qué manera debe tratarlo la sociedad cuando sus tribunales consideran que el ciudadano se equivocó en su juicio; por ende, debemos preguntarnos qué es lo que se justifica que él haga cuando su juicio difiere del de los demás. Caemos en una petición de principio si suponemos que lo que correctamente puede hacer depende de lo que crea que hará con él la sociedad.

También debemos rechazar el segundo modelo, para el cual si la ley no está clara, el ciudadano puede seguir su propio juicio mientras el tribunal supremo no haya fallado que se equivoca. Este modelo no llega a tener en cuenta el hecho de que cualquier tribunal, incluso la Suprema Corte, puede desestimar sus propias decisiones. En 1940, la Corte decidió que una ley del estado de West Virginia, que exigía que los estudiantes hicieran la venia a la bandera, era constitucional. En 1943 rectificó y decidió que después de todo, una ley así era inconstitucional. ¿Cuál era el deber de ciudadanos de aquéllos que durante los años 1941 y 1942 se negaron a hacer la venia a la bandera por razones de conciencia y pensaban que la decisión tomada por la Corte en 1940 era injusta? Difícilmente podemos decir que su deber fuese

seguir la primera resolución. Los acusados creían que saludar de ese modo a la bandera era desmesurado y creían, razonablemente, que ninguna ley válida les exigía que lo hicieran. Posteriormente, la Suprema Corte decidió que en eso tenían razón. La Corte no estableció simplemente que después de la segunda decisión no constituiría delito el no hacer la venia a la bandera, sino que (tal como lo haría casi siempre en un caso como éste) tampoco era delito después de la primera decisión.

Habrán quienes digan que los que objetaban la venia a la bandera deberían haber obedecido la primera decisión de la Corte, al tiempo que actuaban sobre las legislaturas para hacer que fuera derogada la ley e intentaban hallar en los tribunales alguna manera de cuestionarla, sin llegar a violarla. Ésta sería tal vez una recomendación plausible si no estuviera en juego la conciencia, porque entonces sería discutible que lo ganado en orden procesal mereciera realmente el sacrificio personal de paciencia. Pero la conciencia estaba en juego, y si los objetores hubieran obedecido la ley mientras esperaban el momento propicio, habrían sufrido el agravio irreparable de hacer lo que su conciencia les prohibía que hiciesen. Una cosa es decir que en ocasiones un individuo debe someter su conciencia cuando sabe que la ley le ordena que lo haga, y otra muy diferente decir que debe someterla incluso cuando él cree razonablemente que la ley no se lo exige, porque para sus conciudadanos sería incómodo que tomase el camino más directo (y quizás el único) para demostrar que él tiene razón y que ellos se equivocan.

Como un tribunal puede desdecirse, las mismas razones que enumeramos para rechazar el primer modelo son aplicables también para el segundo. Si no estuviéramos presionados por la disensión, no veríamos con tan espectacular claridad hasta qué punto se siente como injusta una decisión del tribunal en contra del objetor; una demostración que sin duda viene al caso cuando lo que se cuestiona es si era justa. Así aumentaríamos las probabilidades de vernos gobernados por reglas que vulneran los principios que pretendemos servir.

Creo que estas consideraciones nos obligan a abandonar el segundo modelo, pero algunos querrán sugerir una variación de éste, sosteniendo que, una vez que la Suprema Corte ha decidido que una ley penal es válida, los ciudadanos tienen el deber de atenerse a esa decisión mientras no puedan creer razonablemente, no sólo que la decisión es incorrecta en

cuanto ley, sino que hay probabilidades de que la Suprema Corte la derogue. Según este punto de vista, los objetores de West Virginia que en 1942 se negaron a hacer la venia a la bandera actuaron en forma adecuada porque podrían haber anticipado razonablemente que la Corte modificaría su dictamen. Pero una vez que la Corte declaró constitucionales leyes como las de reclutamiento, no sería correcto seguir cuestionándolas porque no habría grandes probabilidades de que la Corte cambiase pronto de opinión. Sin embargo, debemos rechazar también esta sugerencia. Porque una vez que decimos que un ciudadano puede actuar según su propio juicio de la ley, pese a que juzgue que probablemente los tribunales se pondrán en contra de él, no hay razón plausible para que deba actuar de otra manera porque una decisión en contrario conste ya en las actas.

Entonces, parece que el tercer modelo o alguno que se le asemeje mucho constituye la enumeración más equitativa de cuál es el deber social de un hombre en nuestra comunidad. Un ciudadano debe lealtad al derecho, no a la opinión que cualquier particular tenga de lo que es el derecho, y su comportamiento no será injusto mientras se guíe por su propia opinión, considerada y razonable, de lo que exige la ley. Quisiera volver a insistir (porque es decisivo) en que esto no es lo mismo que decir que un individuo puede desatender lo que hayan dicho los tribunales. La doctrina del precedente está próxima al núcleo de nuestro sistema jurídico, y nadie puede hacer un esfuerzo razonable por ajustarse al derecho a menos que conceda a los tribunales el poder general de alterarlo mediante sus decisiones. Pero si el problema es tal que afecta derechos políticos o personales fundamentales, y se puede sostener que la Suprema Corte ha cometido un error, un hombre no excede sus derechos sociales si se niega a aceptar como definitiva esa decisión.

Queda por responder una cuestión importante antes de que podamos aplicar estas observaciones a los problemas de la resistencia a [las leyes de] reclutamiento. He hablado antes del caso de un hombre que cree que el derecho no es lo que piensan otras personas o lo que han establecido los tribunales. Quizás esta descripción se adecue a algunos de los que desobedecen las leyes de reclutamiento por motivos de conciencia, pero no a la mayor parte de ellos. La mayoría de los objetores no son juristas ni estudiosos de la filosofía política; creen que las leyes promulgadas son inmorales e incongruentes con los ideales jurídicos de su patria, pero no

se han planteado la cuestión de que, además, es posible que no sean válidas. ¿Qué importancia tiene, pues, respecto de su situación la proposición de que puede estar bien que uno siga su propia manera de ver en cuestiones de derecho?

Para responder a esto tendré que volver sobre un punto que señalé antes. Mediante la cláusula del *proceso debido*, la de *igual protección*, la Primera enmienda y las otras disposiciones que mencioné, la Constitución introduce gran cantidad de elementos de nuestra moralidad política en el problema de la validez o invalidez de una ley. Por consiguiente, es preciso matizar la afirmación de que la mayor parte de los objetores a las leyes de reclutamiento no tienen conciencia de que la ley no es válida. Los objetores tienen creencias que, si son verdaderas, dan firme apoyo a la opinión de que el derecho está de parte de ellos; el hecho de que no hayan llegado a la conclusión ulterior puede atribuirse, por lo menos en la mayoría de los casos, a falta de conocimientos jurídicos. Si creemos que cuando la ley es dudosa, es posible que la gente que sigue su propio juicio esté actuando correctamente, parecería injusto no incluir en ese punto de vista a aquellos objetores cuyos inicios se reducen a la misma cosa. En la defensa que hice del tercer modelo no hay nada que nos autorice para distinguirlos de sus colegas más informados.

De lo que hasta el momento llevamos dicho se pueden sacar varias conclusiones: cuando la ley es incierta, en el sentido de que se puede dar una defensa plausible de ambas posiciones, un ciudadano que siga su propio juicio no está incurriendo en un comportamiento injusto. En casos así, nuestras prácticas le permiten seguir su propio juicio y lo estimulan a que lo haga. Por esa razón, nuestro gobierno tiene la especial responsabilidad de tratar de protegerlo y de aliviar su situación, siempre que pueda hacerlo sin causar grave daño a otros compromisos. De ello no se sigue que el gobierno pueda garantizarle la inmunidad, ya que no puede adoptar como norma la de no enjuiciar a nadie que actúe por motivos de conciencia, ni condenar a nadie que discrepe razonablemente del juicio de los tribunales. Tal actitud paralizaría la capacidad del gobierno para llevar a la práctica sus programas, y desperdiciaría además el importantísimo beneficio de seguir el tercer modelo. Si el estado no procesara jamás, los tribunales no podrían basar su acción en la experiencia y en los argumentos generados por la disensión. La consecuencia que sí cabe sacar es que cuando las razones

prácticas para enjuiciar son relativamente débiles en un caso determinado, o se las puede cumplir de otras maneras, la senda de la equidad pasa por la tolerancia. La opinión popular de que «la ley es la ley» y siempre se ha de imponer su obediencia se niega a distinguir entre el hombre que actúa según su propio juicio de una ley dudosa, con lo cual se conduce como lo estipulan nuestras prácticas, y el delincuente común. A no ser por causa de ceguera moral, no sé de otras razones para no establecer entre los dos casos una distinción de principio.

Preveo ya que a estas conclusiones se opondrá una objeción filosófica: que estoy tratando al derecho como una «cavilosa omnipresencia celeste». He hablado de personas que juzgan qué es lo que exige el derecho, incluso en casos en que la ley no es clara ni demostrable. He hablado de casos en que un hombre podría pensar que el derecho exige una cosa, aun cuando la Suprema Corte haya dicho que exige otra, e incluso cuando no era probable que la Suprema Corte cambiase de opinión en breve plazo. Me acusarán, por consiguiente, de sostener la opinión de que siempre hay una «respuesta correcta» a un problema jurídico, y que ésta se encontrará en el derecho natural o puesta a buen recaudo en alguna caja de caudales trascendental.

Naturalmente, la teoría del derecho como caja de caudales no tiene pies ni cabeza. Al decir que la gente tiene opiniones sobre el derecho cuando la ley es dudosa, y que tales opiniones no son meras predicciones de lo que dictaminarán los tribunales, no tengo ninguna intención metafísica. Lo único que quiero es resumir con toda la precisión posible muchas de las prácticas que son parte de nuestro proceso jurídico.

Juristas y jueces formulan enunciados referentes al derecho y al deber jurídicos, aun cuando saben que no son demostrables, y los defienden con argumentos, por más que sepan que tales argumentos no convencerán a todos. Se formulan unos a otros esos argumentos, en las publicaciones profesionales, en las aulas y en los tribunales. Cuando otros los usan, responden a esos argumentos considerándolos buenos, malos o mediocres. Al hacerlo, dan por sentado que, dada una posición dudosa, algunos argumentos son mejores que otros para defenderla. También dan por sentado que la defensa de una alternativa de una proposición dudosa puede ser más fuerte que la defensa de la otra, que es el significado que yo asigno a una pretensión de derecho en un caso

dudoso. Y distinguen, sin demasiada dificultad, estos argumentos de las predicciones sobre lo que han de decidir los tribunales.

Estas prácticas están muy mal representadas por la teoría de que los juicios de derecho, en los problemas difíciles, no tienen sentido o son meras predicciones de lo que harán los tribunales. Quienes sostienen tales teorías no pueden negar el hecho de las prácticas; quizás esos teóricos quieran decir que las prácticas no son sensatas, porque se basan en suposiciones insostenibles, o por alguna otra razón. Pero esto da un matiz misterioso a su objeción, porque jamás especifican qué es lo que suponen como propósitos subyacentes en estas prácticas y, a menos que tales objetivos se especifiquen, no se puede decidir si las prácticas son sensatas. Entiendo que esos propósitos subyacentes son los que antes describí: el proceso de evolución y puesta a prueba del derecho, mediante la experimentación [llevada a cabo] por los ciudadanos y mediante el proceso contradictorio.

Nuestro sistema jurídico persigue estos objetivos invitando a que los ciudadanos decidan por sí mismos, o por mediación de sus propios asesores, dónde están la fuerza y la debilidad de los argumentos jurídicos, y a que actúen en función de esos juicios, aunque la autorización quede restringida por la limitada amenaza de que pueden sufrir si los tribunales no están de acuerdo. El éxito de esta estrategia depende de que en la comunidad haya el acuerdo suficiente respecto de lo que se considera un buen o un mal argumento, de modo que aun cuando diferentes personas llegaran a juicios diferentes, las diferencias no serán tan profundas ni tan frecuentes como para que el sistema se vuelva inoperante, o peligroso para quienes actúen siguiendo sus propias luces. Creo que hay suficiente acuerdo sobre los criterios de la argumentación como para evitar esas trampas, aunque una de las principales tareas de la filosofía jurídica es exhibir y clarificar tales criterios. En todo caso, todavía no está probado que las prácticas que acabo de describir sean erróneas; por consiguiente, deben contar en la determinación de si es equitativo y justo mostrarse clemente con quienes infringen lo que otros consideran que es la ley.

He dicho que el gobierno tiene especial responsabilidad hacia quienes actúan basándose en un juicio razonable de que una ley es inválida. Debe prever, en la medida de lo posible, un margen para ellos, cuando hacerlo sea congruente con otros compromisos. Tal vez sea difícil decidir qué

debe hacer el gobierno, en nombre de esa responsabilidad, en los casos particulares. La decisión será cuestión de equilibrio, y las reglas inflexibles no servirán, pero aun así, se pueden establecer algunos principios.

Comenzaré por la decisión del fiscal respecto de si ha de presentar cargos. Debe equilibrar a la vez su responsabilidad de mostrarse clemente y el riesgo de que las condenas afecten a la sociedad, con el daño que puede sufrir la seguridad si deja en paz a los disidentes. Al hacer este cálculo, no sólo debe considerar en qué medida se causará daño a otros, sino también cómo evalúa el derecho ese daño y, por ende, debe establecer la siguiente distinción. Toda norma jurídica se apoya, y presumiblemente se justifica, en virtud de un conjunto de directrices políticas que supuestamente favorece y de principios que supuestamente respeta. Algunas normas (por ejemplo, las leyes que prohíben el asesinato y el robo) se apoyan en la proposición según la cual los individuos protegidos tienen derecho moral a verse libres del daño proscrito. Otras normas (por ejemplo, las disposiciones más técnicas contra los monopolios) no se basan en suposición alguna de un derecho subyacente; el apoyo les viene principalmente de la supuesta utilidad de las directrices económicas y sociales que promueven, y que pueden estar suplementadas por principios morales (como la opinión de que es una práctica comercial desleal rebajar los precios para perjudicar a un competidor más débil) que sin embargo no consiguen el reconocimiento de un derecho moral contra el daño en cuestión.

El sentido de la distinción es éste: si un determinado principio de derecho representa una decisión oficial [en el sentido] de que los individuos tienen derecho moral a verse libres de cierto daño, ése es un poderoso argumento para que no se toleren violaciones [susceptibles de] infligir esos agravios. Por ejemplo, las leyes que protegen a la gente de daños personales o de la destrucción de su propiedad representan de hecho ese tipo de decisión, y éste es un argumento muy fuerte para no tolerar [formas de] desobediencia civil que impliquen violencia.

Por cierto que puede estar sujeto a controversia si una ley se basa efectivamente en el supuesto de un derecho moral. La cuestión es si es razonable suponer, teniendo en cuenta los antecedentes de la ley y el modo como se la administra, que sus autores reconocieron un derecho tal. Además de las normas en contra de la violencia, hay casos en que es obvio

que así fue; ejemplos de ello son las leyes de derechos civiles. Muchos segregacionistas sinceros y ardientes creen que las leyes y decisiones de derechos civiles son inconstitucionales, porque ponen en peligro los principios de gobierno local y de libertad de asociación. Es un punto de vista discutible, aunque no convincente. Pero esas leyes y decisiones incorporan evidentemente el punto de vista de que los negros, en cuanto individuos, tienen derecho a no ser segregados. No se apoyan simplemente en el juicio de que se sirve mejor a otras prácticas nacionales si se impide la segregación racial. Si no procesamos al hombre que bloquea la puerta del edificio escolar, estamos violando los derechos, reconocidos por la ley, de la niña a quien él le impide la entrada. La responsabilidad de la indulgencia no puede llegar hasta ese punto.

La situación de la niña difiere, sin embargo, de la del recluta a quien pueden llamar antes a las filas o destinar a un puesto más peligroso si no se castiga a los infractores a la ley de reclutamiento. No se puede decir que estas leyes, tomadas en conjunto y con miras a la forma en que se las administra, reflejen el juicio de que un hombre tenga derecho moral a ser llamado a filas sólo después de que hayan sido llamados otros hombres o grupos. Las clasificaciones [establecidas por las leyes] de reclutamiento, y el orden de llamada dentro de las clasificaciones, son cosas establecidas en función de la conveniencia social y administrativa. Reflejan también consideraciones de equidad, tales como la proposición de que a una madre que ha perdido en la guerra a uno de sus dos hijos no se la deba hacer correr el riesgo de que pierda el otro. Pero no presuponen derechos fijos. A las juntas de reclutamiento se les concede considerable discreción en el proceso de clasificación, y el ejército, por supuesto, goza de casi total discreción cuando se trata de asignar puestos peligrosos. Si el fiscal es tolerante con los infractores a la ley de reclutamiento, introduce pequeños cambios en los cálculos de equidad y de utilidad de la ley. Estos cambios pueden causar desventajas a otros miembros del conjunto de reclutas, pero esto es una cosa diferente de contradecir sus derechos morales.

Esta diferencia entre la segregación y el reclutamiento no es un accidente [derivado] de la forma en que casualmente se redactaron las leyes. Iría en contra de un siglo de práctica suponer que los ciudadanos tienen derechos morales respecto del orden en que son llamados al servicio militar; el sis-

tema de selección por lotería, por ejemplo, sería detestable bajo ese supuesto. Si nuestra historia hubiera sido diferente, y si la comunidad hubiera reconocido tal derecho moral, parece justo suponer que por lo menos algunos de los objetores habrían modificado sus actos en un intento de respetar tales derechos. Así pues, es erróneo analizar los casos de reclutamiento de la misma manera que los de violencia o que los casos de derechos civiles, como lo hacen muchos críticos cuando consideran si se justifica la tolerancia. No quiero decir que la equidad hacia otros no tenga relevancia alguna en los casos de reclutamiento; es algo que se ha de tener en cuenta, contraponiéndola a la equidad hacia los objetores y al beneficio social a largo plazo. Pero no desempeña aquí el papel dominante que le cabe cuando están en juego los derechos.

¿Dónde reside, pues, el equilibrio entre equidad y utilidad en el caso de aquellos que auspiciaron la resistencia al reclutamiento? Si tales hombres hubieran propiciado la violencia o infringido de alguna otra manera derechos de otros, se habría justificado el enjuiciamiento. Pero en ausencia de tales acciones, me parece que el equilibrio de equidad y utilidad se da en el otro sentido, y pienso, por consiguiente, que la decisión de enjuiciar a Coffin, Spock, Raskin, Goodman y Ferber fue injusta. Se podría haber argumentado que si quienes auspician la resistencia al reclutamiento quedan libres de proceso, el número de los que se resisten a incorporarse al ejército irá en aumento; pero no mucho más allá, creo, que el número de los que de todas maneras se resistirían.

Si el razonamiento es erróneo y la resistencia es mucho mayor, hay entonces un sentimiento de descontento residual que quienes establecen estas directrices deben tener en cuenta y que no se debería haber ocultado tras una prohibición del discurso. Aquí están en juego profundos motivos de conciencia, y es difícil creer que muchos de los que auspiciaron la resistencia lo hayan hecho por otras razones. Hay firmes fundamentos para sostener la inconstitucionalidad de las leyes que establecen que aquí hay un delito, e incluso quienes no consideran convincente el caso admitirán que sus argumentos tienen solidez. El daño a los reclutas potenciales, tanto a los que se hayan dejado atraer a la resistencia como a los que puedan haber sido llamados antes porque otros se dejaron persuadir, era remoto y conjetural.

Los casos de los hombres que se negaron a incorporarse al

ejército cuando fueron llamados son más complicados. La cuestión decisiva es si el hecho de no procesarlos motivará negativas en masa a hacer el servicio militar. Es posible que no; había presiones sociales, entre ellas la amenaza de desventajas en su carrera, que habrían obligado a muchos jóvenes norteamericanos a incorporarse si los reclutaban, aunque supieran que no irían a la cárcel si se negaban. Si el número no hubiera aumentado mucho, el Estado debería haber dejado en paz a los objetores, y no veo gran riesgo en demorar cualquier enjuiciamiento mientras no estén más claros los efectos de esa política. Si el número de los que se niegan a incorporarse resulta grande, sería un argumento en favor del enjuiciamiento. Pero también haría que el problema quedase en una cuestión académica, porque si hubiera habido un número de objetores suficiente para llevarnos a esa situación, habría sido sumamente difícil llevar a cabo, de todas maneras, una guerra, a no ser bajo un régimen poco menos que totalitario.

Parece que en estas conclusiones hay una paradoja. Antes sostuve que cuando la ley no está clara, los ciudadanos tienen derecho a seguir su propio juicio, en parte sobre la base de que esta práctica contribuye a preparar las condiciones para la solución judicial; lo que ahora propongo elimina la sentencia o la posterga. Pero la contradicción no es más que aparente. Del hecho de que nuestra práctica facilite la decisión judicial y le dé mayor utilidad en la configuración del derecho no se sigue que haya que recurrir a un proceso cada vez que los ciudadanos actúen guiados por sus propias luces. En cada caso se plantea la cuestión de si los puntos debatidos están maduros para la sentencia, y de si ésta resolvería dichos puntos de manera tal que disminuyera la posibilidad de nuevas disensiones o hiciera desaparecer sus motivos.

En los casos de reclutamiento, la respuesta a estos dos interrogantes era negativa: había mucha ambivalencia respecto de la guerra, y eran grandes la incertidumbre y la ignorancia sobre el alcance de los problemas morales que ponía en juego el reclutamiento. No era, ni con mucho, el mejor momento para que un tribunal diera su fallo sobre estas cuestiones, y tolerar las disensiones durante un tiempo fue una manera de permitir que el debate continuara hasta aclarar un tanto las cosas. Además, era obvio que con adjudicar los problemas constitucionales no se sienta el derecho. Los que dudaban de que el reclutamiento fuese constitucio-

nal siguieron teniendo las mismas dudas incluso después de que la Suprema Corte declaró su constitucionalidad. Éste es uno de los casos, que afectan a los derechos fundamentales, en que nuestras prácticas de precedente estimulan ese tipo de dudas.

Aun cuando el fiscal no actúe, sin embargo, el problema subyacente no hallará más que un alivio temporario. En tanto que el derecho siga dando la impresión de que los actos de disensión son delictivos, un hombre de conciencia estará en peligro. ¿Qué puede hacer el Congreso, que comparte la responsabilidad de la indulgencia, para aminorar ese peligro?

El Congreso puede volver a estudiar las leyes en cuestión para verificar qué margen de elasticidad se puede conceder a los que disienten. Todo programa adoptado por una legislatura es una combinación de directrices políticas y principios restrictivos. Aceptamos la pérdida de eficiencia en el castigo de crímenes y en la renovación urbana, por ejemplo, para poder respetar los derechos de los delincuentes acusados y compensar a los propietarios por los daños sufridos. Es correcto que el Congreso cumpla con su responsabilidad hacia los objetores adaptando o atenuando otras directrices. Los interrogantes que vienen al caso son: ¿Qué medio se puede hallar que permite la mayor tolerancia posible de la objeción de conciencia, al tiempo que reduce al mínimo su influencia política? ¿Qué grado de responsabilidad por la indulgencia cabe al gobierno en este caso, hasta qué punto interviene en él la conciencia y hasta dónde se puede sostener que, finalmente, la ley no es válida? ¿Qué importancia tiene la directriz cuestionada? Actuar contra esa directriz, ¿es pagar un precio demasiado alto? Es indudable que estas cuestiones son demasiado simples, pero señalan cuál es el núcleo de las opciones que se han de asumir.

Por las mismas razones que no se debería haber procesado a quienes auspiciaron la resistencia, creo que se debería derogar la ley que la convierte en delito. Es fácilmente defendible que esta ley recorta la libertad de expresión. Fuerza síñ duda alguna la conciencia y es probable que no sirva a ningún fin respetable. Si quienes auspician la resistencia sólo consiguieran persuadir a unos pocos que de otra manera no se habrían resistido, el valor de la restricción es pequeño; si consiguieran persuadir a muchos, esto constituye un hecho político importante que no debe ser ignorado.

Otra vez, los problemas son más complejos en el caso de la resistencia al reclutamiento. Los que creían que la guerra

de Vietnam era una torpeza grotesca habrían estado en favor de cualquier cambio en la ley, con tal de que hiciera más probable la paz. Pero, si tomamos la posición de quienes piensan que la guerra era necesaria, debemos admitir que una directriz que mantuviera el reclutamiento, pero eximiera sin reservas a los objetores, habría sido imprudente. Sin embargo, se debería haber considerado otras dos alternativas, menos drásticas: un ejército de voluntarios, y una ampliación de la categoría de objetores de conciencia, que incluyese a quienes consideraban inmoral la guerra. Hay mucho que decir en contra de ambas propuestas, pero una vez que se reconoce la exigencia de respeto por quienes disienten, es posible hacer oscilar en favor de ellos la balanza del principio.

De modo que había razones jurídicas sobradas para no enjuiciar a los objetores de las leyes de reclutamiento y para modificar las leyes en favor de ellos. Sin embargo, dadas las presiones políticas que se oponían a ella, habría sido poco realista esperar que esta directriz prevaleciera.

Debemos considerar, por ende, qué es lo que podían y debían haber hecho los tribunales. Por cierto que un tribunal podría haber esgrimido los argumentos de que las leyes de reclutamiento eran en algún sentido inconstitucionales, en general o aplicadas al caso concreto de los acusados. O podía haber absuelto a los acusados por falta de pruebas para condenarlos. No discutiré los problemas constitucionales ni los hechos en función de ningún caso en particular. En cambio, me interesa señalar que un tribunal no debe condenar, por lo menos en algunas circunstancias, aun cuando respalde las leyes [existentes] y encuentre que los hechos son los que se denuncian. La Suprema Corte no había fallado de acuerdo con los principales argumentos de que el reclutamiento era inconstitucional, ni había señalado que tales argumentos planteaban cuestiones políticas ajenas a su jurisdicción, cuando se plantearon algunos de los casos de reclutamiento. Hay razones muy válidas por las que un tribunal debe absolver en estas circunstancias, aun cuando respalde el reclutamiento. Debe absolver en razón de que antes de su decisión, la validez del reclutamiento era dudosa, y es injusto castigar a un hombre por desobedecer una ley dudosa.

Habría precedentes para una decisión que se ajustase a las siguientes líneas. En varias ocasiones, la Corte ha revocado sentencias penales por razones de proceso debido, porque la ley en cuestión era demasiado vaga. (Por ejemplo, ha

anulado condenas impuestas en virtud de leyes que consideraban delito cobrar «precios irrazonables» o ser miembro de una «pandilla».) Una condena dictada en virtud de una ley penal vaga vulnera los ideales morales y políticos [que inspiraron la cláusula] del *proceso debido*, de dos maneras. Primero, coloca a un ciudadano en la injusta situación de actuar por su cuenta y riesgo, o bien de aceptar una restricción de su vida más tajante de lo que podría haber autorizado la legislación; y tal como ya he sostenido, como modelo de comportamiento social no es aceptable que en tales casos el ciudadano debe suponer lo peor. Segundo, da al fiscal y a los tribunales el poder de legislar en lo penal, al optar por una u otra de las interpretaciones posibles, después del hecho. Ello constituiría, por parte del legislador, una delegación de autoridad que no es congruente con nuestro esquema de división de poderes.

Ser condenado en virtud de una ley penal cuyos términos no sean vagos, pero cuya validez constitucional sea dudosa, vulnera la cláusula del *proceso debido* en el primero de estos sentidos: obliga a un ciudadano a suponer lo peor, o a actuar por su cuenta y riesgo. Y la vulnera también en un sentido semejante al segundo. La mayoría de los ciudadanos se dejarían disuadir por una ley dudosa, si por violarla corriese el riesgo de ir a la cárcel. En ese caso sería el Congreso y no los tribunales la voz efectivamente decisiva en cuanto a la constitucionalidad de las promulgaciones penales, y eso sería también una violación de la división de poderes.

Si los actos de disensión se mantienen después de que la Suprema Corte ha dictaminado que las leyes son válidas, o que lo es la doctrina política cuestionada, entonces ya no corresponde absolver por las razones que he presentado. Finalmente, y por las razones ya dadas, la decisión de la Corte no habrá establecido el derecho, pero la Corte habrá hecho todo lo posible por hacerlo. Sin embargo, los tribunales pueden seguir ejercitando su discreción para dictar sentencia e imponer penas mínimas o en suspenso, como signo de respeto hacia la posición del que discrepa.

Algunos juristas se escandalizarán de mi conclusión general de que tengamos una responsabilidad hacia quienes desobedecen por motivos de conciencia las leyes de reclutamiento, y que pueda exigírsenos que no los enjuiciemos, sino más bien que cambiemos nuestras leyes o adaptemos nuestros procedimientos judiciales para darles cabida. Las proposicio-

nes simples y draconianas, según las cuales el crimen debe ser castigado y quien entiende mal la ley debe atenerse a las consecuencias, tienen extraordinario arraigo en la imaginación, tanto profesional como popular. Pero la norma de derecho es más compleja y más inteligente, y es importante que sobreviva.

LA DISCRIMINACIÓN INVERSA

1

En 1945, un negro apellidado Sweatt se presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, pero se le negó la admisión porque las leyes del Estado estipulaban que sólo los blancos podían concurrir a ella. La Suprema Corte declaró que esa ley violaba los derechos asegurados a Sweatt por la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que dispone que ningún Estado puede negar a un hombre la igual protección de sus leyes.¹ En 1971, un judío apellidado DeFunis se presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington; fue rechazado aunque la puntuación de sus pruebas y sus calificaciones universitarias eran tales que habría sido admitido de haberse tratado de un negro, un filipino, un chicano o un indio norteamericano. DeFunis pidió a la Suprema Corte que declarase que la práctica vigente en Washington, que impedía estándares menos exigentes a los grupos minoritarios, violaba los derechos que le concedía la Decimocuarta Enmienda²

Los procedimientos de admisión en la Facultad de Derecho en Washington eran complejos. Las solicitudes se dividían en dos grupos. Las de la mayoría —es decir, las de quienes no provenían de los grupos minoritarios designados— eran sometidas a una selección previa para eliminar a todos los solicitantes cuyo promedio predecible, que es función de las notas universitarias y de la puntuación de las pruebas de aptitud, quedaba por debajo de un nivel determinado. A los aspirantes mayoritarios que sobrevivían a esa selectividad inicial se los disponía entonces en categorías que se sometían a una consideración cada vez más cuidadosa. Las solicitudes de los grupos minoritarios, por otra parte, no pasaban por la selección previa; cada una recibía la más cuidadosa consideración de una comisión especial integrada por

un profesor negro y un profesor blanco; el segundo había participado en programas de ayuda a los estudiantes de derecho negros. La mayor parte de los solicitantes minoritarios aceptados el año que rechazaron a DeFunis tenían promedios predecibles inferiores al nivel de selección previa, y la facultad admitió que seguramente un solicitante minoritario con un promedio habría sido aceptado.

El caso *DeFunis* provocó divisiones entre los grupos de acción política que, tradicionalmente, han brindado apoyo a las causas liberales. La Liga Antidifamación B'nai Brith y la AFL-CIO, por ejemplo, presentaron alegatos como *amici curiae* en apoyo de la reclamación de DeFunis, en tanto que el Consejo de Mujeres Hebreo-norteamericanas, la UAW y la UMWA los presentaron en contra.*

Estas escisiones entre antiguos aliados demuestran la importancia, tanto práctica como filosófica, del caso. Hubo una época en que los liberales, en el marco de sus actitudes, sostenían tres proposiciones: que la clasificación racial es un mal en sí; que toda persona tiene derecho a una oportunidad educacional acorde con sus capacidades, y que la acción estatal interventora es la política adecuada para remediar las graves desigualdades de la sociedad estadounidense. Durante la última década, sin embargo, se ha afianzado la opinión de que en realidad esas tres proposiciones liberales no son compatibles, porque los programas de acción estatal más efectivos son los que conceden una ventaja competitiva a los grupos raciales minoritarios.

Tal opinión, por supuesto, ha sido cuestionada. Algunos educadores sostienen que esa benignidad es ineficaz, e incluso contraproducente, porque el tratamiento preferencial reforzará el sentimiento de inferioridad que tienen ya muchos negros. Otros plantean una objeción más general; argumen-

* AFL-CIO: siglas de American Federation of Labour-Congress of Industrial Organizations. Se trata de una federación de asociaciones sindicales, quizá la más importante de U.S.A., fundada en 1955 como resultado de la fusión de la AFL (fundada en 1886) y la CIO (Committee for Industrial Organization, establecida en 1935).

UAW: siglas de Union Automobile Workers, asociación sindical fundada en 1935.

UMWA: siglas de United Mine Workers of America, asociación sindical de mineros fundada en 1890.

B'nai Brith: la organización judía más antigua y más amplia que existe. Fundada en 1843 en Nueva York, sus objetivos son la defensa de los derechos humanos, la promoción de las relaciones culturales, la educación general y religiosa de los judíos, la financiación de la asistencia social y la colaboración en los proyectos sociales de Israel. La Anti-Defamation League fue fundada por el B'nai Brith en 1913. La B'nai Brith está representada en la O.N.U. a través del Coordinating Board of Jewish Organizations. (N. de T.)

tan que cualquier discriminación racial, aunque su propósito sea beneficiar a las minorías, de hecho será nociva para ellas, porque el prejuicio se favorece toda vez que se toleran distinciones raciales, con cualquier propósito que sea. Pero éstos son juicios empíricos complejos y controvertibles, y —tal como lo admiten los críticos prudentes— es aún demasiado pronto para decidir si el tratamiento preferencial produce más daño que beneficio. Tampoco es asunto de los jueces, particularmente en los casos constitucionales, anular las decisiones de otros funcionarios porque están en desacuerdo respecto de la eficiencia de las prácticas sociales. Esta crítica empírica se ve, por consiguiente, reforzada por el argumento moral según el cual, incluso si la discriminación inversa beneficiara a la larga a las minorías y redujera el prejuicio, seguiría siendo incorrecta, porque las distinciones raciales son en sí mismas injustas. Y lo son porque violan los derechos individuales de los miembros de aquellos grupos a quienes no favorecen, que por ello pueden quedar discriminados, como sucedió con DeFunis.

DeFunis presentó a los tribunales este argumento moral, en la forma de un recurso constitucional. Finalmente, la Suprema Corte no decidió si el argumento era bueno o malo. DeFunis había sido admitido en la facultad de derecho después de que un tribunal inferior hubo decidido en su favor, la facultad dijo que se le permitiría graduarse independientemente de cómo se decidiera el caso. La Corte sostuvo por ende que el caso era discutible y por esa razón desestimó el recurso. Pero el juez Douglas se mostró en desacuerdo con esa manera neutral de resolver el caso; presentó un voto particular discrepante, sosteniendo que la Corte habría debido apoyar el recurso de DeFunis basado en sus méritos. Muchas universidades han interpretado la opinión del juez Douglas como un *mene, tekel, upharsin*, y han cambiado sus prácticas anticipándose a una decisión posterior de la Corte, en la que pueda prevalecer su opinión. En realidad, esta opinión señalaba que las facultades de derecho podrían obtener un resultado muy semejante mediante una práctica más refinada que la usada en Washington. Una facultad podría estipular, por ejemplo, que las solicitudes, de cualquier raza o grupo que fueren, serían consideradas en conjunto, pero que las pruebas de aptitud de ciertos solicitantes pertenecientes a grupos minoritarios se calificarían de forma diferente, o se les asignaría menos peso en el promedio general previsto, porque la experiencia había demostrado que, por

diferentes razones, los exámenes estándar eran una prueba menos precisa de la capacidad real de tales aspirantes. Pero si esta técnica se usa deliberadamente para obtener el mismo resultado, es desviante, y cabe preguntarse por qué el sencillo programa usado por la Universidad de Washington era o bien injusto o inconstitucional.

2

Es obvio que DeFunis no tiene derecho constitucional alguno a que el Estado le asegure una educación jurídica de cierto nivel. Si su Estado no tuviera facultad de derecho, o si tuviera una con tan pocas plazas que sus méritos no le permitieran conseguir una, eso no constituiría una violación de sus derechos. Tampoco tiene el derecho de insistir en que la inteligencia sea el criterio exclusivo de admisión. Es verdad que las facultades de derecho asignan mucho peso a las pruebas intelectuales para la admisión. Sin embargo, el criterio no parece adecuado porque los aspirantes tengan derecho a ser juzgados de esa manera, sino porque es razonable pensar que la comunidad como tal estará mejor si sus abogados son inteligentes. Es decir que los estándares intelectuales se justifican, no porque favorezcan a los inteligentes, sino porque aparentemente sirven a una práctica social útil.

Además, en ocasiones las facultades de derecho sirven mejor a dicha práctica complementando las pruebas de inteligencia con otro tipo de estándares: a veces, por ejemplo, prefieren los aspirantes aplicados a los que son más inteligentes, pero haraganes. También sirven a políticas especiales, para las que nada tiene que ver la inteligencia. La Facultad de Derecho de Washington, por ejemplo, daba preferencia especial no sólo a los solicitantes minoritarios, sino también a los veteranos que habían estado en la facultad antes de entrar en el ejército, y ni DeFunis ni ninguno de los alegatos presentados en su favor se quejaron de esa preferencia.

DeFunis no tiene derecho absoluto a una plaza en la facultad de derecho, ni lo tiene tampoco a que como estándar de admisión se use solamente la inteligencia. Sin embargo, afirma que tiene derecho a que *no* se use la raza como estándar, por más que una clasificación racial pudiera servir para promover el bienestar general o para reducir la desigualdad

social y económica. Pero no sostiene que tenga ese derecho como derecho político distinto e independiente que está específicamente protegido por la Constitución, como lo está su derecho a la libertad religiosa y de expresión. La Constitución no condena directamente la clasificación racial, y en cambio condena la censura o el establecimiento de una religión oficial. DeFunis sostiene que su derecho a que no se use la raza como criterio de admisión universitaria se deriva de un derecho a la igualdad más abstracto, que se halla protegido por la Decimocuarta Enmienda, que expresa que ningún Estado negará a persona alguna la igual protección de la ley.

Pero los argumentos jurídicos que presentan ambas partes demuestran que ni el texto de la Constitución ni las decisiones previas de la Suprema Corte responden de manera decisiva a la cuestión de si, como cuestión de derecho, la Cláusula de Igual Protección convierte en inconstitucionales todas las clasificaciones raciales. La Cláusula hace del concepto de igualdad un requisito de la legislación, pero no estipula ninguna concepción particular de tal concepto.³ Los que redactaron la Cláusula se proponían atacar ciertas consecuencias de la esclavitud y del prejuicio racial, pero es improbable que intentasen proscribir toda clasificación racial o que esperasen que el resultado de lo que expresaban fuera una prohibición tal. Proscribieron todo tipo de prácticas que violaran la igualdad, pero dejaron que fuesen otros quienes, de tiempo en tiempo, decidieran qué era lo que aquello significaba. No puede haber un buen argumento jurídico en favor de DeFunis, por consiguiente, a menos que se base en un buen argumento moral que permita sostener que todas las clasificaciones raciales, incluso las que favorecen globalmente la igualdad en la sociedad como tal, son intrínsecamente lesivas para el derecho individual a recibir igual protección.

Nada hay de paradójico, por cierto, en la idea de que en ocasiones el derecho individual a igual protección pueda entrar en conflicto con otra práctica social en otros aspectos deseable, incluso con la que tiende a establecer una mayor igualdad global en la comunidad. Supongamos que una facultad de derecho decidiera cobrar a algunos estudiantes de clase media, elegidos por sorteo, el doble de la cuota habitual, para incrementar el fondo destinado a becar a los estudiantes pobres. Esto equivaldría a servir una política deseable —la de igualdad de oportunidades— valiéndose de medios que violan el derecho de los estudiantes elegidos por

sorteo a ser tratados en un pie de igualdad con otros estudiantes que también estuvieran en condiciones de pagar el aumento de las cuotas. De hecho, parte de la importancia del caso DeFunis reside en que nos obliga a reconocer la distinción entre la igualdad como política y la igualdad como derecho, una distinción que la teoría política ha ignorado virtualmente. El demandante sostiene que la Facultad de Derecho de Washington violó su derecho individual a la igualdad en interés de una política de mayor igualdad general, de la misma manera que la doble cuota exigida a estudiantes elegidos al azar violaría, con el mismo propósito, los derechos de éstos.

Por consiguiente, hemos de concentrar la atención sobre esa demanda e intentar definir el concepto básico sobre el cual se centra, que es el concepto de un derecho individual a la igualdad, que la Cláusula de Igual Protección convierte en derecho constitucional. ¿Qué derechos a la igualdad tienen los ciudadanos, en cuanto individuos, que puedan frustrar programas orientados a cumplir directrices económicas y sociales importantes, entre ellas la práctica social de mejorar la igualdad general?

Cabe decir que tienen dos tipos diferentes de derechos. El primero es el derecho a *igual tratamiento*, que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas. Cada ciudadano, por ejemplo, tiene derecho a un voto igual en una democracia; tal es la esencia de la decisión de la Suprema Corte en el sentido de que una persona debe tener un solo voto por más que una disposición electoral más compleja pudiera asegurar mejor el bienestar colectivo. El segundo es el derecho a *ser tratado como igual*, que no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera. Si tengo dos hijos y uno se me está muriendo de una enfermedad que apenas si llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo a cara o cruz la decisión de cuál ha de recibir la última dosis de medicina. Este ejemplo demuestra que el derecho a ser tratado como igual es fundamental, y el derecho a igual tratamiento, derivado. En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias.

DeFunis no tiene derecho a igual tratamiento en la asignación de plazas en la facultad de derecho; no tiene dere-

cho a tener una plaza simplemente porque a otros se les den plazas. Los individuos pueden tener derecho a igual tratamiento en la educación elemental, porque alguien a quien se le niegue la educación primaria pocas probabilidades tendrá de llevar una vida útil. Pero la educación jurídica no es algo tan vital que todo el mundo tenga igual derecho a ella.

DeFunis tiene el segundo tipo de derecho: un derecho a ser tratado como igual en la decisión referente a los estándares de admisión que se han de usar. Es decir que tiene derecho a que sus intereses sean tratados tan extensamente y con tanta seriedad como los intereses de cualquier otro cuando la facultad de derecho decide si la raza ha de contar como criterio pertinente en las pruebas de admisión. Pero hemos de tener cuidado de no exagerar lo que esto significa.

Supongamos que un aspirante se queja de que su derecho a ser tratado como igual se ha visto violado por pruebas que ponen a los candidatos menos inteligentes en situación de desventaja frente a los más inteligentes. Una facultad de derecho podría dar, como réplica adecuada, la siguiente. Cualquier estándar pondrá a ciertos candidatos en desventaja frente a otros, pero una política de admisión puede justificarse, sin embargo, si parece razonable esperar que el beneficio global para la comunidad exceda a la pérdida global, y si ninguna otra política produjera, incluso aproximadamente, el mismo beneficio sin traer aparejada una desventaja comparable. El derecho de un individuo a ser tratado como igual significa que su pérdida potencial debe ser tratada como asunto inquietante, pero que tal pérdida puede, de todas maneras, ser compensada por lo que gane la comunidad como tal. Si lo es, entonces el aspirante menos inteligente no puede sostener que se ha visto despojado de su derecho a ser tratado como igual, simplemente porque sufre una desventaja que otros no padecen.

Washington puede dar la misma respuesta a DeFunis. Cualquier práctica de admisión que se siga pondrá en desventaja a algunos aspirantes, y se puede suponer razonablemente que una política preferencial para los solicitantes de grupos minoritarios beneficiará a la comunidad como tal, incluso teniendo en cuenta la pérdida de candidatos como DeFunis. Si hay más abogados negros, éstos ayudarán a que la comunidad negra cuente con mejores servicios jurídicos, con lo que se reducirán las tensiones sociales. Además, bien podría suceder que al haber mayor número de negros para

discutir, en las aulas, los problemas sociales, esto elevase la calidad de la educación jurídica para todos los estudiantes. Más aún, si se ve que los negros obtienen éxito en sus estudios de derecho, es posible que otros negros que satisfagan los estándares intelectuales habituales se animen a presentar sus solicitudes y que esto, a su vez, mejore la calidad intelectual del cuerpo de abogados. En todo caso, la admisión preferencial de los negros debería disminuir la diferencia en riqueza y poder que existe actualmente entre los diferentes grupos raciales, con lo que se incrementaría la igualdad global en la comunidad. Como ya dije, cabe discutir si un programa preferencial de admisiones promoverá efectivamente todas estas prácticas, pero no se puede decir que sea imposible que así suceda. Según esta hipótesis, la desventaja que de ello resulte para aspirantes como DeFunis es un coste que se ha de pagar para obtener un beneficio mayor; en este sentido, es semejante a la desventaja que se presenta para los estudiantes menos inteligentes el coste de las políticas de admisión habituales.⁴

Veamos ahora cuál es la diferencia entre el caso DeFunis y el caso que imaginamos, en el que una facultad de derecho cobraba cuotas más elevadas a estudiantes seleccionados al azar. La desventaja especial que se les creaba a estos estudiantes no era necesaria para conseguir aumentar los fondos para becas, porque el mismo resultado se podría haber obtenido mediante una distribución más equitativa del coste entre todos los estudiantes que pudieran permitírselo. Esto no es válido para el caso de DeFunis; el aspirante sufrió más por causa de las prácticas de admisión de Washington que los solicitantes de grupos mayoritarios que fueron aceptados, pero esa discriminación no era arbitraria: era una consecuencia de los estándares meritocráticos que el mismo demandante aprueba. Por consiguiente, el argumento de DeFunis falla. La Cláusula de Igual Protección da status constitucional al derecho a ser tratado como igual, pero en ese derecho el demandante no puede encontrar respaldo alguno para su pretensión de que la cláusula convierte en ilegales todas las clasificaciones raciales.

3

Sin embargo, si así sin más ni más dejamos de lado la demanda de DeFunis, nos encontramos con un enigma. ¿Cómo

es posible que tantos abogados capaces, que apoyaron su demanda tanto en lo moral como en lo jurídico, hayan caído en ese error? Todos esos juristas están de acuerdo en que la inteligencia es un criterio de admisión adecuado para las facultades de derecho. No suponen que ese criterio pueda constituir una amenaza para el derecho constitucional de nadie a ser tratado como igual. ¿Por qué niegan que, en las circunstancias de esta década, la raza puede ser también un criterio adecuado?

Quizá porque temen que se pueda abusar de los criterios raciales, que tales criterios puedan servir como excusa para el prejuicio en contra de las minorías que, como los judíos, no son favorecidas. Pero eso no puede explicar su oposición. Es posible abusar de cualquier criterio, y en todo caso, lo que ellos piensan es que los criterios raciales son malos en principio, no simplemente susceptibles de abuso.

¿Por qué? La respuesta se encuentra en la convicción de que, tanto en la teoría como en la práctica, *DeFunis* y *Sweatt* son casos que se mantienen juntos o se derrumban juntos. Estos juristas creen que es ilógico que los liberales condenen a Texas por oponer a *Sweatt* una barrera de color, para después aplaudir a Washington por haber levantado contra *DeFunis* una barrera de color. Suponen que la diferencia entre estos dos casos debe ser únicamente la preferencia subjetiva de los liberales por ciertas minorías que ahora están de moda. Si hay algo malo en las clasificaciones raciales, debe ser algo que está mal con las clasificaciones raciales en cuanto tales, no solamente con las que van en contra de los grupos que actualmente gozan de favor. Tal es la premisa inexpresada que se oculta tras la consigna, en que se apoyan los demandados por *DeFunis*, de que la Constitución es ciega para los colores. Por supuesto, la consigna significa exactamente lo contrario de lo que dice: significa que la Constitución es tan sensible al color que, como cuestión de derecho, invalida cualquier clasificación racial institucional.

Por consiguiente, es de suma importancia poner a prueba el supuesto de que los casos *Sweatt* y *DeFunis* deben mantenerse o desplomarse juntos. Si el supuesto es firme, entonces el sencillo argumento en contra de *DeFunis* debe ser falaz, ya que ningún argumento podría convencernos de que el tipo de segregación practicada contra *Sweatt* es justificable o constitucional.⁵ Superficialmente, además, los argumentos en contra de *DeFunis* parecen efectivamente válidos en contra de *Sweatt*, porque podemos construir un argumento —que

Texas podría haber usado— para demostrar que la segregación favorece el bienestar colectivo, de manera que la desventaja especial que representa para los negros es un coste que se ha de pagar para obtener una ganancia general.

Supongamos que la comisión de admisión de Texas, aunque compuesta por hombres y mujeres que, personalmente, no tienen prejuicios, decidiera que la economía de Texas requería más abogados blancos de los que ellos podían formar, en tanto que no tenían necesidad alguna de abogados negros. Tal podía haber sido, después de todo, una evaluación realista del mercado de abogados en Texas inmediatamente después de la segunda guerra mundial. Los bufetes de abogados necesitaban abogados que atendieran el *boom* comercial, pero no podían permitirse el lujo de contratar abogados negros porque, de hacerlo, habrían perjudicado la actividad de sus firmas. Por otra parte, era cierto que la comunidad negra de Texas estaba muy necesitada de abogados capaces, y habrían preferido tenerlos negros en caso de que éstos hubieran existido. Pero la comisión bien podría haber pensado que las necesidades comerciales del estado en cuanto tal pesaban más que esa necesidad especial.

Supongamos, si no, que la comisión hubiera estimado, correctamente sin duda, que las donaciones de los graduados a la facultad de derecho disminuirían en forma drástica si se admitía a un estudiante negro. La comisión podría deplorar el hecho, pero creer sin embargo que el daño colectivo consiguiente sería mayor que el daño ocasionado a los candidatos negros excluidos por la restricción racial.

Se puede decir que estos argumentos hipotéticos son poco sinceros porque cualquier política que excluya a los negros estaría de hecho respaldada por un prejuicio contra los negros en cuanto tales, y argumentos del tipo de los que acabamos de dar no pasan de ser racionalizaciones. Pero si estos argumentos son efectivamente poderosos, entonces podrían ser aceptados por hombres que no tuvieran los prejuicios que supone la objeción. Por consiguiente, del hecho de que los funcionarios integrantes de las comisiones de admisión tuvieran prejuicios —si los tenían— no se sigue que, de no haberlos tenido, hubieran rechazado estos argumentos.

En todo caso, argumentos tales como los que aquí presento fueron usados efectivamente por funcionarios que bien podrían haber estado libres de prejuicios en contra de aquellos a quienes excluían. Hace muchas décadas, como nos lo recuerda el difunto profesor Bickel en su alegato por los

B'nai Brith, Lowell, el presidente de la Universidad de Harvard, estuvo en favor de una cuota que limitase el número de judíos que podían ser aceptados por su Universidad. Dijo que si se aceptaba a los judíos en mayor número que el de su proporción en la población, como ciertamente sucedería si las únicas pruebas fuesen de inteligencia, entonces Harvard ya no podría ofrecer al mundo hombres de las cualidades y del temperamento que intentaba producir, es decir, hombres más completos y menos exclusivamente intelectuales de lo que tendían a serlo los judíos y que, por consiguiente, como líderes de otros hombres, tanto en el gobierno como fuera de él, eran mejores y más capaces. En la época en que Lowell hablaba así, era indudable que los judíos tenían menos probabilidades de ocupar cargos importantes en el gobierno o de encabezar grandes compañías públicas. Si Harvard deseaba servir al bienestar general mejorando las cualidades intelectuales de los líderes de la nación, era racional no permitir que sus aulas se llenasen de judíos. Y los hombres que llegaron a esa conclusión bien podían preferir la compañía de judíos a la de los blancos anglosajones protestantes que, mucho más probablemente, llegarían a senadores. Lowell sugería que en su caso era así, aunque quizá las responsabilidades de su cargo le impidieran, con frecuencia, dar rienda suelta a su preferencia.

Se podría decir ahora, sin embargo, que aun cuando efectivamente sirva a alguna política plausible, la discriminación en contra de los negros es de todas maneras injustificable porque es injusta e insultante. Los alegatos que se oponían a DeFünis recurrían precisamente a ese argumento para distinguir su demanda de la de Sweatt. Porque los negros fueron víctimas de la esclavitud y de la segregación legal, decían, cualquier discriminación que los excluya será tomada por ellos como insultante, sean cuales fueren los argumentos de bienestar general que se puedan aducir en su apoyo. Pero, en términos generales, no es cierto que cualquier política social sea injusta si aquellos a quienes coloca en situación de desventaja se sienten insultados. La inteligencia, en cuanto criterio de admisión a las facultades de derecho, no es injusta porque los menos inteligentes se sientan insultados al quedar excluidos. Todo depende de si la sensación de insulto es producto de alguna característica más objetiva, que descalificaría la política aunque nadie se sintiera insultado por ella. Si la segregación favorece efectivamente el bienestar general, aun cuando se tenga en cuenta

la desventaja que representa para los negros, y si no se puede encontrar otra razón por la cual la segregación sea de todas maneras injustificable, entonces el insulto que sientan los negros, por más comprensible que sea, debe estar basado en una percepción errónea.

En todo caso, sería un error suponer que hombres en la situación de DeFunis no han de considerar insultante su exclusión. Es muy probable que se consideren como miembros de alguna otra minoría, tal como los judíos, los polacos o los italianos, a quienes los liberales, desde una situación de comodidad y de éxito, están dispuestos a sacrificar con el fin de postergar un cambio social más violento. Si deseamos distinguir los casos *DeFunis* y *Sweatt* sobre la base de algún argumento que se valga del concepto de insulto, debemos demostrar que el tratamiento de uno de ellos es efectivamente injusto, pero el del otro no.

4

De modo que estos argumentos familiares, que podrían distinguir entre los dos casos, no son convincentes. Esto parece confirmar la opinión de que Sweatt y DeFunis deben ser tratados de la misma manera y, por ende, de que la clasificación racial debe ser completamente proscrita. Pero afortunadamente se puede encontrar una base de distinción más firme para fundamentar nuestra sensación inicial de que los casos son efectivamente muy diferentes. Esta distinción no se apoya, como estos argumentos poco convincentes, en características peculiares de los problemas raciales o de segregación, ni siquiera en rasgos peculiares de los problemas de oportunidad educacional. Se basa en cambio en un análisis más detallado de la idea, central en mi argumento en contra de DeFunis, de que en ciertas circunstancias, una política que pone en situación de desventaja a muchos individuos se justifica, sin embargo, porque mejora la situación de la comunidad como tal.

Cualquier institución que se valga de esta idea para justificar una política discriminatoria se enfrentará con una serie de dificultades teóricas y prácticas. En primer lugar, hay dos sentidos distintos en los que puede decirse que una comunidad como tal está mejor, pese al hecho de que algunos de sus miembros están peor, y cualquier justificación debe especificar a cuál de los dos sentidos se refiere. Puede

estar mejor en un sentido *utilitarista*, es decir, porque el nivel promedio —o nivel colectivo— de bienestar en la comunidad mejore, aunque decaiga el bienestar de algunos individuos. O puede estar mejor en un sentido *ideal*, es decir, porque es más justo o de alguna otra manera se aproxima más a una sociedad ideal, se mejore o no el bienestar promedio. La Universidad de Washington podría usar tanto argumentos utilitaristas como argumentos ideales para justificar su clasificación racial. Podría sostener, por ejemplo, que aumentar el número de abogados negros reduce las tensiones raciales, con lo que se aumenta el bienestar de casi todos los miembros de la comunidad; éste es un argumento utilitarista. O podría argumentar que, sea cual fuere el efecto que la preferencia minoritaria haya de tener sobre el bienestar promedio, así se conseguirá una comunidad más equitativa y, por ende, más justa: este argumento es idealista, no utilitarista.

La Universidad de Texas, por otra parte, no puede echar mano de un argumento idealista para la segregación. No puede sostener que la segregación hace más justa a la comunidad independientemente de que mejore o no el bienestar general. Los argumentos que presenta en apoyo de la segregación deben ser, pues, argumentos utilitaristas. Los argumentos que inventé, tales como el argumento de que los abogados blancos podrían hacer más que los negros para mejorar la eficiencia del comercio en Texas, son utilitaristas, puesto que la eficiencia comercial sólo hace que la comunidad esté mejor si eleva el bienestar general.

Los argumentos utilitaristas tropiezan con una dificultad especial que no encuentran los argumentos idealistas. ¿A qué se alude al hablar de bienestar general o colectivo? ¿Cómo se puede medir el bienestar de un individuo, ni siquiera en principio, y cómo se pueden sumar los logros en bienestar de diferentes individuos para luego compararlos con pérdidas, que permitan justificar la afirmación de que, globalmente, los logros exceden en importancia a las pérdidas? El argumento utilitarista de que la segregación mejora el bienestar promedio presupone que se pueden hacer tales cálculos, pero ¿cómo?

Jeremy Bentham, quien creía que solamente argumentos utilitaristas podían justificar las decisiones políticas, daba la siguiente respuesta. Decía que el efecto de una política sobre el bienestar de un individuo se podía determinar descubriendo qué cantidad de placer o de dolor le aportaba tal políti-

ca, y que el efecto de la política sobre el bienestar colectivo se podía calcular sumando todo el placer y restándole todo el dolor que traía a cada uno. Pero, tal como insistían los críticos de Bentham, es dudoso que exista un estado psicológico simple de placer [que pueda ser] común a todos los que se benefician de una práctica, o de dolor [que pueda ser] común a todos aquellos a quienes ésta perjudica; en todo caso, sería imposible identificar, medir y sumar los diferentes placeres y dolores que experimenta una gran cantidad de personas.

Los filósofos y economistas que encuentran atractivos los argumentos utilitaristas, pero que rechazan el utilitarismo psicológico de Bentham proponen un concepto diferente del bienestar individual y general. Suponen que toda vez que una institución o un funcionario debe tomar una decisión referente a una política, cada uno de los miembros de la comunidad preferirá las consecuencias de una decisión a las consecuencias de otras. DeFunis, por ejemplo, prefiere las consecuencias de la política estándar de admisiones a la política de preferencia minoritaria que se usaba en Washington, en tanto que los negros de un *ghetto* urbano podrían preferir las consecuencias de esta última política a las de la primera. Si se puede descubrir lo que prefiere cada individuo y con qué intensidad, se podría demostrar que una política determinada satisfaría, como promedio, más preferencias —teniendo en cuenta su intensidad— que las prácticas alternativas. Según este concepto de bienestar, una política hace que la comunidad esté mejor, en un sentido utilitario, si satisface la colección de preferencias mejor de lo que la satisfarían las alternativas, aun cuando no satisfaga las preferencias de algunos.⁶

Por cierto que una facultad de derecho no dispone de medio alguno para estimar con precisión las preferencias de todos aquellos que se verán afectados por sus políticas de admisión. Sin embargo, puede hacer evaluaciones que, aun siendo conjeturales, no pueden ser desechadas como inverosímiles. Cabe pensar, por ejemplo, que en la Texas de posguerra las preferencias del pueblo favorecerían, globalmente, las consecuencias de la segregación en las facultades de derecho, aun cuando se tenga en cuenta la intensidad de la preferencia concurrente por la integración, y no simplemente el número de los que sostenían esa preferencia. Los funcionarios de la facultad de derecho de Texas podrían haber conñado, para llegar a esa decisión, en el comportamiento elec-

toral, en los editoriales de los periódicos y simplemente en su propia percepción de la comunidad. Aunque podrían haberse equivocado, ahora no podemos decir, ni siquiera con la ventaja que da la visión retrospectiva, que lo hayan hecho.

De modo que aun si se rechaza el utilitarismo psicológico de Bentham, las facultades de derecho pueden recurrir al utilitarismo de la preferencia en busca de una justificación, por lo menos conjetural y aproximada, de las prácticas de admisión que ponen en situación de desventaja a ciertos solicitantes. Pero una vez aclarado que estos argumentos utilitaristas se basan en estimaciones de las preferencias reales de miembros de la comunidad, se plantea una dificultad nueva y mucho más grave.

El argumento utilitarista según el cual una política se justifica si satisface globalmente más preferencias parece, a primera vista, un argumento igualitario. Aparentemente, observa una imparcialidad estricta. Si la comunidad sólo tiene suficientes medicinas para tratar a algunos enfermos, parecería que el argumento recomendase que se trate primero a los más enfermos. Si la comunidad puede construir una piscina de natación o una sala de teatro, pero no las dos cosas, y hay más gente que quiere la piscina, el argumento recomienda que la comunidad la construya, a menos que los que quieren el teatro puedan demostrar que sus preferencias son tanto más intensas que alcanzan mayor peso a pesar de la inferioridad numérica. No se ha de preferir un enfermo a otro porque sea más digno de la preocupación oficial; los gustos del público teatral no han de ser preferidos porque sean más admirables. Con palabras de Bentham, cada hombre ha de contar como uno, y ningún hombre ha de contar como más de uno.

Estos sencillos ejemplos hacen pensar que el argumento utilitarista no sólo respeta, sino que encarna el derecho de cada ciudadano a ser tratado como el igual de otro cualquiera. La probabilidad de éxito de las preferencias de cada individuo, en la competición por la práctica social, dependerá de lo importante que sea para él su preferencia y de cuántos sean los que la compartan, comparados con la intensidad y el número de las preferencias concurrentes. Su probabilidad no se verá afectada por la estimación o el desprecio de los funcionarios ni de sus conciudadanos, y por consiguiente él no tendrá que sentirse subordinado ni obligado por nadie.

Pero, si examinamos la variedad de preferencias que tie-

nen de hecho los individuos, veremos que el carácter aparentemente igualitario de un argumento utilitarista es, con frecuencia, engañoso. El utilitarismo de la preferencia pide a los funcionarios que intenten satisfacer en la mayor medida posible las preferencias de la gente. Pero las preferencias de un individuo por las consecuencias de una política determinada pueden verse, tras un análisis más detallado, como un reflejo de una preferencia *personal* por disfrutar de ciertos bienes u oportunidades, o como una preferencia *externa* por la asignación de bienes u oportunidades a otros, o como ambas cosas. El aspirante a ingresar en una facultad de derecho para blancos, por ejemplo, podría tener una preferencia personal por las consecuencias de la segregación porque dicha política favorece sus probabilidades de éxito, o bien una preferencia externa por tales consecuencias, en cuanto desprecie a los negros y desaprobe las situaciones sociales en que se dé una mezcla racial.

La distinción entre preferencias personales y preferencias externas es de gran importancia por la siguiente razón. Si un argumento utilitarista equipara las preferencias externas con las personales, el carácter igualitario del argumento se corrompe, porque la probabilidad de éxito que tengan las preferencias de un sujeto cualquiera no sólo dependerá entonces de las demandas que las preferencias personales de otros impongan a recursos escasos, sino del respeto o afecto que esos otros tengan por él o por su modo de vida. Si las preferencias externas desequilibran la balanza, entonces el hecho de que una práctica haga que la comunidad esté mejor en un sentido utilitarista *no* proporcionaría una justificación compatible con el derecho a ser tratados como iguales de aquellos a quienes pone en situación de desventaja.

Esta corrupción del utilitarismo es obvia cuando algunas personas tienen preferencias externas porque sostienen teorías políticas que son en sí mismas contrarias al utilitarismo. Supongamos que muchos ciudadanos, que personalmente no están enfermos, son racistas en cuanto a su teoría política, y por ende prefieren que una medicina que escasea se le administre más bien a un blanco que la necesita que a un negro que la necesita más. Si el utilitarismo toma al pie de la letra estas preferencias políticas, entonces, desde el punto de vista de las preferencias personales, se autoanulará, porque la distribución de la medicina, desde ese punto de vista, no será en modo alguno utilitarista. En todo caso, que se autoanule o no, la distribución no será igualitaria en el sen-

tido [en que se ha] definido [este término]. Los negros padecerán, en una medida que depende de la intensidad de la preferencia racista, por el hecho de que otros los consideren menos dignos de consideración y respeto.

Hay una corrupción similar cuando las preferencias externas que se tienen en cuenta son altruistas o moralistas. Supongamos que muchos ciudadanos, aunque no son nadadores, prefieren la piscina al teatro porque aprueban el deporte y admiran a los atletas, o porque piensan que el teatro es inmoral y se lo debe reprimir. Si se tienen en cuenta las preferencias altruistas, de modo tal que refuercen las preferencias personales de los nadadores, el resultado será una especie de doble recuento: cada nadador se beneficiará no solamente de su propia preferencia, sino también de la preferencia de alguien más, que se complace en su éxito. Si se tienen en cuenta las preferencias moralistas, el efecto será el mismo: los actores y el público padecerán porque sus preferencias suscitan menor respeto en los ciudadanos cuyas preferencias personales no están comprometidas.

En estos ejemplos, las preferencias externas son independientes de las preferencias personales. Pero, ciertamente, es frecuente que las preferencias políticas, altruistas y moralistas no sean independientes, sino que estén injertadas sobre las preferencias personales, a las cuales refuerzan. Si soy blanco y estoy enfermo, puedo también sostener una teoría política racista. Si quiero una piscina para disfrutar personalmente de ella, también puedo ser altruista con un atleta amigo, o también puedo pensar que el teatro es inmoral. Las consecuencias de tener en cuenta estas preferencias externas serán tan graves para la igualdad como si fueran independientes de la preferencia personal, porque aquellos contra quienes van las preferencias personales podrían no ser capaces de —o no estar dispuestos a— exhibir preferencias externas contrarias que restablecieran el equilibrio.

Las preferencias externas presentan, por consiguiente, una gran dificultad para el utilitarismo. Esta teoría debe gran parte de su popularidad al supuesto de que encarna los derechos de los ciudadanos a ser tratados como iguales. Pero si se cuentan las preferencias externas entre las preferencias globales, este supuesto se ve amenazado. Tal es, en sí, un punto importante y descuidado en la teoría política, que incide sobre la tesis liberal —destacada por primera vez por Mill— según la cual el gobierno no tiene derecho a imponer por ley la moralidad popular. Con frecuencia se dice que

esta tesis liberal es incongruente con el utilitarismo, porque si las preferencias de la mayoría por la represión de la homosexualidad, por ejemplo, son lo bastante fuertes, el utilitarismo debe ceder a sus deseos. Pero la preferencia en contra de la homosexualidad es una preferencia externa, y el presente argumento proporciona una razón general por la cual los utilitaristas no deben tener en cuenta ningún tipo de preferencias externas. Si se hace una readaptación adecuada del utilitarismo, de manera que sólo tenga en cuenta las preferencias personales, entonces la tesis liberal es una consecuencia de esa teoría, no una enemiga de ella.

Sin embargo, no siempre es posible reconstituir un argumento utilitarista de manera que sólo tenga en cuenta las preferencias personales. A veces, las preferencias personales y las externas están entrelazadas en forma tan inextricable, y se encuentran en tal dependencia recíproca, que ningún criterio práctico de medición de preferencias podrá discriminar los elementos personales y los externos en la preferencia global de un individuo. Esto es especialmente válido cuando las preferencias están afectadas por prejuicios. Consideremos, por ejemplo, la preferencia de un blanco, estudiante de derecho, por asociarse con compañeros blancos. Se puede decir que se trata de una preferencia personal por vincularse con cierto tipo de colega más bien que con otro. Pero es una preferencia personal que depende de preferencias externas: excepto en casos rarísimos, un estudiante blanco prefiere la compañía de otros blancos porque tiene convicciones sociales y políticas racistas o porque desprecia a los negros en cuanto grupo. Si se tiene en cuenta estas preferencias de asociación en un argumento utilitarista usado para justificar la segregación, entonces se destruye el carácter igualitario del argumento de la misma manera que si se tuviera en cuenta directamente las preferencias externas que le sirven de base. A los negros se les negaría su derecho a ser tratados como iguales porque la probabilidad de que sus preferencias prevalecieran en el diseño de las prácticas de ingreso en la facultad quedarían desvalorizadas por la baja estima en que las tienen otros. En cualquier comunidad donde sea fuerte el prejuicio en contra de una determinada minoría, las preferencias personales sobre las cuales debe insistir un argumento utilitarista estarán saturadas con ese prejuicio; de ello se sigue que en una comunidad tal, ningún argumento utilitarista que se proponga justificar una desventaja que padece esa minoría puede ser justo.⁷

Esta dificultad final es, por consiguiente, fatal para los argumentos utilitaristas de Texas en favor de la segregación. Las preferencias que podrían servir de apoyo a un argumento tal son nítidamente externas, tales como las preferencias de la mayoría de la comunidad por la separación racial, o están inextricablemente combinadas con preferencias externas y dependen de ellas, como las preferencias de los estudiantes blancos por asociarse con compañeros blancos, o de los abogados blancos con colegas blancos. Estas preferencias externas están hasta tal punto difundidas que no pueden menos que corromper cualquier argumento semejante. Por ende, la reclamación de Texas según la cual la segregación hace que la comunidad esté mejor en un sentido utilitarista es incompatible con el derecho de Sweatt a ser tratado como igual, que le garantiza la Cláusula de Igual Protección.

Para esta conclusión no tiene importancia que las preferencias externas figuren en la justificación de una práctica o política fundamental o en la justificación de prácticas derivadas, destinadas a favorecer una práctica fundamental. Supongamos que Texas justifica la segregación apoyándose en la política económica, aparentemente neutral, que consiste en incrementar la riqueza comunitaria, la cual satisface las preferencias personales de todos en lo que a mejores viviendas, alimentación y recreación se refiere. Si el argumento de que la segregación favorecerá la riqueza comunitaria depende del hecho de la preferencia externa; si el argumento señala, por ejemplo, que debido a los prejuicios las industrias serán más eficientes si existe segregación en las fábricas, entonces la consecuencia del argumento es que las preferencias personales del negro se ven derrotadas por lo que otros piensan de él. Los argumentos utilitaristas que justifican una desventaja para los miembros de una raza a quienes el prejuicio perjudica serán siempre argumentos injustos, a menos que se pueda demostrar que la misma desventaja habría estado justificada en ausencia del prejuicio. Si el prejuicio está muy difundido, como es el caso con los negros, tal cosa no se podrá demostrar jamás. Las preferencias sobre las cuales debe descansar cualquier argumento económico que justifique la segregación estarán tan enmarañadas con el prejuicio que no es posible desenredarlas en la medida necesaria para hacer plausible una hipótesis tan contraria a los hechos.

Tenemos ahora una explicación que demuestra por qué cualquier forma de segregación que ponga en desventaja a

los negros es, en los Estados Unidos, un insulto automático para ellos, y por qué tal segregación lesiona su derecho a ser tratados como iguales. El argumento confirma nuestra sensación de que los argumentos utilitaristas que se proponen justificar la segregación no están simplemente equivocados en los detalles, sino que son inoportunos en principio. Esta objeción a los argumentos utilitaristas no se limita, sin embargo, a la raza, ni siquiera al prejuicio. Hay otros casos en los cuales tener en cuenta las preferencias externas lesionaría los derechos de los ciudadanos a ser tratados como iguales, y vale la pena pasarles revista brevemente, aunque sólo sea para proteger el argumento de la acusación de haber sido construido *ad hoc* para el caso racial. Yo podría tener una preferencia moralista en contra de las mujeres profesionales, o una preferencia altruista por los hombres virtuosos. Sería injusto que cualquier facultad de derecho tuviese en cuenta preferencias como éstas para decidir a quiénes admite en sus aulas; injusto porque estas preferencias, como los prejuicios raciales, hacen que el éxito de las preferencias personales de un aspirante dependa, más bien que de las preferencias personales concurrentes de los otros, de su aprobación y estima.

La misma objeción, en cambio, no es válida contra un argumento utilitarista usado para justificar la admisión basada en la inteligencia. Una práctica tal no se apoya necesariamente, de manera directa ni indirecta, en un sentimiento comunitario de que los abogados inteligentes sean intrínsecamente más dignos de respeto. Descansa, en cambio, sobre el propio juicio de la facultad de derecho (correcto o no), de que los abogados inteligentes son más eficaces cuando se trata de satisfacer las preferencias de otros, tales como la preferencia por la riqueza o por ganar los procesos legales. Es verdad que los despachos de abogados y sus clientes prefieren los servicios de abogados inteligentes; ese hecho podría hacernos desconfiar de cualquier argumento utilitarista del que se diga que no depende de tal preferencia, así como sospechamos de cualquier argumento en favor de la segregación, del que se diga que no depende del prejuicio. Pero la difundida preferencia por los abogados inteligentes no depende, por lo general, de preferencias externas: los despachos de abogados y sus clientes prefieren abogados inteligentes porque tienen la opinión de que esos abogados serán los más eficaces cuando se trata de servir sus preferencias personales. Las preferencias instrumentales, de ese carácter [perso-

nal], no figuran en los argumentos utilitarios, aunque una facultad de derecho pueda aceptar, bajo su propia responsabilidad, la hipótesis instrumental de la cual dependen tales preferencias.⁸

5

Disponemos ya, por consiguiente, de las distinciones necesarias para diferenciar [el caso] *DeFunis* de *Sweatt*. Los argumentos que apoyan un programa de admisión que discrimine a los negros son, todos, argumentos utilitaristas, y son todos de naturaleza tal que se apoyan en preferencias externas de una manera que lesiona el derecho constitucional de los negros a ser tratados como iguales. Los argumentos que apoyan un programa de admisión que discrimine en favor de los negros son tanto utilitaristas como idealistas. Algunos de los utilitaristas se apoyan, por lo menos indirectamente, en preferencias externas, tales como la preferencia de ciertos negros por los abogados de su propia raza; pero los argumentos utilitaristas que no se apoyan en tales preferencias son fuertes y es posible que sean suficientes. Los argumentos idealistas no se apoyan en modo alguno en preferencias, sino en el argumento independiente de que una sociedad más igualitaria es una sociedad mejor, aun cuando sus ciudadanos prefieran la desigualdad. Es un argumento que no niega el derecho de nadie a ser tratado como igual.

En el caso *DeFunis* nos quedamos, pues, con el argumento simple y directo con que comenzamos. Los criterios raciales no son necesariamente los estándares correctos para decidir qué aspirantes deben ser aceptados por las facultades de derecho, pero tampoco lo son los criterios intelectuales, ni —a la verdad— ningún otro conjunto de criterios. La equidad —y la constitucionalidad— de cualquier programa de admisión debe ser medida con el mismo criterio. El programa se justifica si sirve a una política adecuada, que respete el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales, pero no en el caso contrario. Los criterios que usaron las facultades que se negaron a tener en cuenta a los negros no respondían a esa exigencia, pero los criterios usados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington sí.

Todos desconfiamos, y con razón, de las clasificaciones raciales, que han sido usadas para negar el derecho a la igual-

dad, más bien que para respetarlo, y todos nos damos cuenta de la consiguiente injusticia. Pero si interpretamos mal la naturaleza de tal injusticia porque no establecemos las sencillas distinciones que son necesarias para entenderla, entonces corremos el riesgo de cometer más injusticias. Es posible que, de hecho, los programas de admisión preferenciales no hagan más igualitaria una sociedad, porque es posible que no tengan los efectos que creen ver en ellos quienes los defienden. Esta cuestión estratégica deberá constituir el centro de la discusión de tales programas. Pero no debemos corromper el debate suponiendo que tales programas son injustos aunque funcionen. Debemos tener cuidado de no usar la Cláusula de Igual Protección para privarnos de la igualdad.

LIBERTAD Y MORALISMO

Es indudable que la mayoría de los norteamericanos y de los ingleses creen que la homosexualidad, la prostitución y la publicación de material pornográfico son inmorales. ¿Qué papel debe desempeñar este hecho cuando se ha de decidir si son delictivas? Es una cuestión enmarañada, llena de consecuencias que se vincula con controversias filosóficas y sociológicas. Sin embargo, es una cuestión a la que los juristas han de hacer frente y hay acontecimientos recientes y controvertidos —en Inglaterra la publicación del Informe Wolfenden,¹ seguida por un debate público sobre la prostitución y la homosexualidad, y en los Estados Unidos una serie de decisiones de la Suprema Corte sobre obscenidad²— que nos urgen a considerarla.

Frente a ella hay varias posiciones, pero cada una plantea sus propias dificultades. ¿Diremos que la condenación pública es, en y por sí misma, suficiente para justificar que convirtamos un acto en delito? Esta posición parece incongruente con nuestra tradición de libertad individual, y con el hecho de que sabemos que la moral de la masa, por más grande que ésta sea, no cuenta con garantías de verdad. Si la condenación pública no es suficiente, ¿qué más se necesita? ¿Debe haber alguna demostración de que de hecho hay personas directamente afectadas y dañadas por la práctica en cuestión? ¿O es suficiente con mostrar algún efecto sobre las costumbres y las instituciones sociales, que, en cuanto altera el medio social, afecta indirectamente a todos los miembros de la sociedad? En este último caso, ¿se ha de demostrar también que estos cambios sociales plantean la amenaza de algún cambio a largo plazo, como podría ser un aumento de la criminalidad, o un descenso de la productividad? ¿O sería bastante con demostrar que la gran mayoría de la comunidad actual deploraría el cambio? Si es así, ¿la exigencia

de [que provoque algún] daño agregaría mucho a la mera exigencia de la condenación pública?

En 1958, *lord* Devlin pronunció la segunda Conferencia Macabea en la Academia Británica. El título de la conferencia era «La imposición de la moral», y las cuestiones en ella tratadas eran de principio.³ Su autor resumió así sus conclusiones referentes a la práctica de la homosexualidad: «Debemos preguntarnos en primer lugar si, al mirarlo con calma y desapasionadamente, consideramos tan abomidable este vicio que su mera presencia nos agravie. Si tal es el sentimiento auténtico de la sociedad en que vivimos, no veo de qué manera se puede negar a la sociedad el derecho de erradicarlo.»⁴

La conferencia, y especialmente esa posición hipotética sobre el castigo de los homosexuales, provocó una marea de refutaciones que rebasó la prensa académica para difundirse a través de la radio y publicaciones periódicas casi populares.⁵ Desde entonces, *lord* Devlin ha vuelto a publicar la Conferencia Macabea, junto con otros seis ensayos en los que desarrolla y defiende los puntos de vista en ella expresados, con un prefacio para todo el volumen y algunas importantes notas al pie, nuevas, como complemento de la conferencia original.⁶

Los juristas estadounidenses deben prestar atención a los argumentos de *lord* Devlin. Sus conclusiones no serán populares, aunque la jactanciosa insensibilidad que le reprochan algunos críticos desaparece con una lectura cuidadosa. Populares o no, no tenemos derecho a ignorarlas mientras no tengamos la seguridad de que sus argumentos se pueden refutar. Uno de tales argumentos —el segundo de los dos que discutiré— tiene el considerable mérito de llamarnos la atención sobre la relación entre la teoría democrática y la imposición de la moral. Y nos estimula a considerar más detalladamente el concepto decisivo del cual depende esta relación: el concepto de una moralidad pública.

EL DESENCANTO DE LORD DEVLIN

El prefacio del nuevo libro contiene una reveladora exposición de la forma en que llegó *lord* Devlin a sus discutidas y discutibles opiniones. Cuando lo invitaron a preparar su Conferencia Macabea, la célebre Comisión Wolfenden había publicado recientemente su recomendación de que se dejaran de considerar delictivas las prácticas homosexuales en privado entre adultos que consentían en ellas. Devlin había es-

tado totalmente de acuerdo con la expresión que daba la Comisión a la distinción adecuada entre delito y pecado:

En este terreno, la función [del derecho], tal como la vemos, es salvaguardar el orden público y la decencia, proteger al ciudadano de aquello que sea ofensivo o lesivo y proporcionar las salvaguardias suficientes contra la explotación y la corrupción de otros. ... En nuestra opinión, no es función del derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos ni intentar imponer ningún modelo de comportamiento determinado, más allá de lo que sea necesario para llevar a la práctica los propósitos que hemos bosquejado. ...

Se ha de mantener un ámbito de la moralidad y la inmoralidad privadas que, dicho breve y crudamente, no es asunto del derecho.⁷

Lord Devlin creía que esos ideales, que él reconocía como derivados de las enseñanzas de *Jeremy Bentham* y de *John Stuart Mill*, eran incuestionables. Decidió consagrar su conferencia a una minuciosa consideración de qué otros cambios, además de los cambios [referentes al] delito de homosexualidad que recomendaba la Comisión, serían necesarios para conseguir que el derecho penal de Inglaterra se adaptara a ellas. Pero, según sus propias palabras, el estudio «destruyó, en lugar de confirmarla, la sencilla fe con que había empezado mi tarea»⁸ y *Devlin* terminó creyendo que aquellos ideales no sólo eran cuestionables sino erróneos.

El hecho de su desencanto está claro, pero no lo está tanto la medida de tal desilusión. A veces, sobre la base de que el estado tiene que desempeñar un rol de tutor moral, y el derecho penal es su técnica de tutoría adecuada, parece que estuviera defendiendo exactamente la posición contraria a la de la Comisión, a saber, que la sociedad tiene derecho a castigar aquellas conductas que sus miembros desaprueban enérgicamente, aun cuando tales conductas no tengan sobre otras personas efectos que se puedan considerar lesivos. Los lectores que entienden que tal es su posición se quedan atónitos ante el hecho de que distinguidos filósofos y juristas se hayan molestado en responderle, ya que la suya parece una posición susceptible de ser considerada, sin más ni más, como excéntrica. En realidad, lo que él defiende no es esta posición, sino otras que son más complejas y no tan excéntricas, ni tampoco están tan palmariamente en desacuerdo con los ideales de la Comisión *Wolfenden*. En ninguna parte están

claramente resumidas (de hecho, el enunciado sobre la homosexualidad que he citado es prácticamente el resumen que él da), sino que han de ser inferidas de los intrincados argumentos que presenta.

Los argumentos principales son dos. El primero aparece en forma estructurada en la Conferencia Macabea y se basa en el derecho de la sociedad a proteger su propia existencia. El segundo es un argumento muy diferente y mucho más importante, que emerge en forma inconexa en diversos ensayos, y parte del derecho de la mayoría a seguir sus propias convicciones morales, defendiendo su medio social de aquellos cambios a los cuales se opone. Consideraré estos dos argumentos en forma sucesiva, pero deteniéndome más en el segundo.

EL PRIMER ARGUMENTO: EL DERECHO DE LA SOCIEDAD A PROTEGER SU EXISTENCIA

El primer argumento —y el que, con mucho, ha recibido la mayor parte de la atención de los críticos— es éste:⁹

1) En una sociedad moderna hay una diversidad de principios morales que algunos hombres adoptan como guía y que no intentan imponer a los demás. Hay también estándares morales que la mayoría excluye de la tolerancia y que impone a quienes disienten de ellos. Para nosotros, los dictados de una religión determinada son ejemplo de la primera clase, y la práctica de la monogamia ejemplo de la segunda. Una sociedad no puede sobrevivir a menos que algunos de sus estándares sean de la segunda clase, porque para su vida es esencial cierto consenso moral. Toda sociedad tiene derecho a preservar su propia existencia y, por consiguiente, derecho a insistir en alguna forma de conformidad tal.

2) Si la sociedad tiene un derecho así, tiene la facultad de usar las instituciones y sanciones de su derecho penal para imponer ese derecho: «La sociedad puede utilizar el derecho para preservar la moralidad de la misma manera que lo usa para salvaguardar cualquier otra cosa, si es esencial para su existencia.»¹⁰ Así como la sociedad puede valerse de su derecho para impedir la traición, puede valerse de él para impedir una corrupción del consenso que la mantiene unida.

3) Pero el derecho de la sociedad a castigar la inmoralidad mediante la ley no ha de ejercitarse necesariamente contra toda clase y en toda ocasión de inmoralidad; debe-

mos reconocer la influencia y la importancia de algunos principios restrictivos, que son varios, pero de los cuales el más importante es que «debe haber tolerancia de la máxima libertad individual que sea congruente con la integridad de la sociedad».¹¹ Tomados en conjunto, estos principios restrictivos exigen que seamos cautelosos cuando se trata de concluir que a una práctica se la considera profundamente inmoral. El derecho debe abstenerse de actuar si detecta cualquier inquietud, indiferencia o tolerancia latente en la forma en que la sociedad condena la práctica en cuestión. Pero ninguno de estos principios restrictivos es válido —y por ende, la sociedad queda en libertad de imponer sus derechos— cuando el sentimiento público es fuerte, persistente e inexorable; cuando, con palabras de *lord* Devlin, llega a ser de «intolerancia, indignación y repugnancia».¹² De aquí la conclusión sumaria en lo referente a la homosexualidad: si es auténticamente considerada como un vicio abominable, no se puede negar el derecho de la sociedad a erradicarla.

Debemos estar en guardia contra una interpretación errónea —posible e incluso tentadora— de este argumento, que no depende de ningún supuesto de que cuando la gran mayoría de una comunidad considera inmoral una práctica, lo más probable es que tengan razón. Lo que, en opinión de *lord* Devlin, se encuentra en juego cuando se ve amenazada nuestra moralidad pública, es la supervivencia misma de la sociedad, y él cree que la sociedad está autorizada para protegerse sin responder de la moralidad que la mantiene unida.

¿Es sólido este argumento? El profesor H. L. A. Hart, criticando el núcleo de la conferencia Macabea,¹³ pensó que se fundamentaba en una concepción confusa de lo que es una sociedad. Si uno sostiene una noción aproximadamente convencional de una sociedad, decía, es absurdo sugerir que cada práctica que la sociedad considere profundamente inmoral y repugnante amenace su supervivencia. Es una tontería equiparable a sostener que la existencia de la sociedad se encuentra amenazada por la muerte de uno de sus miembros o por el nacimiento de otro, y (nos recuerda Hart) *lord* Devlin no nos ofrece prueba alguna que pueda servir de base a una afirmación tal. Pero si se adopta una definición artificial de una sociedad, tal que ésta consista en aquel complejo particular de ideas y actitudes morales que acierten a sostener sus miembros en un momento determinado, es intolerable que cada uno de tales *statu quo* morales haya de tener el derecho de preservar por la fuerza su precaria exis-

tencia. Entonces, argumentaba el profesor Hart, el argumento de *lord Devlin* falla, independientemente de que se dé al [concepto de] «sociedad» un sentido convencional o uno artificial.

Lord Devlin replica al profesor Hart en una nueva y extensa nota al pie. Tras resumir la crítica de Hart, comenta: «No asevero que *cualquier* desviación de la moralidad compartida por una sociedad amenace su existencia, como tampoco asevero que *cualquier* actividad subversiva amenace su existencia. Lo que asevero es que ambas son actividades que por naturaleza son capaces de amenazar la existencia de la sociedad, de modo que ninguna de ellas puede ser colocada más allá [del alcance] del derecho.»¹⁴ Esta réplica deja al descubierto un fallo grave en la construcción del argumento.

Nos dice que debemos entender el segundo paso del argumento —la afirmación decisiva de que la sociedad tiene derecho a imponer como ley su moralidad pública— como algo que se limita a desmentir la proposición de que la sociedad jamás tiene semejante derecho. Aparentemente, *lord Devlin* entendió que la enunciación, en el informe Wolfenden, de un «ámbito de la moralidad privada ... que no es asunto del derecho», significaba afirmar [la existencia de] una barrera jurisdiccional fija que ponía para siempre las prácticas sexuales privadas más allá de la indagación del derecho. Sus argumentos —nos dice la nueva nota al pie— están destinados simplemente a demostrar que no se debe erigir tal barrera constitucional, porque es posible que el cuestionamiento de la moralidad establecida sea tan profundo que se vea amenazada la existencia misma de una conformidad moral y, consecuentemente, de la sociedad misma.¹⁵

Podríamos no dejarnos convencer, ni siquiera de este punto limitado. Podríamos creer que el peligro que puede representar para la existencia de la sociedad una práctica impopular cualquiera es tan pequeño que la política más prudente, la mejor protección de la libertad individual frente a histerias pasajeras, sería precisamente levantar este tipo de barrera constitucional y prohibir que periódicamente volviera a evaluarse el riesgo.

Pero si nos presuadieran de renunciar a esta barrera constitucional, esperaríamos que el tercer paso en el argumento diera respuesta a la inevitable cuestión siguiente: Supuesto que es concebible que el cuestionamiento de una moralidad pública auténtica y profundamente arraigada pueda amenazar la existencia de la sociedad, y por ende haya de ser co-

locado por encima del umbral de preocupación del derecho, ¿cómo hemos de saber cuándo el peligro es lo suficientemente claro y presente como para que justifique no solamente la indagación, sino la acción? ¿Qué más se necesita, aparte el hecho de una apasionada desaprobación pública, para demostrar que nos hallamos en presencia de una verdadera amenaza?

La retórica del tercer paso hace que parezca conforme a esta cuestión; se habla mucho de «libertad» y «tolerancia» e incluso de «equilibrio». Pero el argumento no es conforme, pues la libertad, la tolerancia y el equilibrio resultan ser apropiados únicamente cuando se demuestra que el atropello público diagnosticado en el segundo paso ha sido exagerado; es decir, cuando resulta que la fiebre era fingida. Cuando la fiebre se confirma, cuando la intolerancia, la indignación y la repugnancia son auténticas, el principio que requiere «el máximo de libertad individual congruente con la integridad de la sociedad» ya no es válido. Pero esto significa que, después de todo, no es necesaria otra cosa que la desaprobación pública apasionada.

Dicho brevemente, el argumento implica un acto de presdigitación intelectual. En el segundo paso, se presenta el atropello público como un criterio-umbral, colocando simplemente la práctica en una categoría que al derecho no le está prohibido reglamentar. Pero entre bastidores, en algún momento de la transición al tercer paso, este criterio-umbral se convierte en una razón afirmativo-dispositiva para la acción, de modo que cuando [el criterio] está claramente satisfecho, el derecho puede proceder sin más. El poder de esta maniobra queda demostrado por el pasaje sobre la homosexualidad. *Lord Devlin* concluye que si nuestra sociedad aborrece lo suficiente a la homosexualidad, se justifica que la proscriba y que obligue a los seres humanos a optar entre las miserias de la frustración y las de la persecución, debido al peligro que significa la práctica para la existencia de la sociedad. Llega a esta conclusión sin ofrecer pruebas de que la homosexualidad representa peligro alguno para la existencia de la sociedad, más allá de la mera afirmación de que todas las «desviaciones de la moralidad compartida por una sociedad ... son capaces por naturaleza de amenazar la existencia de la sociedad» y por eso «no pueden ser colocadas más allá [del alcance] del derecho».¹⁶

EL SEGUNDO ARGUMENTO: EL DERECHO DE LA SOCIEDAD A SEGUIR SUS PROPIAS LUCES

Por consiguiente, se justifica que dejemos de lado el primer argumento y pasemos a considerar el segundo. Mi reconstrucción intenta hacer explícito mucho de lo que yo creo implícito, e incurre por eso en cierto riesgo de deformación, pero entiendo que el segundo argumento es el siguiente:¹⁷

1) Si quienes tienen deseos homosexuales se complacieran libremente en ellos, nuestro medio social cambiaría. No se puede calcular con ninguna precisión cuáles serían los cambios, pero es plausible suponer, por ejemplo, que la posición de la familia, como institución supuestamente natural en torno de la cual se centran los dispositivos educacionales, económicos y recreacionales de los hombres, resultaría socavada y que eso tendría ramificaciones ulteriores de gran alcance. Hemos llegado a un grado de complejidad demasiado elevado para suponer que los efectos de un incremento de la homosexualidad se limitarían exclusivamente a quienes participaran en dicha práctica, así como hemos llegado a un grado de complejidad demasiado elevado para suponer que la cuestión de precios y salarios afecta únicamente a quienes la negocian. El medio en que nosotros y nuestros hijos debemos vivir está determinado, entre otras cosas, por pautas y relaciones establecidas en forma privada por personas diferentes de nosotros.

2) Esto, en sí mismo, no da a la sociedad el derecho de prohibir las prácticas homosexuales. No podemos mantener cada hábito o costumbre que nos gusta mediante el recurso de encarcelar a quienes no quieran preservarlos. Pero esto significa que nuestros legisladores deben intervenir inevitablemente en algunos problemas morales. Deben decidir si las instituciones que parecen amenazadas son lo suficientemente valiosas como para protegerlas al precio de la libertad humana. Y deben decidir si las prácticas que amenazan a tales instituciones son inmorales, porque si lo son, no cuenta tanto la libertad de un individuo para entregarse a ellas. No necesitamos una justificación tan fuerte, en función de la importancia social de la institución que queremos proteger, si estamos seguros de que nadie tiene el derecho moral de hacer aquello que queremos prohibir. Es decir, necesitamos menos argumentos legales para recortar la libertad de alguien para mentir, estafar o conducir borracho que para res-

tringir su libertad de elegir su propio trabajo o de poner precio a los bienes que produce. Esto no equivale a decir que la inmoralidad sea suficiente para hacer delictiva una conducta; sostiene, más bien, que en ocasiones es necesaria.

3) Pero, ¿cómo ha de decidir un legislador si los actos homosexuales son inmorales? La ciencia no puede responder a esto y el legislador ya no puede buscar respuestas válidas en la religión organizada. Sin embargo, si sucede que la gran mayoría de la comunidad coincide en una misma respuesta, aun cuando una reducida minoría de hombres educados pueda estar en desacuerdo, el legislador tiene el deber de actuar guiándose por el consenso. Y tiene ese deber por dos razones íntimamente conectadas: a) En último análisis, la decisión debe basarse en algún artículo de fe moral, y en una democracia este tipo de problema, más que ningún otro, debe ser resuelto de acuerdo con los principios democráticos. b) Después de todo, la que actúa cuando se traen a colación las amenazas y sanciones del derecho penal es la comunidad. Es ella la que debe asumir la responsabilidad moral y, por consiguiente, debe actuar de acuerdo con sus propias luces; es decir, basándose en la convicción moral de sus miembros.

Este es, tal como yo lo entiendo, el segundo argumento de *lord Devlin*. Es complejo, y casi cada uno de sus componentes invita al análisis y al cuestionamiento. Algunos lectores disientirán de su supuesto central: que un cambio en sus instituciones sociales es el tipo de daño contra el cual una sociedad está autorizada para protegerse. Otros, que no asuman esta posición fuerte (quizá porque aprueban las leyes que están pensadas para proteger las instituciones económicas), sentirán sin embargo que la sociedad no tiene derecho a actuar, por más inmoral que sea la práctica, a menos que el daño que amenaza a una institución sea demostrable e inminente, no simplemente conjetural. También estarán los que cuestionen la tesis de que la moralidad o inmoralidad de un acto deba contar siquiera para determinar si se lo considera delictivo (aunque indudablemente admitirían que de hecho cuenta en la práctica actual), y otros argumentarán a su vez que incluso en una democracia los legisladores tienen el deber de decidir por sí mismos las cuestiones morales y no deben delegar tales problemas en la comunidad. No me propongo ahora defender ni atacar ninguna de estas posiciones. Quiero, en cambio, considerar si las conclusiones de *lord Devlin* son válidas en sus propios términos, es decir,

sobre el supuesto de que la sociedad tiene el derecho de proteger sus instituciones sociales más importantes y valoradas contra conductas que la gran mayoría de sus miembros desaprueban basándose en principios morales.

He de sostener que sus conclusiones no son válidas, ni siquiera en estos términos, porque *lord* Devlin interpreta erróneamente lo que es desaprobación basándose en principios morales. Podría decir una palabra de advertencia sobre el argumento que quiero presentar y que consistirá en parte en poner de manifiesto que ciertos tipos de lenguaje moral (por ejemplo, términos como «prejuicio» y «posición moral») tienen un uso estándar en la discusión moral. Mi propósito no es zanjar cuestiones de moralidad política basándome en la autoridad de un diccionario, sino mostrar lo que yo considero errores en la sociología moral de *lord* Devlin. Intentaré demostrar que nuestras prácticas morales convencionales son más complejas y están más estructuradas de lo que él supone y que, por consiguiente, Devlin interpreta mal lo que quiere decir que el derecho penal debe ser extraído de la moralidad pública. Se trata de una tesis popular y atractiva, muy próxima al núcleo no sólo de la teoría de *lord* Devlin, sino al de muchas otras relacionadas con el derecho y la moral. Y es importantísimo que se entiendan sus implicaciones.

EL CONCEPTO DE UNA POSICIÓN MORAL

Podríamos partir del hecho de que en nuestra moralidad convencional, expresiones como «posición moral» y «convicción moral» funcionan no solamente como términos de descripción, sino también de justificación y de crítica. Es verdad que a veces hablamos de la «moral» o «moralidad» o de las «creencias morales» o «posiciones morales» o «convicciones morales» de un grupo, en un sentido que podríamos llamar antropológico, con la intención de referirnos a cualesquiera actitudes que exhiba el grupo sobre la corrección de la conducta, las cualidades o los objetivos humanos. En este sentido decimos que la moralidad de la Alemania nazi se basaba en el prejuicio, o que era irracional. Pero también usamos algunas de estas expresiones, especialmente «posición moral» y «convicción moral», en un sentido discriminatorio, para contrastar las posiciones que ellas describen con prejuicios, con racionalizaciones, cuestiones de aversión o gusto personal, acti-

tudes arbitrarias y cosas semejantes. Uno de los usos —tal vez el más característico— de ese sentido discriminatorio es ofrecer una especie de justificación, limitada pero importante, de un acto, cuando las cuestiones morales que éste plantea son dudosas o discutibles.

Supongamos que yo diga que me propongo votar en contra de un hombre, candidato a un cargo público de confianza, porque sé que es homosexual y creo que la homosexualidad es profundamente inmoral. Si el lector está en desacuerdo con que la homosexualidad sea inmoral, puede acusarme de estar a punto de emitir un voto injusto, motivado por el prejuicio o por una repugnancia personal que carece de toda relación con el problema moral. Yo podría entonces tratar de convertirlo a mi posición con respecto a la homosexualidad, pero si no lo consigo, querré igualmente convencer al lector de lo que tanto él como yo consideramos un punto diferente; es decir, que mi voto se basaba en *una* posición moral, en el sentido discriminatorio, aun cuando sea una posición que difiere de la suya. Querré persuadirlo de ello porque si lo consigo, tengo derecho a esperar que el lector modificará su opinión sobre mí y sobre lo que me dispongo a hacer. El juicio que haga de mi carácter será diferente; quizá siga pensando que soy excéntrico (o puritano, o poco mundano), pero ésos son tipos de carácter y no fallos de carácter. También en otro aspecto será diferente el juicio que haga de mi carácter: admitirá que, en cuanto me atengo a mi posición moral, tengo el derecho moral de votar en contra del homosexual, porque tengo el derecho (más aún, el deber) de votar mis propias convicciones. Pero no admitiría semejante derecho (o deber) si estuviera aún persuadido de que yo estaba actuando por prejuicio por gusto personal.

Tengo derecho a esperar que la opinión del lector se modifique de esas maneras porque tales distinciones son parte de la moralidad convencional que él y yo compartimos, y que constituye el marco de nuestra discusión. Son las que establecen e imponen la diferencia entre posiciones que debemos respetar, aun cuando las consideremos equivocadas, y posiciones que no es necesario respetar porque ofenden alguna regla o razonamiento moral básico. Buena parte del debate referente a problemas morales (en la vida real, aunque no en los textos filosóficos) consiste en sostener que tal o cual posición cae de uno o del otro lado de esta línea decisiva.

Es este rasgo de la moralidad convencional el que fundamenta el argumento de *lord* Devlin según el cual la sociedad

tiene derecho a seguir sus propias luces. Debemos, por consiguiente, examinar con más atención dicho concepto discriminatorio de una posición moral, y podemos hacerlo prosiguiendo nuestra conversación imaginaria. ¿Qué debo hacer para convencer al lector de que mi posición es una posición moral?

a) Debo presentar alguna razón que la fundamente, lo cual no quiere decir que haya de expresar con claridad un principio moral al que me ajusto o una teoría moral general que suscribo. Éstas son cosas que muy poca gente puede hacer, y la capacidad de atenerse a una posición moral no se limita a los que pueden. No es en modo alguno necesario que mi razón sea un principio o una teoría; basta con que señale algún aspecto o rasgo de la homosexualidad que me lleve a considerarla inmoral: el hecho de que la Biblia la prohíba, por ejemplo, o de que quien practica la homosexualidad llega a no ser apto para el matrimonio y la paternidad. Es claro que cualquier razón tal presupondría que acepto algún principio o teoría general, pero no es necesario que yo sea capaz de enunciarla, ni siquiera que me dé cuenta de que me estoy basando en ella.

Sin embargo, no me servirá cualquier razón que pueda dar; algunas quedarán excluidas por los criterios generales que estipulan los tipos de razones que no cuentan. Podemos tomar nota de cuatro de tales criterios, los más importantes:

i) Si yo afirmo que los homosexuales son moralmente inferiores porque no tienen deseos heterosexuales, y por ende no son «verdaderos hombres», el lector rechazará esa razón como exponente de un tipo de prejuicio. Los prejuicios, en general, son posturas de juicio que tienen en cuenta consideraciones que nuestras convenciones excluyen. En un contexto estructurado, como un proceso o un concurso, las reglas fundamentales excluyen todas las consideraciones, salvo algunas determinadas, y un prejuicio es una base de juicio que viola estas reglas. Nuestras convenciones estipulan algunas normas básicas del juicio moral que son válidas incluso aparte de tales conceptos especiales, y la más importante de ellas es que no se ha de considerar moralmente inferior a un hombre sobre la base de alguna característica física, racial o de otro orden que él no puede dejar de tener. Así, de un hombre cuyos juicios morales sobre los judíos, los negros, los sureños [en los EE.UU.], las mujeres o los afeminados se basen en su convicción de que cualquier miembro de estas clases es automáticamente menos digno de respeto,

sin tener en cuenta nada que él o ella haya hecho, decimos que tiene prejuicios en contra de ese grupo.

ii) Si baso mi opinión sobre los homosexuales en una reacción emocional personal («me enferman»), el lector rechazaría también esa reacción. Distinguimos las posiciones morales de las reacciones emocionales, no porque supongamos que las posiciones morales son desapasionadas o no están teñidas de emoción —más bien, lo contrario es la verdad—, sino porque se supone que la posición moral justifica la reacción emocional, pero no a la inversa. Si un hombre es incapaz de presentar tales razones, no negamos el hecho de su compromiso emocional, que puede tener importantes consecuencias sociales o políticas, pero no tomamos tal compromiso como demostración de su convicción moral. De hecho, es precisamente este tipo de posición —una intensa reacción emocional, que quien la experimenta no puede justificar, ante una práctica o una situación— lo que comúnmente llamamos una obsesión o una fobia.

iii) Si baso mi posición en una proposición de hecho («los actos homosexuales debilitan físicamente») que no sólo es falsa, sino tan poco plausible que cuestiona las normas mínimas de verificación y discusión que yo mismo generalmente acepto y exijo de los demás, el lector consideraría mi creencia, aunque fuese sincera, como una forma de racionalización, y sobre esa base descalificaría la razón que ofrezco. (El de racionalización es un concepto complejo que incluye también, como veremos, la presentación de razones que sugieren teorías generales que no acepto.)

iv) Si sólo puedo defender mi posición citando creencias ajenas («todo el mundo sabe que la homosexualidad es pecado»), el lector llegaría a la conclusión de que estoy hablando como un loro y no basándome en una convicción moral propia. Con la posible (aunque compleja) excepción de una divinidad, no hay autoridad moral a la cual pueda apelar de manera que automáticamente mi posición se convierta en posición moral. Debo tener mis propias razones, aunque ciertamente, es posible que tales razones me hayan sido enseñadas.

Es indudable que muchos lectores estarán en desacuerdo con estos bosquejos de lo que es el prejuicio, la mera reacción emocional, la racionalización y la repetición mecánica, y que algunos tendrán su propia teoría sobre lo que son tales cosas. Ahora solamente quiero insistir en que se trata de conceptos distintos, sean cuales fueren los detalles de las

diferencias, y de que les corresponde un papel en la decisión de si la posición que alguien asume ha de ser tratada como una convicción moral; no son simples epítetos que podemos adjudicar a las posiciones que nos disgustan fuertemente.

b) Supongamos que efectivamente doy una razón que no se puede descalificar por ninguna de las razones citadas u otras similares. Una razón así habrá de presuponer algún principio o teoría moral general, aun cuando yo no sea capaz de enunciarlo ni lo tenga presente cuando hablo. Si como razón ofrezco el hecho de que la Biblia prohíbe los actos homosexuales o digo que éstos disminuyen la probabilidad de que quien los comete se case y tenga hijos, sugiero que acepto la teoría que presupone mi razón, y el lector no admitirá que la mía es una posición moral si cree que no es así. Puede ser cuestión de mi sinceridad, de si realmente creo que los mandatos de la Biblia crean una obligación moral, o que todos los hombres tengan el deber de procrear. Sin embargo, no es la sinceridad lo único que está en cuestión, sino también la congruencia. Yo puedo creer que acepto una de estas posiciones generales y estar equivocado, porque mis otras creencias, y mi conducta en otras ocasiones, pueden ser incongruentes con ella. Es posible que rechace ciertos mandatos bíblicos o que sostenga que los hombres tienen derecho a quedarse solteros si así les place, o a usar anti-conceptivos durante toda su vida.

Por supuesto, es posible que mis posiciones morales tengan restricciones y excepciones. La diferencia entre una excepción y una incongruencia es que la primera puede fundamentarse en razones que presuponen otras posiciones morales que puedo sostener sin desmedro. Supongamos que basándome en la autoridad bíblica condeno a todos los homosexuales, pero no a todos los que fornican. ¿Qué razón puedo dar para la distinción? Si no puedo presentar ninguna que la fundamente, no puedo sostener que acepto la posición general sobre la autoridad bíblica. Si efectivamente presento una razón que parezca apoyar la distinción, sobre esa razón se puede plantear el mismo tipo de cuestión que sobre mi respuesta original. ¿Qué posición general presupone la razón de mi excepción? ¿Puedo afirmar sinceramente que acepto esa ulterior posición general? Supongamos, por ejemplo, que mi razón es que actualmente la fornicación es muy común y está sancionada por el uso. ¿Creo, realmente, que lo que es inmoral llega a ser moral cuando se populariza? Si no lo creo, y si no puedo dar otra razón para la distinción, no pue-

do afirmar que acepto la posición general de que lo que la Biblia condena es inmoral. Por cierto, es posible que cuando me lo señalen, me deje persuadir de que cambie mis opiniones sobre la fornicación. Pero el lector estaría muy atento a la cuestión de si se trata de un cambio auténtico o únicamente de una actuación destinada a ganar la discusión.

En principio, no hay límite para estas ramificaciones de mi declaración original, aunque naturalmente, en los hechos no es probable que ninguna discusión se extienda por muchas de ellas.

c) Pero, ¿tengo realmente que tener una razón que haga de mi posición un asunto de convicción moral? La mayoría de los hombres piensan que los actos que causan sufrimiento innecesario o rompen una promesa seria sin excusas, son inmorales, y sin embargo no podrían dar razón alguna para tal creencia. Sienten que no es necesaria una razón, porque dan como axiomático o evidente de suyo que esos actos son inmorales. Parece contrario al sentido común negar que una posición de esta manera mantenida pueda ser una posición moral.

Sin embargo, hay una diferencia importante entre creer que la propia posición sea de suyo evidente y, simplemente, no tener ninguna razón para fundamentarla. Lo primero presupone una creencia positiva en que no son necesarias razones ulteriores, en que la inmoralidad del acto en cuestión no depende de sus efectos sociales, ni de sus efectos sobre el carácter del actor, ni de que haya sido prohibido por alguna deidad ni de ninguna otra cosa, sino que se sigue de la naturaleza del acto mismo. Dicho de otra manera, la afirmación de que una determinada posición es axiomática proporciona efectivamente una razón especial, a saber, que el acto es inmoral en sí mismo y por sí mismo, y esa razón especial puede ser, como las otras que consideramos, incongruente con otras teorías más generales que mantengo.

Los argumentos morales que formulamos no sólo presuponen principios morales, sino también posiciones más abstractas sobre el razonamiento moral. En particular, presuponen posiciones sobre las clases de actos que pueden ser inmorales en y por sí mismos. Cuando critico las opiniones morales del lector, o intento justificar mi propia indiferencia hacia las reglas morales tradicionales que considero tontas, lo haré, probablemente, negando que el acto en cuestión tenga ninguno de los varios rasgos que pueden hacer inmoral un acto: que no implique ruptura de una promesa u obliga-

ción, por ejemplo, que no dañe a nadie —incluido el actor—, que no esté proscrito por ninguna religión organizada y que no sea ilegal. Procedo de esta manera porque supongo que los fundamentos últimos de la inmoralidad se limitan a un conjunto muy pequeño de estándares muy generales. Puedo afirmar directamente este supuesto o puedo derivarlo de la forma de mi argumento. En cualquiera de los dos casos, lo haré valer llamando *arbitrarias* a las posiciones que no pueden reclamar apoyo alguno de ninguno de tales estándares fundamentales, como haría, ciertamente, si el lector dijera que la fotografía —o la natación, para el caso— es inmoral. Aun cuando no pudiera expresar con claridad este supuesto subyacente, lo aplicaría, y dado que los criterios fundamentales que reconozco se cuentan entre mis estándares morales más abstractos, no han de diverger mucho de los que reconocen y aplican mis prójimos. Aunque muchas personas que desprecian a los homosexuales son incapaces de decir por qué, son pocas las que afirmarían que no es necesaria una razón para fundamentarlo, porque ello haría que su posición, juzgada según sus propios estándares, fuese arbitraria.

d) Sería factible llevar más lejos esta anatomía de nuestro argumento, pero ya nos hemos extendido en ella lo bastante como para justificar algunas conclusiones. Si el problema que se plantea entre nosotros es si mis puntos de vista sobre la homosexualidad constituyen o no una posición moral, y por ende, si sobre esa base tengo derecho a votar en contra de un homosexual, no puedo zanjar la cuestión simplemente hablando de mis sentimientos. El lector querrá considerar las razones que puedo aducir en apoyo de mi creencia, y saber si el resto de mis opiniones, y mi comportamiento, son congruentes con las teorías que tales razones presuponen. Tendrá, por cierto, que aplicar su propio entendimiento —que en cuestiones de detalle puede diferir del mío— de lo que es, por ejemplo, un prejuicio o una racionalización, y de cuándo una opinión es incongruente con otra. Es posible que ambos terminemos discrepando respecto de si la mía es una posición moral, debido en parte a tales diferencias de entendimiento, y en parte a que es menos probable reconocer estas razones ilegítimas en uno mismo que en los otros.

Debemos evitar la falacia escéptica de pasar desde estos hechos a la conclusión de que no hay nada que se pueda considerar prejuicio, racionalización o incongruencia, o de que estos términos significan simplemente que a quien los usa

les disgustan intensamente las posiciones que de tal manera califica. Eso equivaldría a sostener que, como diferentes personas entienden de manera diferente lo que son los celos, y de buena fe pueden estar en desacuerdo cuando se trata de considerar celoso a alguien, los celos no existen, y que quien dice de alguien más que es celoso, quiere decir simplemente que esa persona le disgusta mucho.

LA MORALIDAD DE LORD DEVLIN

Podemos volver ahora al segundo argumento de *lord* Devlin, quien sostiene que cuando los legisladores deben decidir una cuestión moral (como, según su hipótesis, deben hacerlo cuando una práctica pone en peligro un orden social valorado positivamente), deben ajustarse a cualquier consenso de posición moral que haya alcanzado la comunidad como tal, porque eso es lo que exige el principio democrático, y porque una comunidad está autorizada para seguir sus propias luces. El argumento tendría cierta verosimilitud si, al hablar del consenso moral de la comunidad, *lord* Devlin aludiese a aquellas posiciones que son posiciones morales en el sentido discriminatorio que hemos venido estudiando.

Pero él no alude a nada semejante. Su definición de lo que es una posición moral muestra que usa la expresión en el sentido que he llamado antropológico. Del hombre común cuya opinión debemos imponer, dice, «...no se espera que razone sobre nada, y su juicio puede ser en gran medida cuestión de sentimiento».¹⁸ «Si el hombre razonable cree», agrega, «que una práctica es inmoral, y cree también —sin que importe que la creencia sea correcta o errónea, con tal de que sea sincera y desapasionada— que ningún miembro decente de su sociedad podría pensar de otra manera, entonces, por lo que toca al derecho, [la práctica] es inmoral».¹⁹ En otro pasaje cita con beneplácito a Dean Rostow, quien le atribuye la opinión de que «en cualquier momento, la moralidad común de una sociedad es una mezcla de costumbre y convicción, de razón y sentimiento, de experiencia y prejuicio».²⁰ Su sentido de lo que es una convicción moral se expresa con la mayor claridad en su famosa observación sobre los homosexuales. Si el hombre ordinario considera la homosexualidad «como un vicio tan abominable que su sola presencia es una ofensa»,²¹ ello demuestra, para él, que

los sentimientos del hombre ordinario sobre los homosexuales son asunto de convicción moral.²²

Sus conclusiones fracasan porque dependen del uso [del concepto de] «posición moral» en este sentido antropológico. Aunque sea verdad que la mayoría de los hombres creen que la homosexualidad es un vicio abominable y no pueden tolerar su presencia, sigue siendo posible que esta opinión común sea un compuesto de prejuicio (basado sobre el supuesto de que los homosexuales son seres moralmente inferiores porque son afeminados), racionalización (basada sobre supuestos de hecho tan faltos de fundamento que cuestionan los propios estándares comunitarios de moralidad) y aversión personal (que no representa convicción alguna, sino que es simplemente un odio ciego que surge de una no reconocida desconfianza de sí mismos). Es igualmente posible que el hombre común no pueda dar razón de su opinión, sino que simplemente copie la opinión de su prójimo, que a su vez copia la de él, o que ofrezca una razón que presupone una posición moral general que él no podría afirmar, con ningún grado de sinceridad o de coherencia, como suya. En ese caso, los principios democráticos que seguimos no requieren que se imponga el consenso, porque la creencia en que los prejuicios, las aversiones personales y las racionalizaciones no justifican la restricción de la libertad ajena ocupa, por derecho propio, un lugar fundamental y crítico en nuestra moralidad popular. Tampoco la masa de la comunidad estaría entonces autorizada a seguir sus propias luces, pues la comunidad no extiende ese privilegio a quien actúa sobre la base del prejuicio, la racionalización o la aversión personal. De hecho, la distinción entre todo esto y las convicciones morales, en el sentido discriminatorio, se establece en buena medida para excluir a las primeras como [ejemplos del] tipo de posiciones que no se tiene derecho a adoptar.

Un legislador escrupuloso a quien se diga que existe un consenso moral debe verificar las credenciales de tal consenso. Por supuesto que no puede examinar las creencias ni el comportamiento de los ciudadanos en cuanto individuos, ni prestar atención al ciudadano medio.* No se trata de eso.

La afirmación de la existencia de un consenso moral no se basa en una encuesta, sino en una apelación a la sensación

* En el original, "al viajero del autobús de Clapham". El hombre de Clapham es el ciudadano medio británico. Clapham Junction, uno de los centros ferroviarios más importantes de Londres, es a la vez uno de los barrios que se caracteriza por su radicalismo liberal. (N. de T.)

que tiene el legislador de cómo reacciona su comunidad ante alguna práctica desfavorecida. Pero en esta misma sensación se integra la percepción de los fundamentos en que se basa generalmente esa reacción. Si ha habido un debate público con participación de editorialistas de los periódicos, discursos de sus colegas, el testimonio de grupos interesados y su propia colaboración, todo esto aguzará la conciencia que tenga el legislador de cuáles son los argumentos y las posiciones en juego. Tales argumentos y posiciones son lo que debe tamizar, intentando determinar cuáles son prejuicios o racionalizaciones, cuáles presuponen principios o teorías generales de los que no se podría suponer que fuesen aceptados por gran parte de la población, y así sucesivamente. Puede suceder que cuando haya terminado este proceso de reflexión encuentre que no ha quedado demostrada la afirmación de un consenso moral. No lo estaría —espero— en el caso de la homosexualidad, y eso es lo que hace que la suposición indiscriminada de *lord* Devlin sea un error tan grave. Lo escandaloso y erróneo no es su idea de que la moralidad comunitaria cuente, sino su idea de qué es lo que cuenta como moralidad comunitaria.

Claro que el legislador debe aplicar por sí mismo estas piedras de toque. Si comparte los puntos de vista populares, es menos probable que los encuentre deficientes, aunque el ejercicio de la autocritica puede convertirlo. Su respuesta, en todo caso, dependerá de cómo él mismo entienda lo que exige la moralidad que compartimos. Cosa inevitable, ya que cualquier criterio que le instemos a aplicar, sólo podrá aplicarlo tal como él lo entiende.

Un legislador que procede de esta manera, que se niega a confundir la indignación popular, la intolerancia y la repugnancia con la convicción moral de su comunidad, no es reo de «elitismo» moral. No está, simplemente, contraponiendo sus propios puntos de vista educados a los de un gran público que los rechaza. Está haciendo todo lo posible por imponer una parte distinta y fundamentalmente importante de la moralidad de su comunidad, un consenso que es más esencial para la existencia de la sociedad tal como la conocemos que la opinión que le quiere hacer seguir *lord* Devlin.

Ningún legislador puede permitirse el lujo de ignorar la indignación pública, que es un hecho que debe reconocer, que establecerá los límites de lo que es políticamente factible y determinará las estrategias de persuasión y de imposición que cabe usar dentro de tales límites. Pero no debemos con-

fundir estrategia con justicia, ni los hechos de la vida pública con los principios de la moralidad política. *Lord Devlin* entiende estas distinciones, pero me temo que sus argumentos tengan mayor atractivo para quienes no las entienden.

OBSERVACIÓN ADICIONAL SOBRE LA PORNOGRAFÍA

He hablado de la homosexualidad porque es el ejemplo de *lord Devlin*, pero me gustaría agregar unas palabras sobre la pornografía, aunque sólo sea porque, en la época de la preocupación británica por las teorías de *lord Devlin*, era un tema que en los titulares norteamericanos sobre asuntos legales ocupaba más espacio que la homosexualidad. La Suprema Corte acababa de decidir tres casos importantes: *Ginzburg*, *Mishkin* y *Fanny Hill*.²³ En dos de ellos se confirmaron condenas (y sentencias de encarcelamiento) por distribución de pornografía, y en el tercero, por más que la Corte rechazó la prohibición estatal de una novela supuestamente obscena, tres jueces discreparon del veredicto.

En dos de los casos estaba en juego una revisión de los procedimientos estatales de constitucionalidad, y en el tercero, la interpretación y aplicación de una ley federal. Por consiguiente, la Corte tenía que decidir sobre la cuestión constitucional de hasta qué punto un estado [de los EE.UU.] o la nación puede restringir legalmente la publicación de literatura erótica, y también sobre cuestiones de procedimiento legales. Pero sin embargo, cada decisión planteaba problemas de principios políticos en el estilo de los que hemos venido considerando.

La mayoría de la Corte apoyó la prueba constitucional establecida algunos años atrás por *Roth*.²⁴ Según esa prueba, un libro es obsceno —y, como tal, no está protegido por la primera enmienda— si: «a) el tema dominante del material, tomado en su totalidad, apela a un interés salaz por lo sexual; b) el material es manifiestamente ofensivo porque afrenta los estándares comunitarios actuales relacionados con la descripción o representación de temas sexuales; y c) el material carece totalmente de todo valor social que lo redima».²⁵ Podríamos plantear de la siguiente manera la cuestión política de principio: ¿Qué es lo que da al gobierno federal, o al de cualquier estado, el derecho moral de prohibir la publicación de libros que según la prueba de *Roth* son obscenos?

La opinión del juez *Brennan* en el caso *Mishkin* consti-

tuye una respuesta: la literatura erótica, dice el juez, incita a algunos lectores al crimen. Si tal cosa es verdad, si en un número significativo de tales casos los mismos lectores no habrían sido incitados al mismo crimen por otros estímulos y si el problema no puede ser eficazmente resuelto de otras maneras, eso podría autorizar a la sociedad a prohibir esos libros. Pero éstas son en el mejor de los casos hipótesis o conjeturas, y de todas maneras, inaplicables al caso *Ginzburg*, en el cual la Corte basó su decisión, no en el carácter obsceno de las publicaciones, sino en el hecho de que fueron presentadas al público como material salaz, y no esclarecedor. ¿Puede darse alguna otra justificación para la prohibición de libros obscenos?

Se podría ofrecer un argumento semejante al segundo que presenta *lord Devlin*, y muchos de los que consideran que la sociedad tiene derecho a proscribir la pornografía se apoyan, de hecho, en un argumento así, que podría asumir la siguiente forma:

1) Si permitimos que los libros obscenos se vendan libremente, que sean entregados, por así decirlo, con la leche por las mañanas, todo el «tono» de la comunidad terminaría por cambiar. Lo que actualmente se considera vulgar y sucio en el hablar y el vestir, y en el comportamiento público, llegaría a ser aceptable. Un público que pudiera disfrutar legalmente de la pornografía no tardaría en dejar de aceptar cualquier material más «blando», y todas las formas de cultura popular se aproximarían inevitablemente a la salacidad. Ya hemos visto cómo operan estas fuerzas; el mismo aflojamiento en nuestras actitudes jurídicas que permitió la publicación de libros como *Trópico de Cáncer* ha ejercido ya su efecto sobre lo que encontramos en las películas y en las revistas, en la playa y en las calles de la ciudad. Quizá debamos pagar ese precio por lo que muchos críticos consideran razonablemente obras de arte, pero no es necesario que paguemos un precio que sería mucho mayor por [una serie de] basuras fabricadas en masa sin otro objetivo que el lucro.

2) No es respuesta suficiente decir que las prácticas sociales no cambiarán a menos que la mayoría participe con buena disposición en el cambio. La corrupción social opera a través de los medios de comunicación de masas, y de fuerzas que trascienden el control popular y, de hecho, el control de cualquier designio consciente. Ciertamente, la pornografía atrae al mismo tiempo que rechaza, y alcanzado cierto punto en el deterioro de los estándares comunitarios, la ma-

yoría no se opondrá a la acentuación de tal deterioro, pero eso es signo del éxito de la corrupción, no prueba de que la corrupción no ha existido. Es precisamente esa posibilidad la que plantea el imperativo de imponer nuestros estándares mientras todavía los tenemos. Éste es un ejemplo —y no es el único— de nuestro deseo de que el derecho nos proteja de nosotros mismos.

3) La proscripción de la pornografía recorta la libertad de los autores, editores y presuntos lectores. Pero si lo que éstos quieren hacer es inmoral, tenemos derecho a protegerlos a ese coste. Se nos plantea un problema moral; ¿se tiene el derecho moral de publicar o de leer pornografía «dura», que no puede reclamar para sí virtud o valor alguno, aparte de su efecto erótico? Es un problema moral que no se ha de resolver autoritariamente, ni por [obra de] autodesignados tutores éticos, sino sometiéndose al criterio público. Actualmente, el público cree que la pornografía dura es inmoral, que quienes la producen son rufianes y que la protección de las costumbres sexuales de la sociedad, y de otras con ellas vinculadas, es lo bastante importante como para justificar que se restrinja su libertad.

Pero seguramente para este argumento, sea lo que fuere lo que se piense de él, es decisivo que el consenso que se describe en la última proposición sea un consenso de convicción moral. Si resultara que el disgusto del hombre común por la pornografía es cuestión de gusto, o es una posición arbitraria, el argumento fallaría porque ninguna de ellas es razón satisfactoria para recortar la libertad.

A muchos lectores les parecerá paradójico que se plantee siquiera la cuestión de si las opiniones del hombre medio sobre la pornografía son convicciones morales. Para la mayoría de la gente, el núcleo de la moralidad es un código sexual, y si los puntos de vista que el hombre ordinario tiene sobre la fornicación, el adulterio, el sadismo, el exhibicionismo y los demás motivos esenciales de la pornografía no son posiciones morales, es difícil que alguna otra de las creencias que puede tener lo sea. Pero escribir o leer sobre estas prácticas no es lo mismo que incurrir en ellas, y uno puede dar razones para condenar las prácticas (que causan sufrimiento o que son sacrílegas o humillantes o que alteran el orden público), que no se extienden a la actividad de producir ni de saborear fantasías referentes a ellas.

Quienes aducen que hay un consenso de convicción moral

sobre la pornografía deben probar que tal cosa existe. Deben presentar razones o argumentos morales que el hombre de la calle pueda aceptar sincera y coherentemente de la manera que hemos descrito. Quizá tal cosa se pueda hacer, pero no se la puede sustituir simplemente por la comprobación de que el hombre ordinario —desde la tribuna de los jurados o desde fuera de ella— reprueba con indignación todo este asunto.

LIBERTAD Y LIBERALISMO

El famoso ensayo de John Stuart Mill *On Liberty* ha servido mejor, en términos generales, a los conservadores que a los liberales. Desde Fitzjames Stephen a Wilmore Kendall y lord Devlin, los críticos del liberalismo se han complacido en citar el ensayo como la defensa filosófica más convincente de esa teoría; después, al señalar los defectos de su argumentación, sostienen que el liberalismo es imperfecto. En *Liberty and Liberalism: The Case of John Stuart Mill*, Gertrude Himmelfarb usa de la misma manera el ensayo, pero con una diferencia: no ataca los argumentos de Mill, sino que argumenta *ad hominem* contra el propio autor. Dice que el propio Mill condena, en otros escritos suyos, las premisas filosóficas sobre las cuales se alza *On Liberty*. Friedrich Hayek observó lo mismo hace años, y Himmelfarb también lo señaló en su edición de los ensayos de Mill en 1962. Ahora, en su libro, documenta detalladamente su posición.

Si, como ella cree, *On Liberty* contradice todo lo que Mill escribió antes o después de este ensayo, es necesario explicar por qué, en ese ensayo, dedicó tanto tiempo y esfuerzo a su propia refutación. La autora halla la respuesta en su larga asociación con Harriet Taylor, que había llegado a casarse con él mientras escribía este ensayo, aunque murió antes de que fuera publicado. Mill le dedicó *On Liberty* en términos exagerados, diciendo que las ideas de ella habían inspirado el ensayo y que su mujer había sido una activa colaboradora en el largo proceso de revisarlo y pulirlo. Himmelfarb sostiene que eso es decir poco; que Harriet Taylor era a tal punto el elemento dominante de la pareja que pudo arrastrar a su marido a posiciones intelectuales que no eran las suyas. Piensa también que la ofensa de Taylor, que originó el ensayo, fue provocada por la sumisión jurídica y social de las mujeres en la Inglaterra victoriana, un tema que en el

ensayo apenas si se menciona, pero [motivo] de gran preocupación para Harriet Taylor.

Pero el único argumento de Himmelfarb en favor de la hipótesis de que su mujer se impuso intelectualmente a Mill es que no se puede hallar ninguna otra explicación para la incongruencia de su pensamiento. No hay pruebas directas, ya sea internas o externas, al ensayo. Himmelfarb afirma que la falta de pruebas internas sólo demuestra hasta qué punto fue íntima la colaboración, y explica la ausencia de pruebas externas señalando que los Mill vivieron aislados de todos sus amigos durante la época en que se escribió el ensayo. Si en realidad no hay una auténtica incongruencia entre *On Liberty* y las demás obras de Mill, entonces no queda nada que pruebe la interesante conjetura de Himmelfarb.

El argumento en que presenta la supuesta incongruencia es el siguiente. Mill no sólo analizó la libertad en el famoso ensayo, sino en muchos libros y artículos, entre ellos su autobiografía, su ensayo inicial «The Spirit of the Age», su famoso ensayo sobre Coleridge y su gran obra sobre el utilitarismo. En estas otras obras defiende tanto la complejidad como el historicismo en la teoría política. Condena a Bentham, el fundador del utilitarismo, por reducir la psicología social y la teoría política a simples axiomas. Presenta una teoría pesimista de la naturaleza humana, subraya el valor de las restricciones culturales e históricas al egotismo e insiste en el rol del estado en lo que se refiere a educar a sus ciudadanos apartándolos de los apetitos individuales para llevarlos hacia una conciencia social.

Pero, en opinión de Himmelfarb, *On Liberty* contradice cada una de estas proposiciones. Comienza por afirmar

un principio muy simple, al que corresponde regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en cuanto se refiere a compulsión y control. ... Tal principio señala que el único objetivo por el cual el hombre, individual o colectivamente, está autorizado para interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la autoprotección. Que el único propósito con vistas al cual se puede ejercer de derecho el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es impedir que se dañe a otros. Su propio bien, ya sea físico o moral, no es justificación suficiente.

Himmelfarb condena en primer lugar el carácter absoluto de esta aseveración: según ella, Mill traiciona sus propios

puntos de vista al afirmar que «un principio muy simple» puede «regir absolutamente» las complejas conexiones entre sociedad e individuo. Caracteriza después este simple principio como una afirmación «extrema» de la libertad, que se enfrenta con otras reclamaciones o exigencias más características de Mill, como la tradición y la educación. Para ella, *On Liberty* animaba a los individuos a «estimar y cultivar sus deseos, impulsos e inclinaciones personales, a considerarlos la fuente de todo bien, la fuerza que respalda el bienestar individual y social»; fundamentaba una filosofía que «no reconocía objeto superior al individuo ni más digno que él, que hacía del individuo el depositario de la sabiduría y la virtud, y de la libertad del individuo el único objetivo de la política social». Y todo eso lo hacía contraponiéndose a la filosofía que el propio Mill había presentado en otros ensayos, y según la cual los individuos alcanzan la virtud y la excelencia mediante la preocupación por los demás, y no atendiendo sólo a sí mismos.

El argumento de Himmelfarb parte de un error garrafal, del cual no se recupera. Confunde la fuerza de un principio con su alcance. Las teorías benthamianas de la naturaleza humana y de la utilidad, que a Mill le parecían demasiado simples, eran de alcance absoluto. Bentham pensaba que todo acto o decisión humana estaba motivado por algún cálculo o estimación del placer y el dolor, y que toda decisión política debe tomarse basándola en el mismo cálculo, esto es, extremando la importancia del producto neto del simple placer por encima de la del dolor, también cuando se trata de la comunidad como tal.

Pero el principio de Mill es muy limitado en su alcance. Sólo se aplica a aquellas ocasiones relativamente raras en que se pide a un gobierno que prohíba un acto sin ninguna otra razón que su peligrosidad para el actor, como sería conducir una motocicleta sin casco, o basándose en que es ofensivo para los estándares comunitarios de moralidad, como el caso de las prácticas homosexuales, o la publicación o lectura de material pornográfico. Tales decisiones constituyen una parte muy pequeña de la labor administrativa de un gobierno responsable. El principio no dice nada de la forma en que ha de distribuir el gobierno los recursos escasos, como los ingresos, la seguridad o el poder, ni siquiera de cómo ha de decidir cuándo se debe limitar la libertad en aras de algún otro valor. No recomienda al gobierno, por ejemplo, que respete la libertad de conciencia de quienes se resisten al re-

clutamiento, a costa de la eficiencia militar; ni la libertad de protesta a costa de ataques y daños a la propiedad, o la libertad del usuario de la tierra pese al perjuicio que causa.

Cuanto más limitado es el alcance de un principio, con más verosimilitud puede decirse que es absoluto. Hasta el filósofo más dado a las sutilezas podría creer, por ejemplo, que siempre está mal que el gobierno insulte gratuitamente a una clase de sus ciudadanos. Mill consideraba también que su principio era lo suficientemente limitado como para ser absoluto, y aunque en esto quizá se haya equivocado, difícilmente se puede decir que el hecho de que así pensara se deba a simpleza o fanatismo.

La confusión de Himmelfarb entre el alcance y la fuerza del principio de Mill es responsable del curioso argumento que presenta en la última parte de su libro. En los últimos años, dice Himmelfarb, los liberales han llevado ese principio a su extremo lógico, con resultados que demuestran que no han aprendido aún que «la libertad absoluta puede corromper absolutamente» y que «un populacho que no puede respetar los principios de prudencia y de moderación se conducirá inevitablemente de manera tan imprudente y tan inmoderada que violará todos los demás principios, incluyendo el principios de libertad». Pero el resumen que ella misma ofrece no hace pensar en ninguna relación entre Mill y ningún tumulto social. Himmelfarb dice, por ejemplo, que la «contracultura» radical celebra la espontaneidad, y sostiene que, por consiguiente, la contracultura es hija de Mill, pero admite que su lenguaje subraya más la comunidad que la individualidad. Podría haber agregado que los proponentes de la contracultura han mostrado especial desprecio hacia el liberalismo en general, y hacia Mill en particular, y han preferido, con mucho, a autores como Marcuse, con cuya hostilidad hacia *On Liberty* simpatizan.

Las otras pruebas de corrupción social que da Himmelfarb se limitan a ejemplos comunes explícitamente sexuales. Es verdad que se han suavizado las leyes que castigan la homosexualidad, que en algunas ciudades [de EE.UU.] se dio *Deep Throat* sin cortes y que en la playa se ven más bañistas desnudos que antes. Pero ésas no son amenazas a ningún principio de justicia. Los auténticos daños a la libertad que hemos sufrido, como la negativa de Harvard y la incapacidad de Yale para que se permitiera hablar al profesor Shockley, no hacen pensar que se haya prestado demasiada atención a Mill, sino demasiado poca.

Himmelfarb cree que estos cambios en la moral sexual son anticipos o síntomas de un desorden y una anarquía social más generalizados. Piensa que Mill introdujo una nueva y apasionada *idea* de libertad; que su propia distinción entre decisiones que lo afectan a uno mismo y decisiones que afectan a otros fue simplemente una línea arbitraria e ilógica que trazó Mill para contener esa idea corrosiva; que como esa línea no puede mantenerse, la idea debe expandirse rápidamente creando violencia y anarquía, provocando la corrupción absoluta que la libertad absoluta garantiza. Solamente la sensación de la autora de que el principio de Mill tiene esa lógica interna y lleva a esa consecuencia inevitable puede explicar la retórica del último tercio del libro.

Pero independientemente de sus otros defectos, la argumentación de Himmelfarb revela un tremendo malentendido en lo que atañe a *On Liberty*; confunde dos conceptos de libertad y se equivoca en la atribución de uno de ellos al ensayo de Mill. No distingue entre la idea de libertad como licencia, esto es, el grado en que una persona está libre de restricción social o jurídica para hacer lo que pueda desear, y libertad como independencia, es decir, el status de una persona como independiente e igual, más bien que como subordinada. Por cierto que estas dos ideas se encuentran estrechamente relacionadas. Si una persona está muy determinada por restricciones sociales y jurídicas, hay por lo menos pruebas fehacientes de que está en una posición políticamente inferior a la de algún grupo que se vale de su poder sobre ella para imponerle esas restricciones. Pero las dos ideas son, sin embargo, diferentes en sentidos muy importantes.

La libertad como licencia es un concepto indiscriminado porque no distingue entre las formas de comportamiento. Toda ley prescriptiva disminuye la libertad como licencia: las leyes buenas, como las que prohíben el asesinato, disminuyen esta libertad de la misma manera, y posiblemente en mayor grado, que las leyes malas, como las que prohíben el discurso político. La cuestión que plantea cualquier ley de éstas no es si ataca la libertad —como efectivamente lo hace—, sino si el ataque se justifica en virtud de algún valor concurrente como la igualdad o la seguridad o la comodidad pública. Si un filósofo social asigna muy alto valor a la libertad como licencia, cabe entender que sostiene que esos otros valores concurrentes tienen un valor relativo inferior. Si, por ejemplo, defiende la libertad de expresión valiéndose de al-

gún argumento general en favor de la licencia, entonces su argumentación apoya también, por lo menos *pro tanto*, la libertad de formar monopolios o de apedrear escaparates de tiendas.

Pero la libertad como independencia no es un concepto indiscriminado en ese sentido. Bien puede ser, por ejemplo, que las leyes contra el asesinato o el monopolio no amenacen la independencia política de los ciudadanos en general, sino que sean necesarias para protegerla. Si un filósofo social asigna un alto valor a la libertad como independencia, no está denigrando necesariamente —ni siquiera de manera relativa— valores como la seguridad o la comodidad. Si defiende la libertad de expresión, por ejemplo, basándose en algún argumento general en favor de la independencia y la igualdad, no está defendiendo automáticamente una mayor licencia cuando no están en juego esos otros valores.

El argumento de Himmelfarb, según el cual la lógica interna del principio de Mill constituye una amenaza de anarquía, da por sentado que el principio promueve la libertad como licencia. En realidad, el principio promueve la idea, más compleja, de la libertad como independencia. Bentham y el padre de Mill, John Mill, pensaban que la independencia política estaría lo suficientemente asegurada por una amplia distribución del derecho a votar y de otras libertades políticas; es decir, por la democracia. Mill veía en la independencia una dimensión más de la igualdad; sostenía que la independencia de un individuo resulta amenazada, no simplemente por un proceso político que le niegue la igualdad de expresión, sino por decisiones políticas que le niegan igualdad de respeto. Las leyes que reconocen y protegen intereses comunes, como las leyes en contra de la violencia y del monopolio, no son insultantes para ninguna clase o individuo; pero las leyes que restringen a un hombre sin otro fundamento que [la afirmación de que] es incompetente para decidir lo que está bien para él, le infligen un profundo insulto. Lo subordinan intelectual y moralmente a los conformistas que forman la mayoría y le niegan la independencia a la cual tiene derecho. Mill insistía en la importancia política de estos conceptos morales de dignidad, personalidad e insulto. Fueron estas ideas complejas, no la idea —más simple— de licencia, lo que él intentó poner al alcance de la teoría política, y usar como parte del vocabulario básico del liberalismo.

Esta distinción entre actos que tienen en consideración al actor y actos que tienen en consideración a otros no era un

compromiso arbitrario entre las exigencias de la licencia y otro valores. Tenía la intención de definir la independencia política, porque señalaba la línea entre la reglamentación cuya connotación era la igualdad de respeto y aquella que la negaba. Esto explica por qué tuvo tales dificultades para establecer la distinción, y por qué en diferentes ocasiones la estableció de diferentes maneras. Mill concedía lo que sus críticos siempre han afirmado tras él: que cualquier acto, por más personal que sea, puede tener importantes efectos sobre los demás. Reconocía, por ejemplo, que si un hombre bebe hasta enfermarse, su acto causará dolor a hombres y mujeres bienintencionados que se afligirán al ver dilapidar una vida humana. La decisión de beber es, sin embargo, una decisión subjetiva, no porque sus consecuencias no sean reales o socialmente importantes, sino porque, como dice Mill, funcionan *a través* de la personalidad del actor. No podríamos suponer que la sociedad tenga derecho a liberarse de la compasión o el remordimiento, sin suponer que tiene derecho a decidir qué clase de personalidad han de tener sus miembros, y este derecho es el que Mill consideraba incompatible con la libertad.

Una vez que se han distinguido estos dos conceptos de libertad, la afirmación de Himmelfarb de que *On Liberty* contradice otros ensayos de Mill, se vuelve insostenible. La autora cita, por ejemplo, el siguiente pasaje de uno de los primeros artículos:

Libertad en su sentido originario, significa libertad de restricción. En este sentido, toda ley y toda norma moral es contraria a la libertad. Un déspota, totalmente emancipado de ambas, es la única persona cuya libertad de acción es completa. Una medida de gobierno, por consiguiente, no es necesariamente mala porque sea contraria a la libertad; y censurarla por esa razón conduce a confusión de ideas.

El sentido «originario» de libertad en que pensaba el joven Mill era, por cierto, el de la libertad en cuanto licencia, y aquí nada contradice la letra ni el espíritu de *On Liberty*. Himmelfarb cita también pasajes del ensayo sobre Coleridge, en el cual, entre las funciones de la educación en una buena sociedad, Mill incluye: «Adiestrar al ser humano en el hábito, y por ende en el poder, de subordinar sus impulsos y objetivos personales a lo que se consideraban los objetivos de la sociedad...». Pero educar a los hombres para que acepten los objetivos de la sociedad es educarlos para que

acepten restricciones a la licencia con el fin de que respeten los intereses de otros, no para que subordinen su propia personalidad cuando no están en juego tales intereses.

La autora cita la aprobación de Mill, en el mismo ensayo, al sentimiento de nacionalidad, es decir, una filosofía pública común, y sugiere que esa clase de nacionalidad se opone a la individualidad de *On Liberty*. Pero en cambio no menciona la condición inmediata de Mill: que «la única forma en que probablemente existirá [ese] sentimiento en lo sucesivo» es un respeto común de los «principios de la libertad individual y la igualdad social, tales como se realicen en instituciones que como tales no existen aún o existen solamente en un estado rudimentario». Tampoco menciona que en el ensayo sobre Coleridge Mill describió la educación y la nacionalidad, no como compromisos con los objetivos de libertad [que se propone el] *philosophe*, sino como las condiciones para que pueda ser alcanzado ese objetivo, es decir, condiciones necesarias para que puedan preservarse el «vigor y la virilidad del carácter». Cada ensayo que menciona Himmelfarb confirma, más bien que contradecirla, la aseveración de *On Liberty* de que la independencia de la personalidad debe ser distinguida de la licencia y de la anarquía, y establecida como una condición especial y precisa de una sociedad justa.

Si así lo hubiera entendido, Himmelfarb no habría repetido la ridícula proposición de que los verdaderos liberales deben respetar tanto la libertad económica como la intelectual, ni habría acusado a Mill, que era socialista, de incongruencia también en este aspecto. La licencia económica y la libertad intelectual sólo pueden estar en un pie de igualdad si libertad significa licencia; si libertad significa independencia, ambas son claramente distinguibles y, en algún momento, incongruentes.

La suprema Corte confundió estas dos ideas, hace décadas, cuando decidió, temporalmente, que si la Constitución protege la libertad, debe proteger la libertad de un empleador para contratar obreros en los términos que él desee. Los conservadores las confunden cuando hablan de «tolerancia» para referirse tanto a la independencia sexual como a la violencia política y dar a entender que la diferencia entre ambas no es más que de grado. Los radicales las confunden cuando identifican liberalismo con capitalismo, y suponen por consiguiente que los derechos individuales son responsables de la injusticia social. Las obras completas de Mill no son la fuente de semejante confusión, sino su antídoto.

¿QUÉ DERECHOS TENEMOS?

1. NO HAY DERECHO A LA LIBERTAD

¿Tenemos derecho a la libertad?¹ Thomas Jefferson creía que sí, y desde su época el derecho a la libertad ha recibido más atención que los derechos concurrentes —que él mencionaba— a la vida y a la persecución de la felicidad. La libertad dio su nombre al movimiento político más influyente del siglo pasado, y muchos de los que ahora desprecian a los liberales se basan, para hacerlo, en el hecho de que no son lo bastante libertarios. Claro que casi todos aceptan que el derecho a la libertad no es el único derecho político, y que por consiguiente las exigencias de libertad deben verse limitadas, por ejemplo, por las retriicciones que protegen la seguridad o la propiedad de otros. Sin embargo, el consenso en favor de algún derecho a la libertad es amplio, aunque esté, como he de sostener en este capítulo, equivocado.

El derecho a la libertad es popular en todo el espectro político. La retórica de la libertad alimenta todos los movimientos radicales, desde las guerras internacionales de liberación hasta las campañas por la libertad sexual y la liberación de las mujeres. Pero a la libertad la han puesto, de manera más visible incluso, al servicio de los conservadores. Incluso la oposición a las tenues reorganizaciones sociales de los movimientos sindicalistas y antitrust, y del primer New Deal [en los EE.UU.] se basó en la afirmación de que infringían el derecho a la libertad, y actualmente, los esfuerzos para lograr mayor justicia racial en Norteamérica mediante técnicas como la de organizar el transporte escolar de niños blancos y negros en forma conjunta, tropieza con el mismo tipo de oposición, tal como, en Inglaterra, los intentos de alcanzar mayor grado de justicia social mediante restricciones a la educación privada.

De hecho, es costumbre describir los grandes problemas

sociales de la política interna, y en especial los raciales, como conflictos entre las exigencias de la libertad y la igualdad. Es posible —se dice— que los pobres, los negros, los ignorantes y los trabajadores no cualificados tengan un derecho abstracto a la igualdad, pero los ricos, los blancos, los educados y los capacitados tienen también un derecho a la libertad, y cualquier esfuerzo de reorganización social que quiera favorecer el primer conjunto de derechos debe tener en cuenta al segundo y respetarlo. Todos, excepto los extremistas, reconocen por ende la necesidad de establecer un compromiso entre la igualdad y la libertad. Cada ejemplo concreto de legislación social importante, trátase de política impositiva o de planes de integración, está configurado por la supuesta tensión entre estos dos objetivos.

Es este supuesto conflicto entre igualdad y libertad lo que tengo presente cuando pregunto si tenemos *derecho* a la libertad, tal como lo han supuesto Jefferson y mucho más. Y la pregunta es decisiva. Si la libertad de elegir la escuela a que se va, el empleado que se contrata o el barrio donde se vive es simplemente algo que todos queremos, como queremos tener aire acondicionado o comer langosta, entonces no tenemos derecho a aferrarnos a esas libertades frente a lo que concedemos que son los derechos de otros a compartir igualmente el respeto y los recursos. Pero si podemos decir, no simplemente que queremos tales libertades, sino que tenemos derecho a ellas, entonces hemos establecido, por lo menos, una base para exigir un compromiso.

Hay actualmente, por ejemplo, un movimiento en favor de una propuesta de enmienda a la constitución de los Estados Unidos, que garantizaría a todos los escolares el derecho jurídico a concurrir a una «escuela vecinal» y de esa manera se proscribirían los autobuses integrados. La sugerencia de que las escuelas vecinales se alinearían de alguna manera junto a los juicios por jurados en cuanto valores constitucionales parecería tonta, a no ser por la sensación que tienen muchos norteamericanos de que obligar a los escolares a viajar en los buses es, de alguna manera, una interferencia con el derecho fundamental a la libertad no menos grave que el insulto que representaba para la igualdad la educación segregada. Pero eso me parece absurdo; es más, me parece absurdo suponer que hombres y mujeres tengan ningún derecho general a la libertad, por lo menos tal como esta idea ha sido tradicionalmente concebida por sus defensores.

Al decirlo, pienso en la definición tradicional de la liber-

tad como la ausencia de restricciones impuestas por un gobierno a lo que un hombre podría hacer si quisiera. En el más famoso de los ensayos modernos sobre la libertad, Isaiah Berlin lo expresó de esta manera: «El sentido de la libertad, en el cual uso esta palabra, no supone simplemente la ausencia de frustración, sino la ausencia de obstáculos a posibles opciones y actividades... la ausencia de obstrucciones a caminos por los cuales un hombre puede decidirse a caminar.» Esta concepción de la libertad como licencia es neutral respecto de las diversas actividades que podría llevar a cabo un hombre, los diversos caminos por los cuales podría querer andar. Disminuye la libertad de un hombre que le impidamos hablar o hacer el amor como él desee, pero también disminuye su libertad que le impidamos asesinar o difamar a otros. Estas últimas restricciones pueden ser justificables, pero solamente porque son compromisos necesarios para proteger la libertad o la seguridad de otros, y no porque, en sí mismas, no infrinjan el valor independiente de la libertad. Bentham decía que cualquier ley es una «infracción» de la libertad, y por más que algunas de tales infracciones puedan ser necesarias, es oscurantismo pretender que, finalmente, no son infracciones. En este sentido neutral y omnímodo de la libertad como licencia, es obvio que se da una competición entre libertad e igualdad. Para proteger la igualdad se necesitan leyes, y las leyes son, inevitablemente, compromisos que afectan a la libertad.

Los liberales como Berlin se conforman con este sentido neutral de la libertad, porque aparentemente estimula la claridad de pensamiento. Nos permite identificar qué es lo que se pierde, aunque quizás inevitablemente, cuando los hombres aceptan que sean restringidas sus acciones en aras de algún otro objetivo o valor. Para este punto de vista sería una confusión intolerable que se usara el concepto de libertad de manera tal que considerásemos que hay pérdida de libertad solamente cuando se impide a los hombres que hagan algo que en nuestra opinión deben hacer. Un uso tal permitiría que los gobiernos totalitarios se presentasen como liberales, simplemente sosteniendo que lo único que impiden hacer a los hombres es lo que está mal. Peor aún, podría oscurecer el punto más distintivo de la tradición liberal: que interferir con la libertad de opción de un hombre para hacer lo que él quiera es, en sí y por sí, un insulto a la humanidad, un agravio que puede estar justificado, pero que jamás puede ser definitivamente borrado por consideraciones concurren-

tes. Para un verdadero liberal, cualquier restricción a la libertad es algo que un gobierno decente debe lamentar, y mantener en el mínimo necesario para dejar margen a los otros derechos de sus electores.

Sin embargo, a pesar de esta tradición, me parece que el sentido neutral de libertad ha causado más confusiones de las que ha curado, especialmente cuando se une a la idea, popular e inspiradora, de que hombres y mujeres tienen derecho a la libertad. Pues la única manera de mantener esa idea es diluir a tal punto la idea de [lo que es] un derecho que el derecho a la libertad [se reduce a] algo que apenas si vale la pena tener.

En política y en filosofía el término «derecho» se usa en muchos sentidos diferentes, algunos de los cuales ya he intentado desenmarañar.² Para que se pueda plantear con sensatez la cuestión de si tenemos derecho a la libertad en el sentido neutral, debemos acordar algún significado único de «derecho». No sería difícil encontrar un sentido de ese término en el cual pudiéramos decir con cierta confianza que los hombres tienen derecho a la libertad. Podríamos decir, por ejemplo, que alguien tiene derecho a la libertad si favorece su interés tener libertad, esto es, si quiere tenerla o si tenerla sería bueno para él. En este sentido, estaría dispuesto a admitir que los ciudadanos tienen derecho a la libertad. Pero en este sentido también tendría que conceder que tienen derecho, generalmente por lo menos, a los helados de vainilla. Además, mi concesión referente a la libertad tendría muy poco valor en el debate político. Debería sostener, por ejemplo, que la gente tiene derecho a la igualdad en un sentido mucho más fuerte, que no se limita a querer la igualdad, sino que está autorizada a tenerla, y no reconocería por consiguiente que la pretensión de que algunos hombres y mujeres quieren libertad exija compromiso alguno en los esfuerzos que yo considero necesarios para dar a otros hombres y otras mujeres la igualdad a la cual tienen derecho.

Si el derecho a la libertad ha de desempeñar el papel que le tienen reservado en el debate político, por ende, debe ser un derecho en un sentido mucho más fuerte. En el capítulo 7 definí un sentido fuerte de [la palabra] derecho que, en mi opinión, capta las exigencias que quieren plantear los hombres cuando apelan a los derechos políticos y morales. No me propongo repetir aquí mi análisis, sino únicamente resumirlo de la siguiente manera. Una pretensión de derecho acertada, en el sentido fuerte que he descrito, tiene esta con-

secuencia. Si alguien tiene derecho a algo, está mal que el gobierno se lo niegue, aunque negárselo favoreciera el interés general. Este sentido de lo que es un derecho (al que se podría llamar el concepto anti-utilitario de un derecho) me parece muy próximo al sentido de derecho que en los últimos años se usó principalmente en escritos y argumentos políticos y jurídicos. Señala el concepto distintivo de un derecho individual en contra del Estado que forma, por ejemplo, el núcleo de la teoría constitucional en los Estados Unidos.

No creo que el derecho a la libertad significara mucho, ni alcanzara gran poder en la discusión política, si se apoyara en algún sentido del derecho más débil que el citado. Sin embargo, si nos ponemos de acuerdo sobre este concepto de [lo que es] un derecho, parece obvio que no existe ningún derecho general a la libertad como tal. Yo no tengo ningún derecho político a conducir en ambos sentidos por Lexington Avenue. Si el gobierno decide que el tránsito por Lexington Avenue es de dirección única, es justificación suficiente que esto favorezca el interés general, y sería ridículo que yo sostuviera que por alguna razón, de todas maneras está mal. La gran mayoría de las leyes que disminuyen mi libertad se justifican por razones utilitarias, porque favorecen el interés general o el bienestar general; si, como supone Bentham, cada una de esas leyes disminuye mi libertad, no me privan sin embargo de cosa alguna que tenga derecho a tener. No basta, en el caso de la calle de dirección única, decir que aunque tengo derecho a recorrer Lexington Avenue en ambos sentidos, se justifica que por razones especiales el gobierno invalide ese derecho. Decirlo parece absurdo porque el gobierno no necesita ninguna justificación especial, sino sólo *una* justificación, para ese tipo de legislación. De modo que puedo tener un derecho político a la libertad, tal que todo acto de restricción disminuya o infrinja ese derecho, sólo en un sentido tan débil de [la palabra] derecho que el llamado derecho a la libertad no resiste en modo alguno la competencia con los derechos fuertes, como el derecho a la igualdad. En cualquier sentido fuerte de la palabra derecho, que pudiera competir con el derecho a la igualdad, no existe, en modo alguno, ningún derecho general a la libertad.

Cabe decir ahora que he interpretado mal la afirmación de que existe un derecho a la libertad. Ello no significa, se dirá, sostener que haya un derecho a toda la libertad, sino simplemente a libertades importantes o básicas. Toda ley es,

como decía Bentham, una infracción de la libertad, pero tenemos derecho a estar protegidos solamente contra infracciones fundamentales o graves. Si la restricción a la libertad es lo bastante grave o severa, entonces en verdad es cierto que el gobierno no está autorizado para imponer tal restricción simplemente porque eso favoreciera el interés general; el gobierno no está autorizado, por ejemplo, para restringir la libertad de expresión siempre que crea que así mejoraría el bienestar general. De manera que después de todo, hay un derecho general a la libertad como tal, siempre que ese derecho se restrinja a las libertades importantes o a las privaciones graves. Esta reserva no afecta a los argumentos políticos que presenté, se dirá, porque los derechos a la libertad que se oponen como obstáculos a una igualdad plena son derechos a libertades básicas como, por ejemplo, el derecho a concurrir a la escuela que uno elija.

Pero esta reserva plantea un problema de gran importancia para la teoría liberal, un problema con el que no se enfrentan quienes sostienen que hay un derecho a la libertad. ¿Qué significa decir que el derecho a la libertad se limita a las libertades básicas, o que sólo ofrece protección contra las infracciones graves a la libertad? Esa pretensión puede ser expresada de dos maneras diferentes, con consecuencias teóricas y prácticas muy diferentes. Supongamos dos casos en los cuales el gobierno no permite que un ciudadano haga lo que podría querer hacer: el gobierno le impide que dé su opinión sobre cuestiones políticas; le impide que conduzca su coche en ambos sentidos por Lexington Avenue. ¿Qué relación hay entre estos dos casos, y qué diferencia, tales que, aunque ambos son casos en que un ciudadano se ve restringido en su libertad y privado de ella, su derecho a la libertad sólo ha sido infringido en el primero, y no en el segundo?

Según la primera de las dos teorías que podríamos considerar, en ambos casos al ciudadano se lo priva del mismo bien —a saber, la libertad—, pero la diferencia está en que en el primer caso, la cantidad de dicho bien que se le retira es, por alguna razón, mayor en cantidad o ejerce sobre él mayor impacto, que en el segundo. Pero eso parece descabellado; es muy difícil considerar a la libertad como un bien. Si efectivamente intentamos dar algún sentido operacional a la libertad, de modo que podamos medir la disminución relativa de la libertad que ocasionan diferentes clases de leyes o restricciones, entonces es improbable que el resultado coin-

cida con nuestro sentimiento intuitivo de lo que son —o no— libertades básicas. Supongamos, por ejemplo, que medimos una disminución en la libertad calculando la magnitud de la frustración que produce. Entonces tendremos que hacer frente al hecho de que las leyes contra el robo, e incluso las leyes de tráfico, imponen restricciones que la mayoría de los hombres sienten más agudamente de lo que sentirían las restricciones impuestas al discurso político. Podríamos abordar el problema de otra manera y medir el grado de pérdida de libertad producido por el impacto que tiene una determinada restricción sobre las opciones futuras. Pero entonces tendríamos que admitir que el código penal ordinario reduce la opción, para la mayoría de los hombres, más que las leyes que prohíben la actividad política marginal. Entonces la primera teoría —que la diferencia entre los casos que incluye nuestro supuesto derecho a la libertad y los que no incluye es una cuestión de grado— debe fallar.

La segunda teoría sostiene que la diferencia entre los dos casos no tiene que ver con el grado de libertad en cuestión, sino con el carácter especial de la libertad que interviene en el caso que el derecho abarca. Según esta teoría, el delito implícito en una ley que limita la libertad de expresión es de carácter diferente —y no solamente diferente en grado— del que implica la ley que impide a un hombre conducir en ambos sentidos por Lexington Avenue. Eso parece verosímil, aunque ya veremos que no es fácil enunciar en qué consiste esa diferencia de carácter, ni por qué en algunos casos fundamenta un derecho, pero en otros no. Sin embargo, lo que ahora quiero destacar es que si se defiende de esta manera la distinción entre las libertades básicas y las otras libertades, entonces se ha abandonado por completo la noción de un derecho general a la libertad como tal. Si no tenemos derecho a las libertades básicas porque sean casos en los cuales, de alguna manera, el bien que es la libertad está especialmente en juego, sino porque un ataque a las libertades básicas nos lesiona o nos disminuye de alguna manera que trasciende el impacto que tenga sobre la libertad, entonces a lo que tenemos derecho no es, en modo alguno, a la libertad, sino a los valores, intereses o reputación que resultan lesionados por esa restricción en particular.

Lo que hay aquí no es simplemente una cuestión terminológica. La idea de un derecho a la libertad es un concepto erróneo que hace un flaco servicio al pensamiento político, de dos maneras por lo menos. Primero, la idea crea una falsa

sensación de conflicto necesario entre la libertad y otros valores cuando se propone una reglamentación social, como en el caso de los autobuses escolares integrados. Segundo, la idea ofrece una respuesta demasiado fácil a la cuestión de por qué consideramos especialmente injustos ciertos tipos de restricciones, como las impuestas a la libertad de expresión o al ejercicio de la religión. La idea de un derecho a la libertad nos permite decir que estas restricciones son injustas porque afectan de manera especial a la libertad como tal. Una vez que reconocemos que esta respuesta es ilegítima, tendremos que enfrentar la difícil cuestión de precisar qué es lo que de hecho está en juego en estos casos.

Me interesa volver sin demora a esta cuestión. Si no hay un derecho general a la libertad, entonces ¿por qué los ciudadanos de una democracia tienen derechos a cualquier género específico de libertad, como la libertad de expresión, la libertad religiosa o la de ejercer una actividad política? No es válido responder que si los individuos tienen tales derechos, la comunidad como tal, a la larga, estará mejor. Esta idea —que los derechos individuales pueden conducir a la utilidad general— puede o no ser verdadera, pero no tiene nada que ver con la defensa de los derechos como tales, porque cuando decimos que alguien tiene derecho a expresar libremente su opinión, en el sentido políticamente importante, queremos decir que está autorizado para hacerlo aun cuando con ello no se favoreciera el interés general. Si queremos defender los derechos individuales en el sentido en que los reivindicamos, entonces debemos tratar de descubrir, para su defensa, algo que vaya más allá de la utilidad.

Antes mencioné una posibilidad. Quizá pudiéramos dejar establecido que cuando son invadidos los derechos tradicionales, los individuos sufren algún daño especial. Según este argumento, en la libertad de hablar de cuestiones políticas hay algo tal que si se le niega esa libertad, el individuo sufre un daño especial, en virtud de lo cual infligirle un daño así está mal aunque toda la comunidad se beneficie. Esta línea de razonamiento atraerá especialmente a quienes, en su caso personal, se sentirían especialmente despojados por la pérdida de sus libertades civiles y políticas, pero sin embargo es un argumento difícil de llevar adelante, por dos razones.

La primera, porque hay muchísimos hombres y mujeres, que indudablemente forman la mayoría incluso en democracias como Gran Bretaña y los Estados Unidos, que no ejercitan las libertades políticas que tienen, y a quienes la pér-

dida de tales libertades no impresionaría como especialmente dolorosa. La segunda, que nos falta una teoría psicológica capaz de justificar y explicar la idea de que la pérdida de las libertades civiles, o de alguna otra libertad determinada, implica un daño psicológico inevitable, ni siquiera probable. Por el contrario, en la psicología actual hay una persistente tradición, encabezada por psicólogos como Ronald Laing, que sostiene que buena parte de la inestabilidad mental en las sociedades modernas puede adscribirse a la demanda de demasiada libertad y no a la [existencia] de demasiado poca. Según ellos, la necesidad de elegir que se sigue de la libertad es una fuente innecesaria de tensión destructiva. Esas teorías no son necesariamente convincentes, pero mientras no podemos estar seguros de que se equivocan, no podemos suponer que la psicología demuestre lo contrario, por más atrayente que tal cosa pudiera ser por razones políticas.

Por ende, si queremos defender la existencia de un derecho a ciertas libertades, debemos buscar otro fundamento. Debemos sostener, por razones de moralidad política, que está mal privar a los individuos de tales libertades, por alguna razón aparte del daño psicológico directo y pese al hecho de que al hacerlo se pudiera servir al interés común. Lo expreso de manera tan vaga porque no hay razón para suponer, por anticipado, que sólo una clase de razón serviría de base a esa posición moral. Podría ser que una sociedad justa reconociera una diversidad de derechos individuales, fundados unos y otros en consideraciones morales de especies muy diferentes. En el resto de este capítulo intentaré describir solamente un fundamento posible para los derechos. De ello no se infiere que en la sociedad civil, hombres y mujeres tengan únicamente los derechos a los que sirve de base el argumento que presentaré; pero sí se sigue que tienen, por lo menos, estos derechos, lo que ya es bastante importante.

2. EL DERECHO A LAS LIBERTADES

El concepto central de mi argumentación no será el de libertad, sino el de igualdad. Doy por sentado que todos aceptamos los siguientes postulados de moralidad política. El gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su

vida, y de actuar de acuerdo con ellas. El gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto. No debe distribuir bienes u oportunidades de manera desigual, basándose en que algunos ciudadanos tienen derecho a más porque son dignos de mayor consideración. No debe restringir la libertad sobre la base de que la concepción que tiene un ciudadano de lo que es la vida de un grupo es más noble que la de otro o superior a ella. Tomados en conjunto, estos postulados enuncian lo que podríamos llamar la concepción liberal de la igualdad; pero lo que enuncian es una concepción de la igualdad, no de la libertad como licencia.

La cuestión soberana de la teoría política, dentro de un estado al que se supone gobernado por la concepción liberal de la igualdad, es la cuestión de cuáles son las desigualdades en bienes, oportunidades y libertades que se permiten en un estado tal, y por qué. El comienzo de una respuesta parte de la siguiente distinción. Cada uno de los ciudadanos gobernados por la concepción liberal de la igualdad tiene derecho a igual consideración y respeto. Pero hay dos derechos diferentes que podrían ser abarcados por ese derecho abstracto. El primero es el derecho a igual tratamiento, es decir, a la misma distribución de bienes y oportunidades que tenga cualquier otro o que le haya sido otorgada. La Suprema Corte, en los «*Reapportionment Cases*» [casos de redistribución], sostuvo que los ciudadanos tienen derecho a igual tratamiento en la distribución del poder de votación; sostuvo que a un hombre debe acordársele un voto, pese al hecho de que en realidad, una distribución diferente de los votos podría favorecer el bienestar general. El segundo es el derecho a ser tratado como igual. Es el derecho, no a la igual distribución de algún bien u oportunidad, sino el derecho a igual consideración y respeto en las decisiones políticas referentes a la forma en que han de ser distribuidos tales bienes y oportunidades. Supongamos que se plantea la cuestión de si una política económica que perjudica a los obligacionistas a largo plazo podría, de hecho, favorecer el interés general. Los que resultaran perjudicados tienen derecho a que su pérdida prevista sea tenido en cuenta al decidir si la política en cuestión sirve al interés general; no es permisible que al hacer el cálculo se los ignore sin más ni más. Pero cuando se tiene en cuenta su interés puede resultar que tenga menos peso que los intereses de otros que se beneficiarán con esa política, y en ese caso su derecho a igual consideración y

respeto, así definido, no constituiría una objeción. Por ende, en el caso de la política económica podríamos decir que los que se vean perjudicados si se permite la inflación tienen derecho a ser tratados como iguales al decidir si esa política sirve al interés general, pero no tienen un derecho a igual tratamiento que proscriba esa política aunque haya pasado esa prueba.

Sugiero que el derecho a ser tratado como igual debe ser considerado fundamental dentro de la concepción liberal de la igualdad, y que el derecho —más restrictivo— a igual tratamiento sólo es válido en aquellas circunstancias especiales en que, por alguna razón especial, se sigue del derecho más fundamental, como quizá sucede en la circunstancia especial de los «*Reapportionment Cases*». Propongo también que los derechos individuales a diferentes libertades sólo deben ser reconocidos cuando se puede demostrar que el derecho fundamental a ser tratado como igual los exige. Si esto es correcto, entonces el derecho a diferentes libertades no entra en conflicto con ningún supuesto derecho concurrente a la igualdad, sino que, por el contrario, se sigue de una concepción de la igualdad reconocidamente más fundamental.

Ahora debo demostrar, sin embargo, de qué manera se puede considerar que esa concepción fundamental de la igualdad exige los conocidos derechos a diferentes libertades; por ejemplo, las establecidas en la constitución de los Estados Unidos. En función de lo que ahora me interesa, sólo intentaré hacerlo presentando un esquema del argumento, más elaborado, que habría que formular para defender sobre esta misma base cualquier libertad en particular, y después demostraré por qué sería factible esperar que un argumento así pudiera fundamentar, si se lo formulara, las libertades políticas y civiles más conocidas.

Un gobierno que respete la concepción liberal de la igualdad sólo puede restringir la libertad cuando se lo permiten ciertos tipos de justificación muy limitados. Con el fin de aclarar este punto adoptaré una tipología muy aproximada de justificaciones políticas. Hay, primero, argumentos de principio, que fundamentan una determinada restricción de la libertad basándose en el argumento de que ésta es necesaria para proteger el derecho de algún individuo que sería lesionado por el ejercicio de la libertad. En segundo lugar están los argumentos políticos, que basan las restricciones sobre un fundamento diferente: que son necesarios para alcanzar algún objetivo político global, esto es, para realizar algún es-

tado de cosas en que la comunidad como tal, y no solamente ciertos individuos, estará mejor en virtud de la restricción. En los argumentos políticos se puede introducir la siguiente subdivisión. Los utilitaristas sostienen que la comunidad como tal estará mejor porque (para decirlo en forma aproximada) mayor número de ciudadanos tendrán, en general, más de aquello que quieren, aunque algunos tengan menos. Los argumentos políticos idealistas, por su parte, sostienen que la comunidad estará mejor, no porque en ella habrá más miembros que tengan más de aquello que quieren, sino porque de alguna manera la comunidad se aproximará más a una comunidad ideal, independientemente de que sus miembros deseen o no la mejora en cuestión.

La concepción liberal de la igualdad limita nítidamente la medida en que se pueden usar argumentos políticos idealistas para justificar cualquier restricción a la libertad. No se los puede usar si la idea en cuestión es a su vez objeto de controversia dentro de la comunidad. Las restricciones no se pueden defender, por ejemplo, directamente sobre la base de que contribuyen a [obtener] una comunidad culturalmente evolucionada, independientemente de que la comunidad quiera o no esa evolución, porque un argumento así violaría el canon de la concepción liberal de la igualdad, que prohíbe que un gobierno se base en la afirmación de que ciertas formas de vida son inherentemente más valiosas que otras.

En cambio, parecería que los argumentos utilitaristas están a salvo de esta objeción, en cuanto no suponen que ninguna forma de vida sea inherentemente más valiosa que otra, sino que, en cambio, fundamentan la pretensión de que son necesarias restricciones de la libertad para alcanzar algún fin colectivo de la comunidad en el solo hecho de que ése es el fin deseado con más amplitud o más intensamente que cualquier otro. Por consiguiente, dentro de los argumentos de política, parece que los utilitaristas no se oponen al derecho fundamental a igual consideración y respeto, sino que, por el contrario, lo encarnan, porque tratan los deseos de cada miembro de la comunidad de forma pareja con los deseos de cualquier otro, sin bonificación ni descuento que refleje la opinión de que ese miembro es más o menos digno de consideración que cualquier otro, ni sus opiniones más o menos dignas de respeto.

Creo que esta apariencia de igualitarismo ha sido la fuente principal del gran atractivo que el utilitarismo como filosofía política general, ha tenido durante el último siglo. Sin

embargo, en el capítulo 9 señalé que el carácter igualitario de un argumento utilitarista suele ser ilusorio. Aquí no repetiré la argumentación, sino que me limitaré a resumirla.

Los argumentos utilitaristas se detienen en el hecho de que una determinada restricción de la libertad hará felices a más personas, o satisfará más preferencias de más gente, según que lo que esté en juego sea un utilitarismo psicológico o preferencial. Pero un análisis más detallado permitirá ver que la preferencia general de la gente por una política y no por otra incluye tanto preferencias que son *personales*, porque enuncian una preferencia del individuo porque le sean asignados tales o cuales bienes u oportunidades, como preferencias que son *externas*, porque enuncian la preferencia de que tales o cuales bienes y oportunidades sean asignados a otros. Pero un argumento utilitarista que asigne un peso crítico a las preferencias externas de los miembros de la comunidad no será igualitario, en el sentido en que lo entendemos; no respetará el derecho de cada uno a ser tratado con igual consideración y respeto.

Supongamos, por ejemplo, que cierto número de individuos en la comunidad sostienen teorías políticas racistas, más bien que utilitarias. No creen que cada hombre ha de contar como uno y que nadie ha de contar más que como uno en la distribución de los bienes, sino más bien que un negro ha de contar como menos y, por consiguiente, un blanco como más de uno. Es una preferencia externa, pero no obstante es una auténtica preferencia por una política más bien que por otra, y la satisfacción de tal preferencia proporcionará placer. Sin embargo, si a esta preferencia o placer se le asigna el peso normal en un cálculo utilitario, y de acuerdo con ello los negros sufren, entonces su propia asignación de bienes y oportunidades dependerá, no simplemente de la concurrencia entre preferencias personales en la cual hacen pensar los enunciados abstractos del utilitarismo, sino precisamente del hecho de que a ellos se los considera menos dignos de consideración y respeto que a otros.

Supongamos, para tomar un caso diferente, que por razones morales muchos miembros de la comunidad desapruaban la homosexualidad, o los anticonceptivos, o la pornografía o las expresiones de adhesión al partido comunista. No sólo prefieren no dedicarse ellos mismos a esas actividades; quieren que nadie más lo haga, y creen que una comunidad que permite esos actos en vez de prohibirlos es, esencialmente, una comunidad peor. También éstas son preferencias exter-

nas, pero una vez más, no son menos auténticas, ni menos fuente de placer cuando se las satisface, y de disgusto en el caso contrario, que las preferencias puramente personales. También aquí, sin embargo, si se tienen en cuenta estas preferencias externas para justificar una restricción de la libertad, aquellos a quienes se restrinja sufrirán, no simplemente porque sus preferencias personales hayan perdido en una competencia con las preferencias personales de otros por escasez de recursos, sino precisamente porque otros desprecian su concepción de lo que es una forma de vida propia o deseable.

Estos argumentos justifican la siguiente —e importante— conclusión. Si se han de usar argumentos políticos utilitaristas para justificar restricciones a la libertad, se ha de tener cuidado de asegurarse de que los cálculos utilitarios sobre los cuales se basa el argumento sólo atiendan a preferencias personales e ignoren las externas. Ésta es una conclusión importante para la teoría política porque demuestra, por ejemplo, por qué los argumentos que usa John Stuart Mill en *On Liberty* no son contra-utilitaristas sino, por el contrario, argumentos puestos al servicio de la única forma defendible de utilitarismo.

Por más importante que sea esta conclusión en el nivel de la filosofía política, sin embargo, es en sí misma de limitada importancia práctica, porque será imposible idear procedimientos políticos que discriminen con exactitud entre las preferencias personales y las externas. En general se piensa que la democracia representativa es la estructura institucional más adecuada, en una sociedad diversa y compleja, para la identificación y el logro de objetivos utilitaristas. En cuanto a esto, su funcionamiento es imperfecto, por la conocida razón de que un enfoque mayoritario no es capaz de tener lo suficientemente en cuenta la intensidad —a diferencia de la cantidad— de las preferencias particulares, y porque las técnicas de persuasión política, respaldadas en el dinero, pueden corromper la precisión con que los votos representan las auténticas preferencias de quienes los han emitido. Sin embargo, y pese a estas imperfecciones, parece que la democracia fuera capaz de imponer el utilitarismo de manera más satisfactoria que cualquier otra alternativa política general.

Pero la democracia no puede discriminar, dentro de las preferencias globales que la votación revela imperfectamente, los diferentes componentes personales y externos, de manera tal que se llegue a un método para hacer valer los primeros

en tanto que se ignoren los últimos. En una elección o un referéndum, se ha de interpretar un voto como representativo de una preferencia global, y no como un componente de dicha preferencia que, si el tiempo y el dinero lo permitiesen, sería revelado por un hábil y minucioso interrogatorio del votante. Además, en ocasiones las preferencias personales y externas se combinan tan inextricablemente que la discriminación es imposible, tanto psicológica como institucionalmente. Así sucederá, por ejemplo, con las preferencias de muchas personas por asociarse con miembros de una raza determinada, o con gente de un talento o condición más bien que de otra, ya que estas preferencias personales dependen a tal punto de las preferencias externas que es imposible decir, ni siquiera por introspección, qué preferencias personales se mantendrían si se prescindiera de las preferencias externas que les sirven de base. Lo mismo vale para ciertas preferencias abnegadas que se observan en muchos individuos; es decir, preferencias por tener menor cantidad de un cierto bien, partiendo del supuesto, o más bien de la condición, de que otras personas tendrán más. Por más noble que sea, también esta preferencia depende de preferencias externas que asumen la forma de teorías políticas y morales, y que en una argumentación utilitarista defendible no pueden tener más peso que otras, menos atractivas, que arraigan más bien en el prejuicio que en el altruismo.

Quisiera, ahora, proponer la siguiente teoría general de los derechos. El concepto de un derecho político individual, en el sentido anti-utilitarista fuerte que distinguí antes, es una respuesta a los defectos filosóficos de un utilitarismo que cuenta las preferencias externas, y a la imposibilidad práctica de uno que no lo haga. Tal concepto nos permite disfrutar de las instituciones de la democracia política, que hacen valer un utilitarismo general o en bruto, y sin embargo, protegen el derecho fundamental de los ciudadanos a igual consideración y respeto en cuanto prohíben decisiones que, anteriormente, parecen haber sido tomadas en virtud de los componentes externos de las preferencias que revela la democracia.

Parece obvia la forma en que se podría usar esta teoría de los derechos en apoyo de la idea, que es el tema de este capítulo, de que tenemos claros derechos a ciertas libertades, como la libertad de expresión y la libertad de opción en nuestras relaciones personales y sexuales. Se podría demostrar que cualquier restricción utilitarista a tales liberta-

des debe basarse sobre aquellas preferencias globales en la comunidad, de las cuales, por nuestro conocimiento general de la sociedad, sepamos que probablemente contienen —en forma de teorías políticas o morales— amplios componentes de preferencias externas que el proceso político no puede discriminar y eliminar. Como ya dije, en este momento no me propongo presentar los argumentos que habría que formular en defensa de determinados derechos a la libertad, sino solamente mostrar el carácter general que podrían tener tales argumentos.

Quiero, sin embargo, mencionar un supuesto derecho que podría resultar cuestionado por mi argumentación general; se trata del pretendido derecho individual al libre uso de la propiedad. En el capítulo 11 sostuve el argumento, popular en ciertos sectores, de que es incongruente que los liberales defiendan, por ejemplo, la libertad de expresión y no concedan también alguna especie de derecho paralelo referido a la propiedad y su uso. El argumento podría tener fuerza si la pretensión de que tengamos derecho a la libertad de expresión dependiera de la proposición, más general, de que tenemos derecho a algo que se pueda llamar libertad sin más ni más. Pero esa idea general es insostenible e incoherente; no hay nada que sea un derecho general a la libertad. La defensa de cualquier libertad específica determinada puede, por consiguiente, ser del todo independiente de la defensa de cualquier otra, y no hay incongruencia —ni siquiera inverosimilitud— antecedente en defender una de ellas al tiempo que se cuestiona la otra.

¿Qué se puede decir, sobre la base de la teoría general de los derechos que propongo, en favor de un derecho particular a la propiedad? ¿Qué se puede decir, por ejemplo, en favor del derecho a la libertad de contratación sostenido por la Suprema Corte en el famoso caso *Lochner*, y del cual más tarde se arrepintió no solamente la Corte, sino los liberales en general? No se me ocurre ningún argumento [en virtud del cual] una decisión política de limitar semejante derecho, tal como lo limitaron las leyes de salarios mínimos, esté en condiciones por sus antecedentes de dar lugar a preferencias externas, y de esa manera lesionar el derecho a igual consideración y respeto de aquellos cuya libertad se ve recortada. Si, como creo, no es posible formular tal argumento, entonces el pretendido derecho no existe; en todo caso, no puede haber incongruencia alguna en negar que exista al mismo tiempo que se defiende el derecho a otras libertades.

¿PUEDEN SER CONTROVERTIBLES LOS DERECHOS?

1

En este último capítulo he de defender los argumentos del libro contra una objeción de amplio alcance y que, si no se la refuta, puede ser destructiva. Mis argumentos suponen que frecuentemente hay una sola respuesta correcta a complejas cuestiones de derecho y moralidad política. La objeción responde que en ocasiones no hay una sola respuesta, sino solamente respuestas.

La base de esta objeción es una actitud atractiva, mezcla de tolerancia y sentido común, que se expresa en juicios como los siguientes. Cuando hay discrepancia respecto de si el derecho a la libertad de expresión se extiende al lenguaje insultante, o si la pena capital es cruel y excepcional dentro de lo que por tal entiende la constitución, o si un grupo de precedentes no concluyentes establece un derecho a la indemnización por daños y perjuicios, es tan absurdo como arrogante pretender que de alguna manera, latente en la controversia, hay una única respuesta correcta. Es más prudente y más realista conceder que, por más que algunas respuestas puedan estar palmariamente equivocadas y algunos argumentos ser evidentemente malos, hay un conjunto de respuestas y argumentos a los que, desde cualquier punto de vista objetivo o neutral, se ha de reconocer como igualmente buenos.

En tal caso, la elección de uno de ellos no es más que eso: una elección, y no una decisión impuesta por la razón. Si a un fiscal se le pide que decida si los participantes en un acto de protesta tienen derecho a protestar, o si el daño

económico es indemnizable, lo único que el público tiene derecho a esperar es que su elección sea sincera y esté tomada en un momento de calma, libre de prejuicios, pasión o fanatismo. Pero no tiene derecho a esperar ninguna decisión en particular, porque eso supone que hay una única respuesta correcta a la cuestión que debe decidir el fiscal.

Este libro no respeta tan modestos sentimientos. En los capítulos 2 y 3, por ejemplo, me opongo a la popular teoría según la cual los jueces tienen discreción para decidir los casos difíciles. Concedo que, en ocasiones, los principios del derecho están tan bien equilibrados que los que respaldan una decisión en favor del querellante pueden parecer, en conjunto, más débiles a unos juristas y más fuertes a otros. Sostengo que aun así, tiene sentido que cada una de las partes pretenda que tiene derecho a ganar y, por consiguiente, que cada una niegue que el juez tenga discreción para decidir en favor de la otra. En el capítulo 4 describo un proceso de decisión que ejemplifica esa pretensión; pero no sostengo (y de hecho, niego) que tal proceso de decisión haya de conducir siempre al mismo resultado en manos de diferentes jueces. Sin embargo, insisto en que, incluso en los casos difíciles, se puede decir sin riesgo de error que el proceso apunta más bien a descubrir que a inventar los derechos de las partes en litigio, y que la justificación política del proceso depende de lo sólidamente fundada que esté tal caracterización.

De manera que la tesis de que no hay una única respuesta correcta contradice la tesis de los derechos que yo defiendo. Cabe preguntarse si, aparte basarse en la actitud atractiva que mencioné, cuenta con el apoyo de algún argumento. Entre los que se podrían formular, podemos distinguir dos clases de argumentos. La primera de ellas es práctica. Concede, a modo de argumento, que en principio puede haber una única respuesta correcta a un punto jurídicamente controvertible. Pero insiste en que es inútil decir que las partes tengan derecho a esa respuesta, o que un juez tenga el deber de encontrarla, puesto que nadie puede estar seguro de cuál es la respuesta correcta. Supongamos que apuesto con el lector a que como obra teatral, *Lear* es mejor que *Final de partida*. Aunque ambos apoyemos el objetivismo estético y creamos que, en principio, hay una respuesta correcta a la cuestión, la apuesta no deja de ser una tontería, porque jamás se la podrá resolver a satisfacción del perdedor. Tampoco servirá de nada zanjar la cuestión eligiendo como árbitro a un ter-

cero, que no podría ofrecer más que una tercera opinión personal, opinión que no convencería (por lo menos no debería convencer) a ninguno de nosotros de que estuviera equivocado. Lo mismo sucede con un juez enfrentado con un problema jurídico difícil. Aunque haya, en principio, una sola teoría óptima del derecho, y por ende una sola respuesta correcta a un caso difícil, esa respuesta correcta se halla a buen recaudo en el cielo de la filosofía jurídica, tan inaccesible a los legos como a los juristas y los jueces. Ninguno de ellos puede tener más que su propia opinión, y la del juez no ofrece más garantía de verdad que la de ningún otro.

Es fácil rebatir este argumento práctico en favor de la tesis de la «no respuesta correcta». El argumento sostiene que no tiene sentido exigir que un juez intente encontrar la respuesta correcta, aunque ésta exista, porque su respuesta no tiene más probabilidades que cualquier otra de ser la correcta, y porque no hay manera de demostrar que lo sea, aunque lo sea. Debemos tener cuidado de distinguir las tres cuestiones siguientes. a) ¿Hay alguna vez discrepancia entre juristas razonables respecto de si un litigante en un caso difícil tiene derecho a ganar, incluso después de que se ha llegado a un acuerdo sobre todos los hechos, entre ellos los hechos de la historia institucional? b) ¿Es posible que un litigante tenga derecho a ganar un caso difícil aunque los juristas razonables discrepen tras haberse llegado a un acuerdo sobre todos los hechos? c) ¿Es sensato o justo que el estado haga valer la decisión de determinado grupo de jueces en un caso difícil, aun cuando un grupo diferente, igualmente razonable y competente, hubiera llegado a una decisión diferente?

¿Qué relaciones lógicas deben existir entre las respuestas positivas a estas tres cuestiones? El argumento práctico supone que una respuesta positiva a la primera de ellas excluye una respuesta positiva a la tercera, aun cuando se haya dado una respuesta positiva a la segunda. Pero aquí hay un evidente error. Está claro que una respuesta positiva a la segunda es necesaria para [dar] una respuesta positiva a la tercera. Si los litigantes en un caso difícil no pueden tener derecho a una decisión determinada, es tan insensato como injusto dejar que el pleito entre ambos sea resuelto por una decisión controvertible (o, para el caso, incontrovertible) sobre los derechos que tienen. También está claro que una respuesta positiva a la segunda pregunta no es en sí misma suficiente para dar una respuesta positiva a la tercera. Es ne-

cesario también estar convencido de que, aunque la decisión de cualquier grupo de jueces sea falible y quizá su corrección nunca pueda ser demostrada a satisfacción de todos los demás juristas, sin embargo es mejor dejar en pie esa decisión que asignársela a alguna otra institución, o pedir a los jueces que decidan basándose en fundamentos políticos o de alguna otra manera que no les exija [atenerse a] su mejor juicio en lo referente a los derechos de las partes. Pero por supuesto uno podría convencerse de eso de alguna manera, incluso después de haber respondido con un «sí» la primera pregunta. Hay muchas razones (entre ellas, razones perfectamente prácticas) para pedir a los jueces que decidan los casos difíciles según su mejor juicio en lo referente a los derechos, aun cuando no se pueda demostrar a satisfacción de todos que tal juicio sea verdad, y aun cuando pueda de hecho ser falso.

El argumento práctico supone que la respuesta a la primera pregunta es decisiva para la tercera. Concedamos una vez más que los derechos pueden ser controvertibles; el argumento se basa en ello para insistir en que derechos controvertibles no pueden desempeñar papel alguno en la adjudicación. Pero el razonamiento es simplista. La tercera cuestión es comparativa. Supongamos (cosa que puede ser cuestionable) que responder con un «sí» a la primera pregunta excluye que se responda con un «sí» a la tercera. Estaríamos más conformes con la tesis de los derechos si no hubiera casos difíciles, pero de ello no se infiere que debemos rechazar la tesis de los derechos si los casos difíciles son inevitables. Todo depende de las alternativas. En el capítulo 4 descubrí esas alternativas y no las encontré atractivas; ninguna de ellas era más práctica ni más confiable que la tesis de los derechos, y todas eran bastante menos justas.

La segunda forma del argumento que debemos considerar, que es más bien teórica que práctica, es de mayor peso. Sostiene que la segunda de las tres cuestiones que distinguimos debe ser respondida por la negativa. Si es inherentemente controvertible que alguna de las partes tenga un especial derecho político o jurídico, entonces, de acuerdo con este argumento, no puede ser cierto que el litigante tenga tal derecho.

Para la evaluación de este capítulo, he de considerar si ese argumento es válido para los derechos jurídicos. Sin embargo, lo primero que quiero observar es hasta qué punto el argumento teórico condena la práctica ordinaria, no sólo en

cuestiones de derecho sino también en gran cantidad de otras actividades. Historiadores y científicos, por ejemplo, suponen que lo que dicen puede ser verdad aun cuando esa verdad no pueda ser demostrada de la manera que exige el argumento teórico. Tienen argumentos que respaldan sus juicios y sobre la base de esos argumentos se hacen una opinión y la modifican. Pero no se trata de argumentos derivados por encadenamientos lógicos de premisas incontrovertibles. En el capítulo 4 describí la situación de un árbitro de ajedrez a quien se pide que aplique la regla según la cual los jugadores no han de irritarse irrazonablemente uno a otro. Dije que en esa situación, un árbitro tendría que emitir un juicio sobre el carácter del juego de ajedrez, y que entre árbitros razonables bien podría haber discrepancia sobre la caracterización exacta que podría requerir un problema determinado. Supongamos que, de hecho, dos árbitros discrepan: uno estima (para retomar el ejemplo de aquel capítulo) que el ajedrez es un juego de inteligencia en un sentido que excluye la intimidación psicológica, y el otro está en desacuerdo. El argumento teórico sostiene que ninguna de las dos opiniones puede ser verdadera; que a la cuestión no puede haber respuesta, sino solamente respuestas, cada una de las cuales debe ser tan firme como la otra. Pero naturalmente, los dos árbitros que discrepan no pueden considerar el argumento de esa manera, porque semejante análisis deja a cada uno con una teoría sobre nada. Cada uno sabe que el otro está en desacuerdo, y que no hay una prueba que pueda decidir la disputa de manera que el desacuerdo desaparezca. Pero sin embargo, cada uno piensa que su respuesta es la mejor para la cuestión que los divide: si no piensa eso, ¿qué piensa, entonces?

No se agrega nada nuevo al decir que cada uno sabe que su juicio representa más bien una opción que una decisión que le sea impuesta por la razón. Su opción es una opción por (lo que a él le parece) la mejor caracterización; es una opción que le es impuesta por su juicio de manera tan inapelable cuando el caso es controvertible y otros están en desacuerdo con él, como cuando es fácil y nadie discrepa. Tampoco sirve insistir en que la opción no es más que *su* juicio, como si eso modificara de alguna manera el carácter del juicio que formula; de hecho, se podría alterar la última oración suprimiendo de ella la frase entre paréntesis, sin cambiar por eso su sentido ni su valor. Los árbitros podrían aceptar, sobre la base del sentido común, que no hay una

«respuesta correcta» a la cuestión que se les plantea. Pero si toman esa proposición como una respuesta negativa a la segunda, y no simplemente a la primera de las tres cuestiones que distinguí, entonces su sentido común no hallará sentido en lo que hacen cuando actúan como profesionales, y no como filósofos.

De esto no se infiere, por cierto, que la tesis de la «no respuesta correcta» esté equivocada. Si alguna teoría filosófica nos obliga a conceder que una proposición no puede ser verdadera a menos que haya alguna prueba aceptada mediante la cual pueda ser demostrada su verdad, entonces tanto peor para la experiencia ordinaria, incluida la experiencia jurídica ordinaria. Pero felizmente, las cosas son al revés. El argumento teórico no es tan compulsivo que nos obligue a rechazar la experiencia ordinaria. Por el contrario, ni siquiera está claro qué significa la tesis de la «no respuesta correcta», tal como la interpreta el argumento teórico.

2

Supongamos que los jueces de una jurisdicción determinada se reúnen en una convención, cada uno de ellos decidido a seguir la tesis de los derechos y, por lo demás, a decidir casos tal como lo hizo Hércules en el capítulo 4. Acuerdan, por consiguiente, actuar como participantes en una empresa que estipula ciertas condiciones de verdad para las proposiciones de derecho, tales como la proposición de que la pena capital no es en sí misma un castigo cruel y excepcional, o que quienes no sufren más que un daño económico por negligencia pueden ser indemnizados. Se puede afirmar como válida una proposición de derecho si es más congruente que la proposición de derecho contraria con la teoría jurídica que mejor justifica el derecho establecido. Se la puede negar como falsa si es menos congruente con esa teoría del derecho que la contraria. Supongamos que esta iniciativa se lleva a cabo con el éxito habitual de los modernos sistemas jurídicos. Es frecuente que los jueces coincidan en cuanto a los valores de verdad de las proposiciones de derecho, y cuando discrepan, comprenden lo bastante bien los argumentos de sus oponentes como para poder localizar el nivel del desacuerdo y disponer los argumentos en un orden de verosimilitud aproximado.

Supongamos ahora que un filósofo acude a la convención de jueces y les dice que han cometido un error muy grave: ellos piensan que hay una respuesta correcta para una cuestión jurídica difícil, cuando en realidad no hay una respuesta correcta, sino solamente respuestas. Los jueces se equivocan al pensar que en los casos difíciles alguna proposición jurídica en particular pueda ser verdadera, de manera que su contraria es falsa. Es posible (agrega el filósofo) que la propagación del mito de que hay una respuesta correcta y de que, por ende, los jueces no tienen discreción para decidir los casos difíciles tenga cierto valor político. Pero los jueces deben admitir (entre ellos, por lo menos) que la idea no pasa de ser un mito.

¿Por qué han de dejarse persuadir los jueces por lo que dice el filósofo? Sus argumentos se ven amenazados, para empezar, por las siguientes consideraciones. Supongamos que los jueces convencen al filósofo de que durante el período estándar de tres años concurra a la facultad de derecho, y después, durante varios años, ocupe un cargo en los tribunales. Descubrirá entonces que también él puede formular juicios de la clase que, según cree, se fundamentan en errores. Descubrirá que le parece que una teoría determinada del derecho ofrece una mejor justificación del derecho establecido que las teorías concurrentes. Podrá fundamentar con razones esa creencia, aun cuando sepa que para otros esas razones no serán concluyentes. ¿Cómo puede decir que, de acuerdo con argumentos que para él son convincentes, el daño económico puede ser indemnizado, y al mismo tiempo negar que una proposición tal pueda ser verdadera? ¿Cómo puede tener razones para su creencia y, sin embargo, negar que cualquiera puede tener razones para una creencia tal?

Supongamos que el filósofo dice que aunque tiene esas creencias, las tiene solamente porque ha recibido una formación jurídica y se ha incorporado por consiguiente a un grupo cuyos miembros, en virtud de dicha formación, participan en un mismo mito. Y niega que un observador independiente, que no fuera a su vez participante en el grupo, pudiera decidir, por lo menos en los casos controvertibles, que las teorías y juicios de uno de los participantes fueran superiores a los de otro. Pero, ¿a qué alude aquí la idea de un observador independiente? Si alude a alguien que no ha tenido formación jurídica, no es sorprendente, pero tampoco viene al caso, que un observador tal sea incompetente para

formarse opiniones sobre lo que hacen los participantes. Por otra parte, si alude a alguien que ha recibido la formación requerida, pero no ha sido invitado a participar como juez, no está para nada claro por qué esa falta de autoridad ha de afectar a la capacidad de esa persona para formular los juicios que formularía si la tuviera.

De modo que al filósofo lo ponen en un aprieto sus propias capacidades. Y tendrá además otro problema relacionado con lo mismo. Lo que él quiere sostener es que ninguna de las partes, en un caso difícil, tiene derecho a una decisión en su favor. Dirá, por ejemplo, que el demandante en el caso de *Spartan Steel*¹ no tiene derecho a indemnización por los daños económicos sufridos, y también que el acusado no tiene derecho a verse liberado de responsabilidad por tales perjuicios. Piensa que la proposición de que una compañía en la situación del acusado es responsable de los daños económicos no es válida, aunque tampoco lo es la proposición de que el acusado no es responsable. Ninguna de las proposiciones es falsa (porque eso haría que la otra fuese verdadera), pero ninguna es verdadera. Tal es, presumiblemente, la consecuencia de la tesis de la no respuesta correcta en lo que se refiere a los valores de verdad de las proposiciones.

Ahora bien, nada de esto parecerá necesariamente extraño ni escandaloso a los jueces de la empresa. Cada uno de estos juicios referentes a los valores de verdad de las proposiciones de derecho es un juicio que, en ciertas condiciones, un juez podría formular sin menoscabo de su sensatez, *dentro de las reglas fundamentales de la empresa*. Supongamos que un juez piense que una teoría del derecho que hace responsable de daños económicos al acusado es exactamente tan defendible como una teoría que lo libera de tal responsabilidad. Las reglas de la empresa, tal como se las ha presentado, reconocen esa situación como posibilidad teórica, y si esa posibilidad se realiza, los jueces no pueden —dadas estas reglas— afirmar ninguna de las dos proposiciones como verdadera ni negarla como falsa. Por consiguiente, en cualquier caso difícil concreto, un juez puede formular, sin desmedro de su sensatez y para ese caso, el mismo juicio que el filósofo formula para todos los casos difíciles.

Podemos llamar juicio «de empate» al que afirma que ninguna de estas proposiciones contrarias es válida, y podemos ahora señalar las siguientes características de los juicios de empate, en cuanto juicios [posibles] dentro de la

empresa del juez. *a*) El juicio de empate es un juicio del mismo carácter que el juicio según el cual una u otra de estas proposiciones contrarias es verdadera y la otra falsa. Podemos concebir que un caso difícil presenta, para cada juez, una escala de confianza que, desde un punto a la izquierda, en el cual el juez confía en que la proposición que favorece al demandante es válida, va pasando por puntos en los cuales cree que dicha proposición es válida, pero cada vez con menos confianza, hasta llegar a un punto a la derecha, en un recorrido cuyos puntos intermedios representan una confianza cada vez mayor en que la proposición que favorece al acusado es válida. Entonces el punto de empate es el punto que se encuentra en el centro de la escala. En un caso difícil los jueces pueden tener una de las tres opiniones siguientes. Algunas pueden pensar que el caso debe situarse en algún punto hacia la izquierda del centro, otros pueden pensar que se lo ha de situar en algún punto hacia la derecha del centro, y algunos pueden pensar que debe situarse precisamente en el centro. Pero el juicio de empate es un juicio positivo del mismo carácter que los otros dos. Es concurrente con ellos, y parte exactamente de los mismos presupuestos epistemológicos u ontológicos (sean los que fueren). Podemos decir que el tercer juicio es un juicio de «no respuesta correcta» si lo entendemos simplemente en el sentido de que ninguna de las otras dos respuestas posibles es correcta; pero el tercer juicio es un juicio que pretende ser *la* respuesta correcta.

b) Supongamos que un juez en la empresa dice (I) «Ni la proposición de que el acusado es responsable (p) ni la proposición de que no es responsable ($\neg p$) es válida». Ello no significa lo mismo que (II) «Yo no veo ninguna diferencia en el conjunto de razones alegadas en defensa de (p) o de ($\neg p$)». Un juez que esté en la posición descrita por (II) no puede hacer nada mejor, si debe decidir mientras se halla en esa posición, que hacer valer (I). Incluso puede ser que, para él, (II) cuente como prueba de (I). Pero eso no es lo mismo que decir que (I) y (II) son idénticas. «Me parece que el conjunto de razones alegadas por el demandante es más fuerte» no es lo mismo que «El conjunto de razones alegadas por el demandante es más fuerte», ni siquiera en boca del mismo juez; por ende, y de la misma manera, (II) es diferente de (I). Supongamos que un juez diga (I) y (II), pero luego un colega lo convenza de que en realidad el conjunto de razones que aduce el demandante es más fuerte que el

conjunto de las que alega el acusado. El juez dirá entonces que, en el momento en que formuló los primeros enunciados, (I) era falso, pero (II), naturalmente, no.

Insisto en la diferencia entre (I) y (II) para destacar el punto que acabo de señalar, que la respuesta llamada de «no respuesta correcta» en cuanto juicio [posible] dentro de la empresa, es un juicio del mismo carácter que las otras dos respuestas disponibles, e igualmente falible. No es una respuesta residual ni una respuesta por omisión, que sea válida automáticamente toda vez que no se cuente con un argumento convincente en favor de alguna otra respuesta, o que se cuente con buenos argumentos en favor de las otras dos respuestas. El juez que formula la afirmación (I) está dando un salto desde su propio análisis a una conclusión que incluye más que el hecho del análisis, tal como un juez que decide en favor del querellante está dando un salto desde el hecho de sus propios argumentos a la conclusión de que son correctos.

Podemos imaginar una empresa en la cual la diferencia entre (I) y (II) esté menos definida. Supongamos que la administración de un hipódromo compra un equipo no tan preciso como sería de desear para fotografiar las llegadas. La administración podría establecer la regla de que si una fotografía tomada con ese equipo es tan imprecisa que no se puede determinar con claridad qué caballo ganó, se ha de considerar que el final fue un empate, pese a que con un equipo de mayor calidad se podría haber establecido un ganador. En ese caso, la proposición de que el equipo no puede distinguir un ganador y la proposición de que no hay un ganador se reducen a la misma. Pero ésa no es la empresa que han establecido los jueces. En las reglas de la empresa no hay nada que estipule que lo que impresiona como empate a un juez determinado o a un determinado grupo de jueces sea, por consiguiente, un empate.

c) Es muy probable que el juicio, emitido por un juez determinado, de que un caso es un empate, y por consiguiente no ofrece «respuesta correcta» dentro de la empresa, sea controvertible. Podemos hablar, sin embargo, de la probabilidad antecedente de que la empresa produzca muchos o algunos casos que sean de hecho empates. Supongamos que el sistema jurídico en que operan los jueces es un sistema jurídico primitivo: hay muy pocos precedentes o estatutos judiciales, y una constitución muy rudimentaria. Es probable, antes de que se produzca cualquier decisión judicial deter-

minada, que los jueces estimen que varios casos en estas condiciones son empates, y que efectivamente varios casos sean empates. Como hay muy poco derecho establecido, será frecuente que más de una teoría del derecho que sostenga tesis distintas para resolver un caso difícil, ofrezca justificaciones igualmente buenas para el derecho establecido, y que parezca ofrecer justificaciones igualmente buenas a muchos jueces.

Pero supongamos, por otra parte, que el sistema jurídico que administran los jueces esté muy avanzado y que rebose de reglas y prácticas constitucionales, de precedentes y estatutos. La probabilidad antecedente de un empate es muchísimo menor; es más, bien podría ser tan baja como para justificar una nueva regla fundamental de la empresa que prescriba a los jueces la eliminación de los empates de la gama de respuestas que podría ofrecer. Una instrucción tal no niega la posibilidad teórica de un empate, sino que supone que, dada la complejidad de los materiales jurídicos con que se cuenta, si lo meditan con calma y con tiempo, los jueces llegarán a pensar que, todo sopesado, una u otra de las partes tiene el mejor conjunto de razones alegadas. Esta nueva instrucción será racional si la probabilidad antecedente de error en una decisión judicial parece mayor que la probabilidad antecedente de que algún caso sea, de hecho, un empate, y si hay ventajas de finalidad u otras ventajas políticas que se puedan obtener negando la posibilidad de casos de empate en el derecho. Naturalmente, la instrucción no será racional, sino absurda, si el sistema jurídico no ofrece la complejidad suficiente para justificar semejante cálculo de las probabilidades antecedentes.

Podemos volver, ahora, a la afirmación del filósofo de que los jueces están cometiendo un profundo error al suponer que en cada caso difícil puede haber una respuesta correcta. Si tomamos esta afirmación como una afirmación dentro de la empresa, tal como podría hacerla un juez, la afirmación es casi seguramente falsa. Se reduce a esto: el juicio de empate es necesariamente el juicio correcto en cada caso controvertible tomado aisladamente, esto es, en cada caso en el cual no se pudiera demostrar una respuesta de manera tal que fuese irracional cuestionarle. Ahora bien (a menos que la instrucción especial de ignorar los empates sea parte de la empresa), todos los jueces concederán que de hecho, algunos casos difíciles pueden ser empates, pero ninguno supondrá que sean todos empates. El filósofo, para fundamentar

su afirmación en contra de la opinión de los jueces, tendría que presentar argumentos que establecieran afirmativamente que todos los casos difíciles caerán exactamente en el centro de nuestra escala imaginaria, y una afirmación semejante es tan inverosímil que se la puede dejar inmediatamente de lado.

Si la empresa ha adoptado la instrucción especial que acabamos de mencionar, entonces la afirmación del filósofo puede ser entendida en un sentido más modesto. El hombre podría oponerse a la racionalidad o razonabilidad de tal instrucción, sosteniendo que la probabilidad antecedente de un auténtico empate es lo bastante grande como para que sea absurdo indicar a los jueces que la ignoren. Entonces se ha de enmendar su afirmación: el filósofo no sostiene que no haya respuesta correcta en ningún caso difícil, sino solamente que es irracional estipular que debe haber una respuesta correcta en cada caso difícil. Esta pretensión más modesta, que es una recomendación de que se enmiende o modifique la empresa para dejar margen para los empates, merecerá consideración, aunque los jueces podrían hacer bien en rechazar tal recomendación si su sistema es lo bastante complejo.

De modo que si tomamos la afirmación del filósofo como una afirmación hecha dentro de la empresa, en cualquiera de estas dos versiones, no es una afirmación que haya de perturbar durante mucho tiempo a los jueces, en cuanto —más bien que cuestionarla— presupone la solidez fundamental de su empresa. El filósofo podría objetar que no se debe interpretar su afirmación como una afirmación interior a la empresa; no se la debe interpretar como una afirmación que pudieran hacer los mismos jueces, fieles a la empresa. Es más bien un ataque en profundidad a la racionalidad misma de la empresa, y como tal se la ha de entender. Pero debemos enfrentarnos ahora con una cuestión decisiva. ¿Hay alguna manera de interpretar la afirmación del filósofo, *como no sea* como una afirmación dentro de la empresa del juez? ¿De qué manera podemos entenderla como una crítica externa de toda la empresa?

Son dos las posibilidades que parecen abiertas. Podríamos tomar la afirmación del filósofo como una afirmación hecha desde el interior de una empresa judicial diferente, que estipula diferentes condiciones de verdad para las proposiciones de derecho. O podemos tomarla como una afirmación externa a toda empresa de ese tipo, como una afirma-

ción referente a hechos del mundo real que los jueces, sean cuales fueren las condiciones de verdad que puedan escoger para sus proposiciones, deben finalmente respetar. Pero ninguna de estas dos posibilidades servirá de nada a los fines del filósofo.

1) Fácilmente podríamos imaginar una empresa jurídica en la cual el juicio del filósofo —que jamás hay una respuesta correcta en un caso difícil— es perfectamente cierto. Supongamos que un grupo de jueces decidiera observar las siguientes reglas. Se puede afirmar que una proposición de derecho es válida si se la puede derivar del derecho establecido, [referente a] hechos aceptados o estipulados, simplemente por deducción. Se puede negar como falsa una proposición de derecho si su contraria puede ser derivada del derecho establecido, [referente a] hechos aceptados o estipulados, simplemente por deducción. Según estas reglas, en cualquier caso difícil, ni la proposición de derecho que favorece al querellante ni la que favorece al acusado pueden ser afirmadas como válidas, y ninguna puede ser negada como falsa. En cualquier caso difícil, no habrá respuesta correcta en ese sentido.

Pero la empresa que dirigen los jueces que imaginamos no es, evidentemente, esa empresa, de manera que la afirmación del filósofo, por más cierta que pueda ser en alguna otra empresa, para ésta no viene al caso. Ahora bien, el filósofo puede decir que *su* empresa, la que se acaba de describir, es la empresa jurídica efectivamente vigente, por ejemplo, en Inglaterra y en los Estados Unidos, y que la empresa de los jueces, que yo describí, es puramente imaginaria. En el capítulo 4 sostuve que los sistemas jurídicos vigentes en esos países (y en otros, sin duda) son de hecho muy semejantes a la empresa que aquí he imaginado. Si es así, mal puede sostener el filósofo que su empresa sea más fiel a la realidad. Pero supongamos que yo me equivocaba, y que su empresa se parece más a las que de hecho están funcionando. Suponíamos que el argumento teórico en favor de la tesis de la no respuesta correcta demostraba que, en principio, no podía haber una única respuesta correcta para un caso difícil. Pero ahora el argumento sólo sostiene que, de hecho, los sistemas jurídicos que conocemos reconocen, para las proposiciones de derecho, condiciones de verdad que no permiten una respuesta correcta en un caso difícil. Sería una pretensión mucho más modesta, aun cuando fuera verdad, pero no lo es.

2) Supongamos que el filósofo afirma que no habla desde el interior de alguna empresa distinta, con diferentes reglas fundamentales de afirmación y negación, sino que habla del mundo real. Lo que argumenta es que de hecho no puede haber respuesta correcta para un caso jurídico difícil, de modo que si cualquier empresa jurídica adopta reglas que presuponen que sí puede haberla, esa empresa está basada en un mito. De lo que él habla no es de una empresa diferente, sino de hechos objetivos que cualquier empresa debe enfrentar, si quiere ser realista.

Pero, ¿qué es esa realidad objetiva? Debe contener derechos y obligaciones, incluso obligaciones y derechos jurídicos, como hechos objetivos, independientes de la estructura y del contenido de los sistemas convencionales. Esa idea es familiar en las teorías del derecho natural, pero es un recurso que sorprende encontrar en manos del filósofo que, en nombre del sentido común, sostiene que no puede haber respuesta correcta en un caso difícil. Después de todo, si los derechos y las obligaciones son parte de un mundo objetivo e independiente, ¿por qué no hemos de suponer que alguien puede tener un derecho aun cuando nadie más crea que lo tenga, o cuando nadie pueda demostrar que lo tiene?

De modo que para nuestro filósofo es peligroso afirmar que habla de una realidad jurídica objetiva cuyas condiciones de verdad son independientes de la convención humana. También es peligroso de una manera diferente, en cuanto amenaza con volver incomprensible su afirmación más básica. Su argumento afirma que es posible que ni (p) (El acusado es responsable del daño económico) ni ($\neg$ p) (El acusado no es responsable del daño económico) sean verdaderas, aunque ninguna de las dos es falsa. ¿Qué coherencia puede haber en esto? Si la responsabilidad es cuestión de hechos objetivos, independiente de toda empresa como las que hemos estado describiendo, y si una proposición que afirma un derecho de reivindicación (como (p)) no es verdadera, debe ser falsa.

Solamente podemos encontrar coherencia en la afirmación del filósofo si entendemos que se refiere a las condiciones de verdad especiales de una empresa. Su afirmación sería cierta, como acabo de conceder, en una empresa cuyas condiciones de verdad permitan afirmar o negar una proposición sólo en un caso fácil. Entonces, en un caso difícil, una proposición de derecho no podría ser afirmada como verdadera ni negada como falsa. Su falsedad no se seguiría del fracaso

de su verdad. En la empresa que establecieron nuestros jueces (pero sin la instrucción especial que prohíbe los empaques), esa condición se mantiene como posibilidad teórica, aun cuando es reducida la probabilidad de que realmente se dé en un sistema jurídico muy evolucionado. Si se añade la instrucción especial, entonces las reglas prohíben por fíat la combinación del fallo en afirmar y el fallo en negar, basándose en una predicción de que el fallo de permitir esa combinación no inhibirá, por las razones que he descrito, el funcionamiento de la empresa. Pero sin *algunas* condiciones de verdad especiales, que nos permitan resistir la inferencia de que si una proposición no es verdadera, entonces es falsa, no se puede mantener de ninguna manera la tesis de la no respuesta correcta.

He presentado mucho más detalladamente este mismo argumento en otra parte, y quienes se interesen por la cuestión general de si hay siempre una respuesta correcta a una cuestión de derecho deben remitirse a dicha exposición.² Debo mencionar, sin embargo, una posible objeción a esa parte de mi argumento que no fue prevista en aquel análisis, y que apela de manera general a un argumento conocido entre los filósofos del lenguaje, a saber, que las proposiciones sobre entidades inexistentes no son ni verdaderas ni falsas. Hay una tradición que sostiene que la proposición que afirma que el actual rey de Francia es calvo no es ni verdadera ni falsa (aunque también hay una tradición que sostiene que, adecuadamente entendida, esta proposición es simplemente falsa). La proposición referente al rey de Francia no parece una proposición que solamente puede ser entendida dentro de alguna empresa especial como las que hemos considerado, y sin embargo (de acuerdo con una opinión) no es ni verdadera ni falsa. De la misma manera (he oído argumentar), las proposiciones de derecho que no se entiendan como proposiciones dentro de empresas especiales, tampoco son ni verdaderas ni falsas.

Pero la comparación entre proposiciones de derecho en los casos difíciles y proposiciones sobre entidades inexistentes es palmariamente inútil. Si esta última plantea problemas, es sólo porque se entiende que el sujeto de la proposición no existe, y la proposición supone su existencia, en vez de afirmarla. Las proposiciones jurídicas controvertibles afirman o niegan la existencia de un derecho jurídico o de alguna otra relación jurídica. La controversia se da precisamente respecto de si esa aseveración o negación es correcta.

Si en una ocasión suponemos que no existe un derecho a reivindicación por daños económicos, entonces la proposición de que el demandante en un caso tal tiene derecho a reivindicación no es problemática; es simplemente falsa. La proposición comparable es la que afirma que hay actualmente un rey de Francia. Nadie supone que esa proposición no sea ni verdadera ni falsa. O es falsa (como pensamos la mayoría de nosotros) o (como creen algunos partidarios extremos del conde de París) es verdadera.

3

¿Qué diremos pues, finalmente, a la objeción general que ha sido el tema de este capítulo? Ya no está tan claro que el sentido común o el realismo fundamenten la objeción de que no puede haber una respuesta correcta, sino sólo una variedad de respuestas aceptables, en un caso difícil. El argumento práctico que respalda esa afirmación está equivocado. Al argumento teórico lo contradicen las capacidades de quienes lo formulan, y aparentemente no se lo puede siquiera enunciar de una manera que no difumine sus pretensiones dentro del marco mismo de lo que intenta cuestionar. Algunos lectores no habrán quedado convencidos. Seguramente, *no puede* ser que en un caso auténticamente difícil, una de las partes simplemente se equivoque y la otra simplemente tenga razón. Pero, ¿por qué no? Es posible que la suposición de que una de las partes pueda tener razón y la otra se equivoque esté incorporada en nuestros hábitos de pensamiento en un nivel tan profundo que no podamos negarla coherentemente, por más escépticos o realistas que nos propongamos ser en tales asuntos. Eso explicaría nuestra dificultad para enunciar el argumento teórico de manera coherente. El «mito» de que en un caso difícil hay una única respuesta correcta es tan recalcitrante como afortunado. Ambas condiciones pueden constituirse en argumentos para demostrar que no es un mito.

APÉNDICE:

RÉPLICA A LOS CRÍTICOS *

Este apéndice es una versión corregida y aumentada de un artículo, *Seven Critics* [Siete críticos], en el cual respondí a varios artículos publicados originariamente en un número de la *Georgia Law Review* (vol. 11, set. 1977, n.º 5), en los que se analizaban diversos aspectos de este libro. Varios de ellos planteaban cuestiones que me han parecido de interés general para los lectores, y por consiguiente consideré que era una buena idea agregar mi respuesta —que añade importantes detalles a mis argumentos— a esta reimpresión. Sin embargo, he introducido ciertos cambios. He suprimido una sección del artículo original, no porque las críticas que allí discutía plantearan problemas sin importancia, sino porque me pareció que la respuesta que les daba no tenía interés independiente. He agregado secciones nuevas, para tratar los problemas planteados por otros tres críticos. (No quiero dar a entender, sin embargo, que éstos sean los únicos problemas, ni siquiera los más difíciles, que mi argumentación ha suscitado en [escritos] cuya abundancia me es grato reconocer, y muchos de ellos de altísima calidad, ni tampoco que acepte otras objeciones que se me han hecho o que no tenga réplica para ellas.) He agregado una parte más a la sección 2, donde examino un ensayo anterior del crítico a quien aquí respondo, y he ampliado otras varias secciones.

En muy pocos casos, este apéndice sostiene que mis críticos no han entendido los puntos que yo deseaba establecer. Reconozco que la responsabilidad de esas malas interpretaciones es mía. Los diversos ensayos del libro expresan una teoría general del derecho, pero, tal como lo precisé en la Introducción, fueron escritos por separado, contienen cierta repetición y matización de ideas, y no dicen todo lo que es mi deseo decir sobre los temas que en ellos analizo. Un libro así corre más riesgo de ser mal interpretado que uno escrito como una unidad. Con frecuencia, el lector debe verse tentado de llenar por sí mismo las brechas que quedan entre las diversas partes, quizá de una manera tal que

* Copyright © Georgia L. R. 1978.

aproxima al autor a alguna posición estándar con la cual el lector está ya familiarizado. Entonces es más fácil pasar por alto los pasajes que no son congruentes con esas posiciones más familiares.

Acabo de repetir que quiero decir más de lo que he dicho sobre varios puntos, y mencionaré dos de ellos. El primero es la distinción entre conceptos y concepciones, y la idea de que un argumento que defiende una concepción de un concepto es una forma precisa de argumento. Me valgo de esa idea en el capítulo 5, y también en la sección 5 de este apéndice, pero mi análisis de la idea no pasa de ser, por el momento, intuitivo. El segundo es la afirmación, que aparece en la Introducción y nuevamente en la sección 6 del Apéndice, de que la concepción de igualdad como igual consideración y respeto no sólo ofrece un argumento en favor de los conocidos derechos constitucionales que se describe en el capítulo 12, y de los derechos económicos que describo en otro ensayo,¹ sino que también da una apreciación de la idea de autonomía que ha figurado en las descripciones clásicas de los derechos humanos. Si esto es correcto, el supuesto conflicto entre autonomía e igualdad, lo mismo que el conocido conflicto que se señala entre libertad e igualdad, es falso. En la actualidad pienso que esos dos problemas —el de entender los argumentos que defienden una concepción de un concepto, y el problema de entender la relación entre igualdad y autonomía— llevarán a la filosofía jurídica y política a otro problema clásico de la filosofía: el problema de la identidad personal. Porque la manera en que cada uno de nosotros se forma una concepción de vida es a la vez un paradigma [de lo que es] para nosotros un tipo preciso de argumento, y la fuente de la idea de autonomía. Pero esta última sugerencia es conjetural, incluso más allá de los generosos límites de este párrafo.

1. HART Y LA CONCIENCIA TRANQUILA

Quizá parezca una torpeza contar entre las críticas las observaciones que, en el curso de una impecable Sibley Lecture,² formuló sobre mí el profesor Hart, quien se limitó a predecir los fallos que otros podrían encontrar; e incluso eso, lo hizo con tal cortesía y con tal generosidad como para hacerme comprender, una vez más, que las críticas que de él provienen proporcionan siempre tanto placer como instrucción. Dice Hart que los juristas encontrarán graves dificultades en mi tesis de que, incluso en los casos difíciles en que los jueces sientan jurisprudencia, la adjudicación es cuestión de principio más bien que de política. Dice también que no les resultará convincente mi rechazo de la popular idea de que frecuentemente, en casos tales, no hay una única respuesta correcta a las cuestiones de derecho.

Sin embargo, el ensayo de Hart no sólo permite predecir tales

reacciones, sino que nos recuerda una conocida imagen del derecho, que explica por qué algunos críticos han llegado a entender mis afirmaciones de la manera que las entienden, y a rechazarlas con tanta seguridad. Creen que tiene sentido decir que las normas existen, y creen en algo que Hart llama el «derecho existente», que consiste en una lista especial y numerable de normas jurídicas (y posiblemente, de otro tipo de estándares) que existen en un momento dado. Concebido de esta manera, el derecho existente tiene dos funciones: sólo él puede dar respuesta a las cuestiones referentes a los deberes jurídicos de los ciudadanos y de otras personas jurídicas, y sólo él puede imponer a los jueces la obligación de aceptar tales respuestas como criterios de resolución de los conflictos. En opinión de Hart, la jurisprudencia estadounidense se ha considerado obligada a escoger entre dos teorías extremas que se refieren al contenido del derecho existente. La primera —que el derecho existente es vacío: de hecho no hay en él norma alguna— es una pesadilla. La segunda es un noble sueño, que supone, en la versión extrema que Hart me atribuye, que el derecho existente es tan rico y detallado como para que el juez

deba suponer siempre que para cada caso concebible hay alguna solución que es ya derecho [existente] antes de que él decida el caso, y que espera que él la descubra. El juez no debe suponer que el derecho sea jamás incompleto, incoherente o impreciso; si así lo parece, el fallo no está en el derecho, sino en la limitación de los humanos poderes de discernimiento del juez...³

En realidad, de acuerdo con Hart, el jurista sensato evitará tanto la pesadilla como el sueño y conseguirá dormir con la conciencia tranquila, adoptando la conocida posición intermedia, que afirma que el derecho existente contiene muchísimas normas que le han sido incorporadas por el poder legislativo, el precedente y la costumbre, pero que no son ni suficientemente numerosas ni lo bastante precisas para decidir todos los casos.

Hart tiene razón al pensar que la imagen del «derecho existente» como algún tipo de entidad ha ejercido enorme influencia sobre la jurisprudencia. Es responsable de la teoría de los derechos jurídicos discutibles, que llamo teoría del «libro secreto» y describo más adelante. La opinión de sentido común del propio Hart comparte esa imagen con las dos posiciones más extremas, de las cuales difiere sólo en el contenido que atribuye al derecho existente. Espero persuadir a los juristas de que renuncien en su totalidad a la teoría del derecho existente, en favor de una teoría del derecho que considera las cuestiones referentes a derechos jurídicos como casos especiales de los derechos políticos, de modo que se puede pensar que un demandante tiene cierto derecho jurídico, sin suponer que tal derecho provenga de ninguna norma o principio que ya «existe». En lugar de la engañosa cuestión

de si los jueces encuentran las normas en el «derecho existente» o establecen normas que no se encuentran en él, debemos preguntarnos si los jueces intentan determinar qué derechos tienen las partes, o si crean lo que ellos consideran nuevos derechos con el fin de servir a objetivos sociales. Me permito sugerir que Hart y otros críticos han tratado de encajar mis opiniones dentro del viejo marco que rechazo, y que el sueño que encuentran en mi obra —que a mí me parece más ingenuo que noble— es producto de esa unión. Pero concuerdo, eso sí, en que algo noble está en juego al cuestionar si en todo esto acierto o me equivoco. Intentaré explicarlo más adelante, en la sección 38.

2. GREENAWALT Y LA TESIS DE LOS DERECHOS

A. *Principios y política*

Greenawalt escoge como blanco principal mi afirmación de que en los casos civiles ordinarios, los jueces justifican característicamente sus decisiones mediante lo que he llamado argumentos de principio, más bien que mediante argumentos políticos, y que no sólo es un hecho que deciden de esa manera, sino que así deben hacerlo. Greenawalt objeta varios aspectos de mi afirmación, y presenta varios contraejemplos, destinados a demostrar que, en los Estados Unidos por lo menos, es frecuente que los jueces decidan los casos difíciles basándose en argumentos políticos. Teme que yo intente responder a sus ejemplos en contra valiéndome de argumentos «ingeniosos» para demostrar que lo que en tales casos son aparentemente argumentos políticos son en realidad, si se los entiende correctamente, argumentos de principio. Pero me advierte que si consigo esgrimir con éxito ese tipo de defensa, lo haré al precio de borrar la distinción entre los dos tipos de argumentos o trivializando de alguna otra manera mi afirmación principal. También, e independientemente, cuestiona mi aseveración de que en los casos difíciles los jueces deben usar argumentos de principio y evitar los de orden político. Si lo he entendido bien, Greenawalt considera que esta aseveración normativa se basa en una «teoría política sorprendente y engañosamente simplista».⁴ Él cree que por lo menos en algunos casos —cuando los derechos de las partes son discutibles— es totalmente correcto que los jueces sienten jurisprudencia valiéndose solamente de argumentos políticos aunque deban aplicar retroactivamente esa jurisprudencia para adjudicar las consecuencias de eventos pasados.

¿Qué son argumentos de principio, y qué son argumentos políticos, y cuál es la diferencia? Los argumentos de principio intentan justificar una decisión política que beneficia a una persona o a un grupo, demostrando que la persona —o el grupo— tiene derecho al beneficio. Los argumentos políticos intentan justificar

una decisión demostrando que, pese al hecho de que los beneficiarios no tienen derecho al beneficio, concederles el beneficio favorecerá un objetivo de la comunidad política. Es importante no confundir esta distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos con una distinción diferente, a saber, la distinción entre teorías de los derechos que tienen en cuenta las consecuencias [consecuencialistas] y teorías que no las tienen en cuenta [no consecuencialistas].

Consideremos un caso paradigmático de conflicto. La propiedad de A es adyacente a la de B; en su propiedad, B tiene instalada una fábrica, y la contaminación resultante impide a A el pleno disfrute de su propiedad. Supongamos que A requiere del poder legislativo la promulgación de una ley por la cual se prohíba a las personas que se encuentran en la situación de B contaminar el ambiente en la forma que éste lo hace, por lo menos sin contar con el consentimiento de quienes están en la situación de A. Para fundamentar su requerimiento, A puede basarse en dos tipos de argumentos diferentes. Primero, puede decir que, vistas todas las circunstancias, él tiene derecho a disfrutar de su propiedad libre de contaminación. Sería un argumento de principio, un argumento que apela a los derechos como justificación de una decisión política que impone o protege tales derechos. O podría decir que la comunidad en cuanto tal estará mejor (porque respirará un aire más puro) si se prohíben actividades como las de B o, por lo menos, si a quienes las ejercen se les hace pagar para obtener el consentimiento de los más directamente afectados. Éste sería un argumento político, que apela a algún objetivo comunitario compartido para justificar una decisión política que favorece o protege dicho objetivo.

Supongamos que A presenta —y se le pide que defienda— una pretensión de principio: que él tiene derecho a que B no use su propia propiedad de la manera en que la está usando. A podría presentar una argumentación que no apelara de ningún modo a las consecuencias que pueden seguirse si a B se le permite que contamine el aire. Podría decir, por ejemplo, que la gente que compra una propiedad en la zona en cuestión lo hace en el entendimiento, confirmado por la convención, de que allí podrá respirar un aire completamente puro, y que su derecho emana exclusivamente de ese entendimiento general. Pero A podría usar también una argumentación más consecuencialista. Podría decir, por ejemplo, que la contaminación del aire será perjudicial para su salud y la de su familia, y que su derecho emana del hecho de que la acción de B lesiona un interés especialmente vital que A tiene derecho a ver protegido por la sociedad. De esta manera, A apela a las consecuencias del acto de B como argumento que respalda el derecho de A a que ese acto no se realice. Naturalmente, esta apelación a las consecuencias no convierte el argumento original en un argumento político. Si pensáramos lo contrario, estaríamos cayendo en el error de suponer

que, como los argumentos políticos nos llaman la atención sobre las consecuencias de tener o no tener una norma determinada, cualquier argumento que nos llame la atención sobre las consecuencias debe ser un argumento político.

Los argumentos consecuencialistas no sólo pueden ser introducidos en un debate sobre derechos por el proponente de un derecho, sino también por quien lo cuestiona. Supongamos que B cuestiona ante el poder legislativo los argumentos de principio de A. B podría oponerse directamente a tales argumentos, negando, por ejemplo, que la gente que compra tierra en ese sector de la comunidad cuente efectivamente con que esté controlada la calidad del aire, o bien negando que la contaminación que él provoca amenace efectivamente la salud de A o de su familia. También podría tratar de establecer un derecho suyo concurrente, de más peso que el derecho que ha establecido A, para así poder ganar el conflicto de derechos que se plantea. Y podría, a su vez, usar con este fin tanto argumentos consecuencialistas como no consecuencialistas. Si se mantiene en una actitud no consecuencialista, podría decir que quienes compren tierra en la zona parten del supuesto compartido de que pueden construir fábricas o usar la tierra de la manera que comercialmente les rinda más, sin que los vecinos opongan obstáculos ni trabas. O, dentro de una línea más consecuencialista, puede decir que si a él no se le permite producir la contaminación de la cual se queja A, no podrá obtener de su comercio los necesarios beneficios e irá a la quiebra, con consecuencias más graves para él que las que podría acarrear a A el mantenimiento de la contaminación. También aquí, esta llamada de atención sobre las consecuencias relativas de admitir o rechazar la pretensión de derecho de B es parte de un argumento de principio. En este caso, el argumento supone que B tiene algún derecho concurrente abstracto, y si se apela a las consecuencias es para demostrar que ese derecho concurrente es, dadas las circunstancias, de más peso, de modo que en realidad A no tiene el derecho concreto que él pretende al solicitar una ley. Si B consigue efectivamente convencer a los legisladores de que rechacen la ley, valiéndose de este tipo de argumentos consecuencialistas, de ello no se sigue que la decisión de denegarlo se haya generado en argumentos políticos. El poder legislativo no se ha negado a promulgar la ley en cuanto elemento estratégico que fomentaría globalmente la eficiencia económica, por ejemplo, sino más bien porque estaba persuadido de que B tenía efectivamente el derecho que decía tener, y A no.

Pero B puede plantear un argumento consecuencialista diferente y negativo, con la intención de anular la pretensión de derecho de A sin basarse —como se basan los argumentos que acabamos de describir— en la idea de que él tiene un derecho concurrente más fuerte. B puede decir, por ejemplo, que nadie puede tener derecho a que lo protejan de molestias si el coste de tal

protección para la salud económica de la comunidad ha de ser muy grande; y agregar entonces que, como su fábrica da empleo a la mayoría de la población laboral de la comunidad, evidentemente el coste de esa protección para A sería demasiado elevado. Supongamos que los legisladores encuentran aceptable el argumento y por ese motivo se niegan a promulgar la ley que pide A. Ahora podría ser más tentador decir que la decisión fue más bien una decisión política que de principio, pero igualmente sería un error. La cuestión que enfrenta el poder legislativo sigue siendo si, habida cuenta de todas las circunstancias, A tiene el derecho que pretende tener. Si los legisladores están persuadidos de que la respuesta a tal cuestión depende de alguna estimación de las consecuencias, eso no cambia la naturaleza de la cuestión que se procura responder. Deciden que A no tiene derecho a la ley y, por ende, rechazan esa razón para promulgarla. Por supuesto, el poder legislativo podría haber optado por considerar si, aparte no tener A derecho a la ley, no podría haber buenas razones políticas para promulgarla de todas maneras. En ese caso, los argumentos de B habrían desempeñado una doble función: habrían rebatido la pretensión de A de tener derecho a una ley, y habrían rebatido también —si los había— los argumentos políticos independientes en virtud de los cuales una ley así era deseable, aun cuando A no tuviera derecho a ella. En ese caso, el poder legislativo ha tomado dos decisiones: la primera, basada en argumentos de principio, que A no tiene derecho a lo que solicita; y la segunda, basada en argumentos políticos, que lo que él solicita iría más bien en detrimento que en favor de los objetivos comunitarios.

La diferencia entre un argumento de principio y un argumento político es, pues, una diferencia entre dos clases de planteos que puede formularse una institución política, no en la clase de hechos que pueden intervenir en una respuesta. Si una argumentación se propone responder a la cuestión de si un partido tiene o no derecho a un acto o a una decisión política, entonces se trata de una argumentación de principio, aunque en sus detalles sea consecuencialista de cabo a rabo. Por cierto, el crítico de un argumento de principio puede afirmar que es un mal argumento de principio, precisamente porque apela a las consecuencias de la manera que lo hace. Supongamos que el poder legislativo decide que A no tiene derecho a que se promulgue la ley porque B ha demostrado que el coste de modificar las fábricas para reducir la contaminación, aunque económicamente factible, es de todas maneras mayor que la pérdida en valores inmobiliarios causada por el actual nivel de contaminación. A podría protestar, afirmando que su derecho abstracto a disfrutar de su propiedad libre de amenazas para su salud es demasiado importante para ceder, en este caso, ante meras consideraciones de costes marginales. Podría agregar (como yo mismo lo haría) que aceptar ese tipo de razones como fundamento para negarse a reconocer un

derecho político concreto equivale a negar absolutamente la existencia de ningún derecho político abstracto, de modo que es incoherente conceder el derecho abstracto y negarse, sin embargo, a hacerlo valer en este tipo de caso. Pero éstas no son más que diferentes maneras de decir que los legisladores han cometido un error de principio: el de valorar demasiado poco el derecho abstracto, o incluso el de negarse totalmente a reconocerlo. Los legisladores pueden responder que el error no es de ellos, sino del crítico; la cuestión así debatida es una cuestión de principio, no una cuestión política.

¿Cómo hemos de decidir, en un contexto histórico, si una decisión política determinada ha sido tomada por razones políticas o de principio? Es probable que no sea cosa simple. Supongamos que usamos como ejemplo la serie de casos, de comienzos del siglo XIX, referentes a los derechos de los propietarios ribereños, que el profesor Horwitz estudia en su interesante libro.⁵ Si dos personas o dos empresas poseen tierras a diferentes alturas de una corriente de agua susceptible de ser embalsada, es posible que cada una de ellas quiera usar el agua de tal manera que ponga en desventaja a la otra. Horwitz cree que los tribunales de Massachusetts y de otros estados tomaron diferentes actitudes ante esos casos en momentos diferentes. Hubo un período en el que no permitían que uno de los propietarios hiciera casi nada que pudiera lesionar las probabilidades del otro, por más necesaria o valiosa que fuera para el primer propietario —o para la comunidad— la actividad así restringida. En otra época, aplicaron un criterio de razonabilidad: era cuestión de equilibrar lo que perdía el demandado, si no se le permitía usar su tierra del modo que él quería, con lo que perdía el demandante en caso contrario. Y hubo aún otro momento en que los tribunales se fueron al otro extremo: un propietario podía usar el agua que pasaba por sus tierras de la manera que a él le resultara provechosa, por más que así pudiera perjudicar al vecino. Horwitz sostiene que en cada uno de tales períodos, la práctica establecida tenía el efecto de beneficiar la expansión de la industria capitalista; los cambios en las normas jurídicas siguieron a cambios en la forma en que el agua podía contribuir a un uso más provechoso de la tierra. En varios casos límites en que las normas de derecho cambiaban, el tribunal justificó sus decisiones mediante consideraciones consecuencialistas. Frecuentemente, tales consecuencias eran, en primera instancia, consecuencias para el querellante o para el demandado, pero en algunos casos se hacía referencia explícita a los intereses económicos más generales de la comunidad.

Podríamos dar dos versiones muy diferentes de estos casos. La primera, la versión política. A comienzos del siglo XIX, los jueces aprovecharon la oportunidad que les ofrecían los litigios privados para establecer, respecto de la distribución de la fuerza motriz en las corrientes de agua, normas tales que promovieran

en la mejor forma posible el fin colectivo de alentar y reforzar una economía capitalista. A medida que las prácticas y circunstancias económicas cambiaban, los jueces fueron cambiando las normas para adaptarse a ello. Es indudable que estaban dispuestos a conceder que cada terrateniente tenía ciertos derechos sobre el uso de su tierra, tales que habría sido injusto alterarlos con el solo fin de respetar esa política. No se les habría ocurrido, por ejemplo, establecer una norma que prohibiera a los terratenientes usar de sus tierras, si así lo deseaban, de maneras económicamente ineficaces, ni permitir que un usuario más eficiente transgrediera los límites de la tierra de un usuario menos eficiente. Pero no vieron los casos *difíciles* relacionados con el uso del agua como casos que exigieran establecer con mayor precisión los derechos concretos de los propietarios vecinos cuando parecía haber conflicto entre los derechos abstractos. Por el contrario, dejaron de lado toda consideración de los derechos jurídicos vigentes de las partes en cuanto individuos, tal como podría hacer el poder legislativo cuando altera un régimen jurídico en interés del comercio.

La segunda versión es la versión del principio. Los jueces vieron estos casos como casos difíciles relacionados con los derechos concretos de los vecinos en circunstancias económicas cambiantes. Dieron por sentado, quizá sin haber reflexionado bastante, que en el caso de los derechos referentes al uso de la propiedad inmobiliaria, por lo menos, la consideración de las consecuencias desempeñaba un importante papel en la definición de tales derechos. Tal supuesto era parte de lo que, si hubiéramos de expresarlo con precisión, llamaríamos la teoría política de los jueces. De habérseles pedido que describieran la situación general en términos básicamente morales, los jueces habrían dicho que aunque uno tenga un derecho abstracto a usar como desee de su propiedad, no es justo que la use de manera tal que impida a sus vecinos disfrutar de similares derechos en el uso de su respectiva propiedad; pero que, por otra parte, no es justo que un terrateniente espere que otros se priven de dar un empleo útil a su propia tierra para permitir que él dé cauce a su preferencia por un empleo socialmente menos valioso de las tierras que posee. Razonable o irrazonablemente, podrían haber supuesto que esta misma descripción, muy aproximada y abstracta, de los derechos morales de los terratenientes en conflicto ofrecía la mejor justificación (en el sentido de los *Casos difíciles**) del derecho tal como ellos lo encontraban; y haber empezado entonces a hacer todo lo posible por elaborar normas de derecho para regir el uso ribereño, que enunciaran con la mayor precisión y protegieran con la mayor eficacia los derechos concretos que, en las condiciones económicas vigentes, dimanaran de tal análisis. Naturalmente, a medida que esas condiciones cambiaran, en virtud de ese análisis cambiarían los derechos concretos y serían necesarias nuevas normas fieles a los antiguos principios. Del hecho

de que los jueces tuvieran una visión consecuencialista de la dimensión de los derechos concretos referentes al uso de la tierra no se infiere que defendieran una teoría consecuencialista similar sobre otras clases de derechos. Su sentimiento podría haber sido diferente, por ejemplo, en lo referente a derechos que hayan de ser protegidos contra la invasión física de la propiedad o de la propia persona. Entonces sería justo, e incluso necesario, preguntarse por qué adoptaban un punto de vista diferente sobre el uso ribereño, o sobre el perjuicio, o sobre cualquier otro punto al cual se hiciera extensiva su teoría consecuencialista. Se podría encontrar la respuesta en alguna opinión para la cual los derechos sobre la propiedad fueran, en su origen, más institucionales que otros derechos más personales, o en alguna otra característica de una teoría política más o menos clara y explícita.

¿Cómo habremos de elegir entre estas dos versiones? Algunos críticos han de considerar que las dos no son más que maneras diferentes de decir la misma cosa, o que en la práctica no interesa cuál de ellas. escojamos como descripción general de la función judicial. No tardaré en responder a este cargo; pero si por el momento suponemos que las dos versiones son diferentes, quizá no sea tan simple decidir cuál de ellas hay que preferir como descripción de las decisiones jurídicas en cuestión. Espero, sin embargo, que haya quedado claro que la apelación a las consecuencias que pueda encontrarse en las opiniones no es decisiva, ni siquiera probatoria, en favor de la versión política. Sólo sería probatoria si fuera inverosímil suponer que los jueces pudieran tener una teoría consecuencialista de los derechos referentes a la propiedad inmobiliaria. Espero que esté claro también que el argumento de Horwitz —que las normas establecidas por los jueces eran de hecho las más adecuadas para promover el desarrollo de una economía capitalista— es congruente con cualquiera de las dos versiones. Si los jueces hubieran llegado a las mismas normas, pero sin hacer referencia a las consecuencias de permitir o prohibir los diferentes usos, entonces las afirmaciones de Horwitz apoyarían lo que, en el capítulo sobre casos difíciles, llamé la tesis antropológica, que sostiene que los miembros de una comunidad terminarán por establecer una teoría de los derechos que promueva efectivamente la prosperidad general tal como ellos la entienden. Estas afirmaciones no estarían en contradicción con la tesis, diferente, de que los jueces consideraban que al tomar sus decisiones estaban haciendo cumplir derechos. Tampoco pueden tener más fuerza contra la otra tesis, de que los jueces consideraban que estaban haciendo cumplir derechos en el marco de una teoría que hacía de las consecuencias [algo] relacionado con los derechos. En realidad, los argumentos de Horwitz tienden a apoyar lo que se podría llamar una versión neo-marxista de la tesis antropológica. Esta versión supone que los miembros de una clase dominante llegarán a establecer una teoría de los derechos que opere, no en beneficio de la comu-

nidad, como podrían suponer antropólogos más optimistas, sino sólo de su propia clase. De ser así, es un descubrimiento importante tanto para la historia como para la política, pero no habla en contra de la versión de principio, aunque ciertamente restringe cualquier conclusión evaluativa o normativa que se pudiera extraer de tal versión.

Pero todo esto se refiere a consideraciones que no cuentan en la elección entre nuestras dos versiones. ¿Cuáles son las que cuentan? Debemos recordar que, aunque se trate de una opción entre dos descripciones concurrentes de lo que *hicieron* los jueces, el éxito de una u otra de ellas depende de cuestiones que, para aquellos jueces, eran cuestiones de lo que debían hacer. No es mi intención suponer que ellos (o para el caso, los jueces contemporáneos) hayan establecido nuestra distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos, y que estuvieran intentando conscientemente tomar decisiones que pudieran caracterizar en un sentido o en el otro, valiéndose del lenguaje de tal distinción. Por el contrario, aunque la distinción no es ciertamente nueva, ni en la filosofía política ni en la jurídica, en jurisprudencia no ha sido especialmente tenida en cuenta. Más bien quiero decir que el mejor método de elegir entre nuestras dos caracterizaciones se preguntarse cuál se adecua mejor a las teorías morales y políticas que con alguna verosimilitud podemos atribuir a aquellos cuya práctica intentamos describir.

La versión de principio sería inverosímil, por ejemplo, si es inverosímil suponer que los jueces sostuvieran una actitud consecuencialista respecto de lo que un terrateniente puede, equitativamente, esperar de otro. Pero de hecho, es inverosímil suponer que *no* mantuvieran tal actitud consecuencialista, que durante siglos ha sido parte de la moralidad convencional, tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos. La gente cree que la propiedad de la tierra lleva consigo ciertos derechos, referentes tanto a lo que ha de hacerse en esa tierra, como a estar libre de interferencias resultantes de lo que se hace en las tierras vecinas; entienden que son dos clases de derechos que pueden entrar en conflicto y no creen que en ese caso ninguno de los dos vecinos tenga derecho moral alguno contra el otro, o que una clase de derecho tenga siempre primacía sobre el otro. Creen, en cambio, que en tales casos una de las partes tiene lo que se podría llamar el derecho «mayor» —por lo cual entiendo que una de las partes tiene un derecho concreto en las circunstancias dadas—, y que las consecuencias, no solamente para los dos vecinos, sino para la sociedad en general, tienen importancia para decidir quién es la parte en cuestión. Es verdad que estos aspectos consecuencialistas de lo que es razonable que un terrateniente espere se mezclan con otros aspectos, no consecuencialistas, tales como la cuestión de cuál de los dos usos en conflicto era más antiguo, o —como en el caso de la actual controversia sobre los derechos de aterrizaje del Concorde— de cuál es más «natural» o ha de

ser preferido por razones de moralidad política que no son consecuencialistas. La teoría popular se aproxima a todas estas consideraciones, y a otras, al juzgar lo que requiere la equidad en casos tales, y los hombres y mujeres comunes discrepen, de uno en otro caso, en cuanto a su correcta combinación, aunque es raro que nieguen absolutamente el papel de las consideraciones de consecuencias. La versión de principio supone únicamente que los jueces toman la misma actitud general hacia las cuestiones de equidad, y que cuando apelan a las consecuencias, la manera en que lo hacen y los puntos que enfatizan difieren de un juez a otro y de una a otra época, tal como en la vida ordinaria difieren de una persona a otra. Quizás el antropólogo social insista en que esas teorías de la equidad se derivan de alguna percepción comunitaria de la necesidad común, más bien que de principios de moralidad más abstractos; o, si prefiere la interpretación marxista, piense que son resultado de una percepción clasi-
sista de su propio interés. Pero estas interpretaciones diferentes de la tesis antropológica confirman, más bien que cuestionarla, la versión de principio.

B. Ejemplos en contra

No es mi intención seguir cuestionando si, históricamente, los jueces de Horwitz decidieron los casos ribereños con arreglo a argumentos de principio o políticos, aunque ciertamente, pienso que fueron de principio. Quiero, en cambio, usar la circunstancia fáctica de tales casos como tema de un ejercicio tedioso. Distinguiré con cierto detalle las diferentes cuestiones morales, políticas y judiciales que podrían plantearse respecto de tales circunstancias. A y B son propietarios de tierras vecinas; un río atraviesa ambas parcelas, pasando primero por la propiedad de A y después por la de B. A se propone embalsar el río para irrigar su parcela, o para obtener fuerza motriz para su fábrica, o para algún otro fin, pero eso hará que la utilidad de la corriente para que B concrete esos o parecidos fines quede sumamente disminuida.

1) Lo primero que se plantea es el problema moral directo de la equidad. Si no hay una ley que prohíba explícitamente que A construya el dique, cabe preguntarse si B tiene, sin embargo, un derecho (que podríamos llamar derecho «moral») a que A no interfiera de ese modo el disfrute de su tierra. Si B no tiene tal derecho a que A no construya el dique, ¿tiene derecho a que A le compense cualquier pérdida que él sufra porque el valor que el río tiene para él ha disminuido? Si B no tiene derecho a que A no construya el dique, ni tampoco tiene derecho a que A le compense la pérdida, ¿tiene por lo menos derecho a que A cuide de no causar más daño a los intereses de B que el necesario para los propósitos de A? ¿O bien B no tiene ninguno de esos dere-

chos, ni siquiera como cuestión de moral, de manera que A es perfectamente libre, tanto desde el punto de vista moral como desde el jurídico, de usar su tierra como mejor le parezca, dejando que B se las arregle lo mejor que pueda? Después de todo, B compró efectivamente una parcela situada río abajo, y es probable que por esa circunstancia haya pagado un precio menor.

Es obvio que [muchas] personas diferirán en la respuesta que den a estas cuestiones de moral privada, y que las diferentes respuestas reflejarán diferencias más amplias o más abstractas en la moralidad o las teorías éticas implícitas que sostengan. También es obvio, como acabo de decir, que lo más probable es que quienes estén simplemente dispuestos a pensar en tales problemas tengan en cuenta las consecuencias [de cada una de estas respuestas] para las partes, e incluso para la sociedad como tal. Es posible que digan, por ejemplo, que por más que uno tenga, en principio, derecho a disfrutar de los recursos de su propiedad, ese derecho no puede ampliarse hasta el punto de bloquear los beneficios sociales que podría obtener la comunidad, porque eso sería usar la propiedad privada para poner a la comunidad entre la espada y la pared.

(Hablo de lo que «muchas personas» pensarían porque me interesa en grado sumo distinguir la cuestión de si es admisible tomar el argumento que alguien formula como un argumento que es, para él o ella, un argumento sobre derechos, de la cuestión —diferente— de si es efectivamente un buen argumento sobre derechos. Como veremos, la primera cuestión es básica cuando nos preguntamos si una determinada decisión judicial sirve como ejemplo en contra del aspecto descriptivo de la tesis de los derechos. La última cuestión es más importante cuando lo que nos interesa es verificar el aspecto normativo de la tesis de los derechos (y, por ende, ver qué decisiones serían efectivamente decisiones correctas en función de dicha tesis). Ambas cuestiones son importantes cuando consideramos si la tesis de los derechos es trivial o (como dirían algunos) más modesta de lo que superficialmente podría parecer. Cuando digo que es probable que muchas personas asignen a las consecuencias un lugar importante en sus teorías de ciertos derechos (lo que se refiere a la primera cuestión), no doy a entender —ni tampoco niego— que tengan razón para hacerlo, ya sea en general o en el caso de esos derechos en particular.)

2) Llegamos ahora a una cuestión diferente: si sería correcto que los legisladores adoptaran una ley que (a) concediera a los propietarios que tienen parcelas aguas abajo el derecho jurídico de impedir la construcción de diques aguas arriba, o el de reclamar daños y perjuicios si se construye un dique así, o algún derecho más complejo que les permita exigir que la construcción de diques tenga en cuenta todos los factores necesarios para ser razonable, o (b) estipulara que el propietario cuya parcela se encuentre aguas abajo no tiene ninguno de tales derechos, con

lo que se derogaría cualquier ley anterior o cualquier precedente judicial en el sentido de (a). Supongamos que un legislador ha respondido a nuestra primera serie de cuestiones (sub-sección 1, arriba) decidiendo que B tiene derecho moral a la protección que le proporcionaría la ley (a). En esa decisión, el legislador tiene un argumento de principio para votar en favor de dicha ley. También puede pensar que la ley (a) promovería algún objetivo comunitario; incluso, si sus razones para suponer que B tiene el derecho están muy teñidas de consecuencialismo, es probable (aunque no inevitable) que piense que la ley favorecería algún objetivo comunitario. En ese caso tiene, adicionalmente, un argumento político en favor de la ley. Pero el hecho de que en ese argumento figuren las mismas consecuencias que figuraban en el argumento de principio no significa que el argumento político sea el mismo argumento.

Pero supongamos ahora que el legislador ha dado una respuesta negativa a la primera serie de preguntas: no cree que B tenga derecho a lo que estipula la ley (a). En ese caso, no tiene un argumento de principio en favor de la ley, pero es probable que de todas maneras tenga el argumento político. Si es así, puede, y es correcto que lo haga, votar la ley y crear un derecho jurídico allí donde no existía derecho moral alguno, porque el solo argumento político sería justificación suficiente. (Doy por supuesto que aunque el legislador piensa que A es moralmente libre de construir el dique, no cree que tenga un derecho legislativo político de hacerlo; es decir, no cree que A tenga un derecho político a que no se estatuya ley alguna que le impida hacerlo.)

Pero supongamos que la ley que se propone es la ley (b), que en vez de afirmarlo, niega el derecho de B, y supongamos que nuestro legislador considera que hay buenas razones políticas para votar *esa* ley. Si ha respondido negativamente a la primera serie de preguntas, tiene, en esa respuesta, un argumento de principio negativo. Quienes apoyan a B pueden afirmar que, puesto que B tiene derecho a lo que le niega la ley (b), es injusto votar la ley (b) exclusivamente por razones políticas. Nuestro legislador expone su argumento de principio, en el sentido de que B no tiene tal derecho moral, y después fundamenta su voto positivo de la ley en razones políticas. Por otra parte, si ha respondido afirmativamente a las primeras preguntas, tiene un argumento de principio contra la ley (b), si cree que ese tipo de derechos morales fundamentan derechos legislativos políticos, es decir, derechos a que el poder legislativo apoye los derechos morales. Si no lo cree así (como también es probable), entonces no supondrá que tiene un argumento de principio en contra de la ley, y considerará adecuado votarla por razones políticas.

3) Supongamos que el problema que plantea el comportamiento de A no ha sido presentado al poder legislativo y que no hay una ley ni del tipo (a) ni del tipo (b). Supongamos además que

no hay precedentes jurídicos claros que tengan el efecto que tendría alguna de tales leyes. Ahora, B enjuicia a A, ya sea solicitando un interdicto, una compensación por daños y perjuicios o alguna reparación más compleja. Es un caso difícil. Supongamos que el juez ha dado respuesta afirmativa a las cuestiones de equidad arriba planteadas; para decirlo brevemente, piensa que B tiene derecho moral a lo que pide. Supongamos también que el juez tiene una visión tal de los precedentes que la cuestión que antes hemos planteado —la cuestión de los derechos morales de B en contra de A— será decisiva en lo que respecta a los derechos jurídicos de B. (Espero que los argumentos más generales del capítulo sobre los casos difíciles demuestren en qué circunstancias nuestro juez podría pensar que la cuestión moral ejerce una influencia decisiva sobre la cuestión jurídica.) Si el juez responde por la afirmativa la cuestión moral y piensa que, habida cuenta de todos los factores, B tiene derecho moral a la misma reparación que solicita del tribunal, entonces pensará que tiene también derecho jurídico a ella. Tiene entonces un argumento de principio en favor de una decisión para B, y también un argumento de principio en favor de la edición de una norma nueva que favorezca en el futuro a quienes se encuentren en la posición de B. Es probable que también disponga de un argumento político en favor de la misma norma para el futuro. De hecho, si su argumento en favor del derecho moral es de índole muy consecuencialista, entonces (como sucedía con el legislador en la misma posición) será casi inevitable que las mismas consecuencias le proporcionen un argumento político. Pero los dos argumentos no son el mismo, y solamente el argumento de principio contará sustancialmente en favor de una decisión que apoye a B en el caso concreto.

Supongamos, sin embargo, que [el juez] tiene un argumento político en favor de la norma *contraria* (b) como norma para el futuro. Tal cosa parece improbable, pero posible, en particular si su argumento de principio en favor del derecho moral de B estaba principalmente fundado en factores no consecuencialistas. Si el juez edicta la norma (b) para el futuro, y aplica dicha norma de manera que en el caso presente vaya en contra de B, es obvio que su decisión se genera en un argumento político que vence a un argumento concurrente de principio. La decisión representaría un ejemplo en contra de la tesis de los derechos. Sin embargo, el caso no proporcionaría ejemplo en contra si el juez edictara la norma (b) para el futuro como un cambio «solamente probable» en el derecho, pero fallara en favor de B en el presente caso, lo cual es extremadamente improbable en un caso difícil de este tipo.

Supongamos ahora que el juez decide negativamente las cuestiones planteadas en la sub-sección 1: que no piensa que B tenga derecho moral a lo que solicita del tribunal. Considera también que esa decisión es concluyente para el derecho jurídico, según

el análisis del capítulo «Los casos difíciles»: por consiguiente no acepta que B tenga derecho jurídico a la reparación que pide. Tiene un argumento de principio negativo en favor de una decisión que apoye a A, y en favor de edictar la norma (b) como norma para el futuro. Si su argumento de principio negativo se basa principalmente en consideraciones consecuencialistas, el juez dispondrá también, probablemente, de un argumento político en favor de la norma (b) como norma para el futuro. Pero que disponga de ese argumento político no significa que el argumento de principio no sea suficiente para justificar su decisión. El querellante solicita la intervención del estado, por mediación del tribunal; es suficiente respuesta decirle que no tiene derecho a lo que pide. Pero supongamos ahora que el juez tiene un argumento político en favor de la norma (a) como norma para el futuro. También esto es posible, especialmente si su argumento de principio negativo, que se contraponía a la pretensión de derecho de B, no estaba muy teñido de consideraciones consecuencialistas. Si el juez anuncia la norma (a) como norma para el futuro, y después aplica esa norma al caso presente de manera que da ocasión al recurso de B contra A, entonces la decisión se ha generado en un argumento político. El caso también vale como un ejemplo en contra de la tesis de los derechos. (Pero tampoco ahora es así si su elección de la norma (a) es «solamente probable».) El tribunal no piensa que se disponga de ningún argumento de equidad que apoye la pretensión de B de que es injusto que A haya hecho lo que ha hecho, pero sin embargo, el tribunal se vale de su autoridad para conceder a B lo que éste pide de A.

Advertí ya que esta secuencia sería tediosa, pero por lo menos tiene el mérito de aislar aquellos casos que podrían servir como ejemplos en contra de la tesis de los derechos. Debemos buscar tales ejemplos en contra entre los casos en los cuales la opinión se apoya en algún tipo de argumentos consecuencialistas, pero los encontraremos únicamente en una sub-serie de tales casos. Serán aquellos en que (i) la decisión favorezca al querellante, pero sin que el tribunal piense que éste tiene, habida cuenta de todos los factores, derecho moral a lo que pide y se le concede, ni que un principio que describa ese derecho forme parte de una mejor justificación del derecho establecido, o (ii) la decisión favorezca al acusado, pero el tribunal no piense que el querellante no tiene derecho jurídico a lo que demanda. Si, en los casos en que la decisión favorece al querellante, el tribunal acepta efectivamente que éste tiene derecho moral a lo que solicita, entonces es increíble que el caso pueda servir como ejemplo en contra de la tesis de los derechos. Resultaría ser un ejemplo en contra solamente si hubiera razones por las cuales no se pudiera considerar que ese derecho moral era también un derecho jurídico; pero si el material jurídico básico es tal que permite una decisión en favor del querellante, entonces difícilmente puede tener la suficiente fuerza en contra del derecho moral como para excluir un

derecho jurídico del mismo tenor. Por cierto, no pueden servir como ejemplos en contra de la tesis de los derechos aquellos casos en que la decisión favorece al acusado y el tribunal opina que el querellante no tiene derecho jurídico alguno a lo que demanda. La tesis de los derechos supone que si, por lo menos en la acción civil privada ordinaria, el querellante no tiene derecho jurídico a lo que demanda, eso es un argumento de principio decisivo en favor de una decisión que apoye al acusado.

Admito que puede ser difícil decidir si el tribunal piensa o no que el querellante tenga algún tipo de derecho cuando el mismo tribunal no precisa, en su dictamen, que se está refiriendo a esa cuestión. Se trata de qué es lo que sea razonable atribuir a los jueces, a modo de supuestos o posiciones morales, aun cuando ellos mismos no hayan usado el vocabulario exacto, ni establecido las precisas distinciones, de que nosotros debemos valernos para hacer una atribución tal. Se trata de un asunto necesariamente conjetural, pero, como veremos, hay ciertos principios generales que podríamos seguir para decidir si una atribución así es o no admisible.

Ahora podemos preguntarnos hasta qué punto tienen éxito, en esta verificación, los (supuestos) ejemplos en contra que presenta Greenawalt, quien empieza por un par de casos hipotéticos de negligencia:

El acusado A, mientras conduce con cuidado, ve en la calle, delante de él, un bebé vivo y, al hacer un viraje para no atropellarlo, no puede evitar el choque con el coche aparcado del querellante. El acusado B, que también va conduciendo con cuidado, ve en la calle un conejo muerto y, como le hace muy mala impresión pisar animales muertos, hace un viraje sin poder evitar el choque con el coche aparcado del querellante. El acusado A no es negligente, y el acusado B sí lo es, precisamente porque el bienestar del bebé hace que el viraje de A sea razonable, en tanto que el bienestar del conejo muerto [!] no era [motivo] suficiente para que lo fuera el viraje de B.⁷

En el caso de A, el acusado gana, pero sería irrazonable atribuir al hipotético tribunal la opinión de que el demandante tuviese siquiera derecho moral a que se matara a un bebé con el fin de evitar que resultara dañado su coche. Por ende, el caso no puede ser un ejemplo en contra. En el caso B, el querellante gana, pero es irrazonable no atribuir al hipotético tribunal la opinión de que la gente tiene derecho a que el valor de su propiedad no resulte dañado por una simple cuestión de remilgos. Por ende, el caso B tampoco puede ser un ejemplo en contra.

Greenawalt presenta después casos de perjuicio como los que ya he considerado.

Una persona puede actuar de manera perfectamente razonable si inicia en una zona apartada una actividad industrial

que acarrea necesariamente malos olores o contaminación del aire. En tanto que la población adyacente siga siendo pequeña y que el daño que sufre cada propietario no sea muy grande, nadie puede tener derecho a hacer que se paralice esa industria. Pero si, aunque sea por causas fortuitas e imprevisibles, la zona llega a estar densamente poblada, esa actividad puede volverse perjudicial y cada uno de los propietarios vecinos, o el ayuntamiento, puede tener derecho a suprimirla, aunque a cada persona afectada no se le haga más daño del que se les hacía a quienes vivían en las inmediaciones cuando la población era muy pequeña. ... Será llevar las cosas demasiado lejos decir que la supresión preceptiva [en el segundo caso] es simplemente la aplicación de un principio que exige un razonable respeto por los demás.⁸

En el primer caso, cuando la zona afectada quedaba lejos, el querellante pierde, pero parece inadecuado atribuir al hipotético tribunal la idea de que el querellante tenga algún derecho concreto a que el propietario de la fábrica desista. Cada una de las partes tiene un derecho abstracto a usar de su tierra sin interferencias externas, y se hace necesario algún compromiso entre tales derechos. En igualdad de condiciones, el acusado es moralmente libre de usar su tierra como mejor le parezca. La cuestión moral que se plantea es si, dadas todas las circunstancias, entre muy pocas personas (cada una de las cuales resulta menos afectada adversamente de lo que lo estaría el propietario si se viera obligado a cesar su actividad), cualquiera tiene derecho a que el acusado no use su tierra [porque el uso que le da provoca malos olores]. Nuestra sensación —en la cual se apoya el ejemplo hipotético— de que la decisión favorable al acusado es justa supone que daríamos a esa cuestión una respuesta negativa. En el segundo caso, sin embargo, el problema moral es totalmente diferente. Ahora el acusado debe defender, contra la acusación de cualquier querellante en particular, la libertad moral de usar de su tierra en una forma que causa daños a muchísimas personas. Considerada exclusivamente como reclamación moral, es mucho menos defendible. De hecho, es parte importante de la moralidad convencional que alguien que demuestre un «razonable respeto por los demás» debe tener en cuenta la cantidad de personas que resultarán dañadas por lo que él hace, al mismo tiempo que la cantidad de daño que cada una de ellas padecerá. Si la misma acción, con el mismo beneficio para quien la realiza, perjudica —aunque sea en el mismo grado— a mayor número de personas, entonces el actor muestra menos respeto para cada una, si persiste, de lo que sería el caso si el número de perjudicados hubiese sido menor. De modo que incluso si cada querellante, en el segundo caso, tuviera que hacer valer únicamente el mismo interés que tenía el querellante en el primero, la libertad moral del acusado, dada la obligación general de tratar con respeto a sus vecinos, es mucho menor. Dado el cambio de circunstancias,

bien podría parecer admisible insistir en que el derecho de cada querellante a ese nivel de respeto resulta, en este caso, en un derecho concreto a hacer que se suprima el perjuicio.

El análisis que presenta Greenawalt de los casos de perjuicios (y su análisis, más general, de la forma en que se puede considerar que los intereses de terceros afectan a la decisión de litigios privados) hace pensar que su autor no advierte la diferencia entre un argumento político y un argumento de principio que se apoya en la consideración de consecuencias. Es posible que, en este punto, lo haya confundido el hecho de que yo no detallase los puntos señalados en el párrafo siguiente, como también mi análisis —que él cita— del criterio de negligencia de Hand. Decía yo que aunque Hand, y otros que deciden los casos de negligencia de la manera que él sugiere, apelen a las consecuencias, tales apelaciones son métodos para llegar a un compromiso entre los derechos concurrentes de las partes. Y señalaba que, en relación con ello, las consecuencias que se tienen en cuenta son consecuencias para las dos partes, y no (como sucedería en el caso de un argumento político) consecuencias para la comunidad como tal.⁹ Comparaba la regla de Hand con una regla imaginaria que estipulase que incurría en negligencia quien no corriese un peligro para salvar a alguien que era, para la sociedad, más importante que él mismo. Decía que esa regla imaginaria sólo podía ser consecuencia de un argumento político, porque ofrecería a un querellante, y exigiría de un acusado, lo que sería ofrecido y exigido por una moralidad cabalmente utilitarista. En este punto, yo debería haber sido más cuidadoso; debería haber dicho que sería increíble suponer que algún tribunal pudiera adoptar la regla imaginaria basándose en argumentos de principio, porque sería inaceptable suponer que ningún tribunal defendiera la opinión de que las personas tienen los derechos y obligaciones morales que pudiera sugerir una simple teoría moral utilitarista; y sería increíble suponer que ningún tribunal pensara que una teoría del derecho que incluya esa opinión pueda ser una justificación adecuada —en el sentido de Hércules— de la ley de negligencia. Por consiguiente, si de hecho algún tribunal adoptara una regla tal, sería inevitable la conclusión de que su decisión se generaba en un argumento político, y nos encontraríamos, finalmente, con un argumento claro en contra de la tesis de los derechos.

Quizá sea útil enunciar más abstractamente de qué manera podrían figurar, en argumentaciones referentes a los derechos, las consideraciones referentes a los intereses de terceros.¹⁰ Aunque un caso de negligencia implica efectivamente un conflicto entre dos derechos concurrentes, se trata típicamente de derechos que, a los fines de Hohfeld, son de tipos diferentes. El querellante tiene una pretensión de derecho de que otros actúen hacia él y su propiedad con cierto nivel de consideración y respeto; el acusado tiene libertad para conducir sus asuntos sin consideración exa-

gerada de las consecuencias para otros: el compromiso que se requiere es un compromiso entre las exigencias de esa pretensión de derecho y el alcance de esa libertad. En ocasiones, las consideraciones que aumentan o disminuyen la fuerza de la pretensión de derecho son, automáticamente, consideraciones que disminuyen o aumentan la fuerza de la libertad abstracta. Tal sucede cuando el daño potencial para el querellante es especialmente grave, por ejemplo, o cuando el coste de evitar la amenaza es, para el acusado, especialmente grande. En un caso tal, las consideraciones de consecuencias se limitarán a las que afecten directamente a los intereses de las partes. Pero habrá ocasiones en que las consideraciones de consecuencia que emanan de los intereses de las otras partes afectarán, independientemente, ya sea a la fuerza de la pretensión de derecho o a la fuerza de la libertad, porque los argumentos de equidad en que tales derechos se apoyan hacen que esas consideraciones vengan al caso. El segundo caso de perjuicio que acabamos de estudiar lo ejemplifica: a causa de la mayor cantidad de personas con pretensiones abstractas de derechos concurrentes que resultarían adversamente afectadas, ya no era moralmente admisible que el acusado invocara un derecho concreto a la libertad de contaminar. En ocasiones, los intereses de otros serán, aparte cualquier cuestión de derechos concurrentes, lo bastante importantes como para vencer a un derecho abstracto. Pero eso sólo sucederá cuando esos intereses sean muy importantes y las consecuencias muy graves. Consideremos el caso siguiente," que fue detalladamente estudiado en un seminario de Oxford. La querellante, que ha sido denunciada por un informante anónimo ante la Sociedad para la Prevención de la Crueldad con los Niños, enjuicia ahora a la Sociedad por haber perjudicado su reputación y pide que previamente al proceso le sea suministrado el nombre del informante, alegando que necesita de esa información para proseguir su caso. El tribunal se niega; aunque concede que en general los querellantes tienen derecho a la información que necesitan, argumenta que en este caso la eficiencia de la Sociedad se reduciría si se supiera que puede verse obligada a revelar los nombres de los informantes anónimos. Supongamos que la querellante tenga algún derecho moral abstracto a que ese dato le sea revelado. Eso significa que, para una regla que prohíba tales revelaciones, no sería justificación suficiente el que las agencias funcionarían con mayor eficiencia y, por consiguiente, la comunidad como tal estaría mejor si los registros de las agencias jamás pudieran ser accesibles a los querellantes. Sin embargo, podría ser que en este caso la querellante no tenga un derecho concreto a esa revelación. Se podría argumentar con éxito que los niños, que estarían mejor protegidos si los archivos de la Sociedad fuesen secretos, tienen derechos concurrentes que, dadas las circunstancias, son de mayor peso. Sin embargo, incluso si ese argumento falla, aún se puede sostener que el daño infligido a esos niños es tal que

el derecho abstracto de la querellante a que le sean revelados los datos debe ceder, porque si bien es un derecho, no es tan importante ni tan poderoso como para triunfar sobre una desventaja social especialmente grave. Por supuesto que en cualquier argumento tal (independientemente de que se valga o no de la idea de derechos concurrentes) está implícito algún supuesto referente al peso relativo del derecho abstracto de la querellante a que le sean revelados los datos. Si la querellante fuera la acusada en un proceso criminal, el argumento de que tenía derecho a conocer esos datos pese al posible daño futuro que pudieran sufrir otros niños sería, evidentemente, mucho más poderoso.

Greenawalt va aún más lejos en busca de otros ejemplos en contra, para lo cual aborda problemas jurídicos más especializados. Analiza, por ejemplo, uno de los casos más extraordinarios del Tribunal de Apelación de Nueva York, referente a un conflicto de derechos.¹² Un residente neoyorquino se mató en un accidente de automóvil en Maine, por negligencia de su hermano, quien en ese momento vivía en Maine, pero antes del proceso se mudó a Nueva York. Un tribunal neoyorquino, ¿debe aplicar el derecho de Maine, cuya leyes limitan decididamente las sentencias favorables en los casos de muerte por negligencia ajena? Hay buenos argumentos en el sentido de que los supervivientes de un residente neoyorquino tienen derecho, en un tribunal neoyorquino, a los límites que establece el derecho neoyorquino [a la responsabilidad] en casos de muerte por negligencia ajena, aun cuando el accidente haya sucedido fuera del estado, en tanto que no sea injusto (y en este caso no lo habría sido) mantener el interés del acusado, una compañía nacional de seguros, hasta ese nivel. Creo que una teoría razonable en el conflicto de derechos apoyaría ese resultado, pese a la opinión disidente en este caso. Pero la mayoría, que opera desde el punto de vista del centro de interés característico que es Nueva York, dijo que uno de los factores que se podría tener en cuenta en la decisión de cuál era el derecho «adecuado al agravio» era que el acusado se hubiera mudado a Nueva York antes de que se iniciara el proceso. Creo que eso fue el resultado de haber entendido mal el sentido de las últimas matizaciones en la teoría de los conflictos, resultado que ha sido condenado no solamente por la opinión disidente, sino por decisiones tomadas en otras jurisdicciones.¹³ Pero pese a ello, cabe preguntarse si una decisión tal convierte al caso en un ejemplo en contra de la tesis de los derechos.

No, si se puede entender que el argumento de que el cambio de residencia del acusado nominal a Nueva York debe afectar al resultado del caso se apoya en la teoría siguiente. «La cuestión de la elección de derecho no es una cuestión que se plantee qué derechos tenía cada una de las partes frente a la otra en el momento del accidente o inmediatamente después de éste. Podríamos decir que la querellante tenía un derecho [en el marco] del derecho neoyorquino, y un derecho diferente y mucho menos va-

lioso en el marco del derecho de Maine. La cuestión de la elección de derecho es la siguiente: cuál de esos derechos diferentes otorga un derecho institucional en contra de un tribunal neoyorquino en el momento del proceso, de manera que justifique una determinada decisión de ese tribunal. La cuestión debe ser respondida (de acuerdo con esta teoría) teniendo en cuenta muchos factores, entre ellos la residencia de las partes en el momento del proceso. Cuenta en favor de la pretensión de la querellante, de que tiene un derecho institucional a que el tribunal haga valer la demanda por muerte por negligencia ajena que le proporciona Nueva York, el hecho de que el acusado sea residente en Nueva York en el momento en que la querellante argumente que tiene ese derecho.»

En realidad, por más que sean pocas las jurisdicciones que aceptan la conclusión enunciada en el párrafo anterior, gran parte de las formas más recientes de la teoría de los conflictos presuponen alguna teoría como ésta de la conexión entre la cuestión de los conflictos y cuestiones sustantivas. Un juez que se ajuste a la totalidad de la teoría, incluso el último párrafo, no desobedece a la tesis de los derechos, aunque de todas maneras pueda estar equivocado.

¿Qué explicación alternativa se puede dar del caso? Parece ridículo suponer que la decisión fuera generada por consideraciones *políticas*. Un tribunal neoyorquino no podría pensar que las sumas que están en juego en ese caso particular puedan tener la menor importancia en función del bienestar colectivo del estado de Nueva York. Normalmente, cuando se propone que los tribunales sienten jurisprudencia con fines políticos, lo que se supone que ha de tener efectos benéficos son los efectos futuros de las normas que edictan. Pero los efectos futuros de esta proposición —que si los acusados pasan a ser residentes en el estado de Nueva York después de un accidente, se puede usar el derecho neoyorquino para dictar sentencia en contra de ellos— son totalmente inciertos y, en todo caso, desdeñables. ¿Piensan acaso los jueces que el estado de Nueva York necesita más residentes sujetos a proceso, que acudan allí porque el derecho neoyorquino los favorece más o, como en el presente caso, si desean ayudar al [o a la] querellante en contra del interés legítimo de la otra parte? ¿O quieren desanimar a otras personas en situación semejante, que podrían caer en la tentación de mudarse a Nueva York, porque tales personas renunciarían a hacerlo (por lo menos mientras no hubiera terminado el proceso) si el derecho neoyorquino no las favorece? ¿O los jueces piensan realmente que el bienestar colectivo de Nueva York resultará favorecido en la medida suficiente para justificar la decisión, por el solo efecto de la decisión presente, sin tener en cuenta ninguna consideración futura, porque el dinero será transferido de una compañía de seguros con gran movimiento en Nueva York a una familia neoyorquina, y entonces subirán las primas de seguros de una nueva familia

neoyorquina? Si tal es el caso, el tribunal habría hecho mejor en adoptar el principio que yo sugería, que justificaría sentencias favorables para las familias neoyorquinas en contra de los aseguradores nacionales en accidentes acaecidos en otros estados, independientemente de que el acusado nominal se mudase o no a Nueva York. Eso causaría más transferencias lucrativas sin incrementar las presiones demográficas. De hecho, el caso de Greenawalt es un ejemplo especialmente débil para la tesis de que los tribunales toman sus decisiones con el fin de promover determinadas políticas, aunque la idea no es mucho más verosímil, desde el punto de vista de la racionalidad, en la generalidad de los casos difíciles de derecho civil.

De paso, los últimos ejemplos en contra que cita Greenawalt dan pie más firme a mi conjetura de que ha confundido argumentos políticos con argumentos de principio que se apoyan en las consecuencias.¹⁴ Si las consecuencias del cumplimiento específico de un contrato fueran inútilmente antieconómicas, ya fuera para el acusado o para la comunidad como tal, entonces eso es un argumento de principio negativo en contra de [la posibilidad de] que el querellante tenga, en justicia, derecho al cumplimiento específico, aunque tenga efectivamente derecho a daños y perjuicios. Las normas sobre discutibilidad del derecho consuetudinario, o *de minimis non curat lex*, pueden apoyarse ciertamente sobre consideraciones de consecuencia, incluidas las que mencioné en el capítulo sobre casos difíciles.¹⁵ Estas consideraciones de consecuencia pueden ser de importancia suprema cuando la cuestión es si es suficiente un derecho moral básico a daños y perjuicios mínimos, o a un recurso que ya no tiene valor práctico alguno, para fundamentar un derecho institucional a una audiencia y una disposición onerosas, especialmente cuando hay otras demandas importantes para los recursos comunitarios que habría que gastar.

C. Trivialidad

Ahora debo hacer frente al segundo miembro del dilema con que, en opinión de Greenawalt, me enfrento. Quizá los argumentos que acabo de dar sean los que él esperaba que formulase en respuesta a las cuestiones que él y otros plantean. Greenawalt predice que mi respuesta dejará perfectamente en claro lo que él ya sospecha, es decir, que la distinción entre lo que es «de principio» y lo que es «político» no puede tener la importancia teórica que le atribuyo.

Debemos, sin embargo, distinguir dos versiones de esta afirmación. La primera sostiene que, por lo menos en la práctica, no hay diferencia entre un argumento de principio, tal como yo lo defino, y un argumento político, porque siempre es posible sustituir uno por otro. Tal afirmación se podría enunciar de esta manera: dar a un juez la instrucción de que siempre debe en-

contrar un argumento de principio para fundamentar su decisión en un caso difícil no supone para él diferencia alguna, porque, con tal instrucción o sin ella, decidirá de la misma manera. La segunda versión sostiene que, sea o no así, la distinción no puede tener la importancia jurisprudencial que le asigno porque mis razones para pensar que los enigmas jurisprudenciales y normativos se resuelven si los jueces deciden basándose en principios no son legítimas.

La primera versión de la afirmación de trivialidad debe ser distinguida de otra afirmación diferente, en la cual no sé si pensaba Greenawalt. Es el cargo de que, una vez que se entiende de qué manera muchos tipos diferentes de argumentos pueden contar como argumentos de principio, la tesis de los derechos pierde su poder de instrumento crítico. Si resulta que todo tipo de argumentos consecuencialistas pueden ser más bien argumentos de principio que argumentos políticos; si resulta que, con raras excepciones, todos los jueces se han valido siempre de argumentos de principio, entonces mal puede contar como factor importante en jurisprudencia normativa decir que los jueces deben hacer precisamente lo que de todas maneras harían y ya han hecho. Concedí lo más importante de dicho «cargo» cuando dije que la intención de la tesis de los derechos era tanto descriptiva como normativa. Si pensara que mi tesis es un estandarte revolucionario, mal podría argumentar que los jueces hacen, de manera característica, lo que [la tesis] recomienda. Me esforcé en subrayar que mi intención no era ofrecer un programa de reformas, sino una mejor caracterización de lo que ya todos sabemos que hacen los jueces; mejor porque nos permitiría ver que muchos problemas conocidos por la jurisprudencia conceptual y política no se originan en los hechos de la adjudicación, sino en nuestra propia manera engañosa o errónea de describirlos, como si nos hubiéramos metido en complicaciones conceptuales al suponer que M. Jourdain hablaba en verso libre.¹⁶ Si la segunda versión de la pretensión de trivialidad fuera cierta, entonces este ejercicio no tendría sentido. En cuanto a la comprensión del proceso jurídico, no estaríamos mejor si escogiéramos una descripción diferente de las mismas prácticas. Pero si la segunda versión es falsa, entonces la objeción de que en la tesis de los derechos no hay fuerza revolucionaria es simplemente, como ya dije, una enunciación de su éxito.

De ello no se sigue, sin embargo, que la tesis de los derechos no tenga poder crítico. Hay actualmente muchos jueces que dicen que su trabajo consiste en legislar en los intersticios del derecho, y que esto significa conducirse de la misma manera que se conduciría un legislador, teniendo en cuenta consideraciones políticas cuando se presenta la oportunidad. La mayoría de quienes esto afirman se limitan a expresar, en el lenguaje de la antigua jurisprudencia, que sus deberes incluyen la creación de normas nuevas en los casos difíciles, no que cuando lo hacen se dejen

guiar por lo que yo llamo argumentos políticos. Pero hay indudablemente algunos que intentan practicar lo que aparentemente predicen, y la tesis de los derechos proporciona un estándar para denegar que lo que hacen sea correcto. Pero el principal valor crítico de la tesis de los derechos se encuentra en un nivel de crítica diferente. Podemos conceder que los jueces se atienen a la tesis de los derechos, y aun así sostener que cometen errores, ya sea porque se apoyan en una teoría básica —moral o política— débil o porque caen en errores de análisis más burdos. La tesis de los derechos orienta esta crítica poniendo al descubierto la estructura profunda de los argumentos judiciales en los casos difíciles, incluyendo los principios de [los] derechos que dicha estructura contiene y, por consiguiente, las teorías morales y políticas más generales que tales principios presuponen. Demuestra que una crítica eficaz debe aislar y evaluar dichos principios y teorías y, si es necesario, oponerles teorías supuestamente más sutiles o más firmes. Y favorece una vinculación entre el derecho y la filosofía política y moral que debe ser benéfica para ambos.

Esto es, sin embargo, un rodeo, y debemos regresar a la primera de las dos afirmaciones que distinguí. ¿No establece diferencia alguna que digamos a un juez que debe decidir basándose únicamente en argumentos de principio o que le digamos que, en los casos difíciles, puede valerse igualmente de argumentos políticos? Es obvio que la diferencia que establezca debe depender de la teoría moral y política del propio juez, y especialmente del grado en que éste piense que los argumentos consecuencialistas son adecuados para decidir qué derechos tienen las personas. Si el juez tiene una teoría de los derechos estrictamente deontológica, las dos instrucciones habrán de tener efectos muy diferentes. Aunque cabe preguntarse en qué medida conseguirá el juez encontrar sus principios deontológicos en la mejor justificación del derecho existente, autorizarle a que se valga de argumentos políticos para tener en consideración las consecuencias lo liberaría de las restricciones deontológicas que, algunas veces al menos, deben impedir que haga figurar esas consecuencias en un argumento de principio que él acepta. Pero, como ya dije, son muy pocas las personas que tienen una teoría de los derechos rígidamente deontológica, de modo que la mayoría de los jueces pensarán que, incluso cuando están en cuestión los derechos políticos y morales, los argumentos consecuencialistas desempeñarán un papel en la definición de las dimensiones de tales derechos. Pueden sostener, sin embargo, gran diversidad de teorías diferentes sobre el papel que puede caber adecuadamente a las consideraciones consecuencialistas. Sería útil establecer, por lo menos, algunas sumarias distinciones entre esas diversas teorías.

1) Supongo que la teoría de los «derechos» que llevara el consecuencialismo a sus límites más extremos sería una teoría del utilitarismo del acto, que sostiene que todos tienen el deber de

actuar, en toda ocasión, de manera tal que produzca los mejores resultados —como los definiría un utilitarista— y que quienes ocasionalmente se beneficiaran de tales actos tienen «derecho» a ellos.

2) Se podrían construir otras teorías de los derechos, más admisibles pero aun así relativamente extremas, a partir de una u otra forma del utilitarismo de la regla. Alguien podría sostener, por ejemplo, la teoría de que todos tienen el deber de actuar de acuerdo con aquella norma de conducta que, entre todas las que verosímilmente podría considerar la gente en situaciones semejantes, produciría como norma las mejores consecuencias si todos los que se hallan en tal situación aceptarían esa norma. De acuerdo con esa teoría, alguien que esté a punto de construir una fábrica en un terreno próximo a un área residencial tendría que considerar cuál de las reglas referentes a causar molestias (que verosímilmente podría considerar cualquiera que estuviese en su situación) produciría las mejores consecuencias si, en efecto, todos la aceptarían, y actuar de acuerdo con ello. Los que resultarían beneficiados por el cumplimiento de ese deber tendrían el derecho correspondiente.

3) De otras formas del utilitarismo de la regla se derivarían teorías de los derechos menos exigentes. Alguien podría creer que la gente tiene los derechos y los deberes estipulados por las normas existentes de la práctica social, pero sólo si esas normas aceptadas producen consecuencias mejores que las que produciría cualquier otra norma susceptible de ser aceptada, o sólo si producen mejores consecuencias que las que se producirían en ausencia de toda norma.

4) Es posible que alguien rechace todas las formas de utilitarismo y sin embargo acepte que en los argumentos sobre derechos corresponde un lugar prominente a la consideración de las consecuencias. Ya he dado una descripción general de una teoría tal. Alguien podría pensar que la gente tiene derecho a la consideración de otros, de lo cual se sigue que otros no pueden causarles grave daño por logros relativamente pequeños para sí mismos, o que no pueden abstenerse de salvarla de un daño grave si están en situación de hacerlo con escaso riesgo para sí mismos. Tal derecho abstracto hace que la consideración de las consecuencias venga al caso toda vez que la acción o la omisión de una persona puede tener consecuencias graves para el bienestar de otras, pero es posible que la teoría insista en diversas distinciones que harán que el papel de las consecuencias difiera en situaciones diferentes. Puede, por ejemplo, prever un estándar más elevado de cuidado o sacrificio cuando el riesgo es más bien de daño a las personas que a la propiedad; y puede hacer que ciertos derechos concurrentes, como el derecho a expresar en público la propia opinión o el de escoger con quién uno se asocia, sean tan importantes que, en los casos concretos, sólo fallen cuando las consecuencias de su ejercicio fueran inmediatas y graves,

en tanto que puede hacer que otros derechos, como el derecho a desarrollar la actividad que uno quiera en la parcela de tierra que es suya, sean tanto menos importantes que en determinadas circunstancias serían suficientes consecuencias mucho menos graves para denegar el derecho.

5) Puede ser que alguien tenga una teoría especial sobre los derechos institucionales, como los referentes a la institución social de la propiedad inmobiliaria; una teoría que es al mismo tiempo consecuencialista y no utilitarista. Tal persona podría tomar, ante las instituciones sociales, la actitud que tomó respecto del juego, el árbitro de ajedrez que vimos en el capítulo sobre casos difíciles.¹⁷ Acepta que las personas tienen los derechos políticos que estipulan esas instituciones, no porque crea que la institución funciona con miras al interés general, sino porque razones de equidad exigen que las instituciones establecidas sean administradas de acuerdo con sus reglas y con las expectativas que tales reglas generan (como la regla de que nadie puede traspasar físicamente los límites de un terreno ajeno sin autorización del propietario). Pero cree que el sentido de las instituciones sociales reside en ciertas consecuencias generales que popularmente se supone que obtienen, y que los casos difíciles que se originan en un conflicto de derechos abstractos en el seno de la institución han de ser resueltos, por razones de equidad, teniendo en cuenta el influjo de este punto. Podría creer que lo importante de las normas consuetudinarias sobre la forma en que otros usan de su tierra, por ejemplo, es que reducen la fricción entre los terratenientes y deciden los casos difíciles de daños y molestias, así como el árbitro de ajedrez decide los casos difíciles del juego teniendo presente su concepto de lo que éste es. También aquí, alguien que tuviera esta variedad de teoría consecuencialista puede sostener una teoría de los derechos diferente y no consecuencialista, que no se deriva de instituciones sociales, y mantener una opinión muy diferente sobre el sentido de otras instituciones sociales.

Esta muestra de teorías sobre los derechos que tienen diferentes ciudadanos no apunta a otra cosa que a ejemplificar las diferentes teorías posibles y la complejidad potencial de cada una de ellas. Al considerar la primera versión de la afirmación de trivialidad, debemos tener presente que los jueces pueden sostener implícitamente cualquiera de estas teorías o cualquier otra que yo no haya descrito. Debo tener cuidado de no cometer un error que en ocasiones se me atribuye. No creo que todos, ni siquiera la mayoría de los jueces hayan consagrado su tiempo al estudio abstracto de la filosofía moral, ni que se hayan decidido por alguna teoría explícita de los derechos, de modo que se pueda suponer que algunos andan con un ejemplar de Kant bajo la toga, en tanto que otros se pasean con ejemplares de Bentham o de Teilhard de Chardin. Supongo únicamente que cada uno tiene ante la idea de los derechos una serie de actitudes —que

no necesariamente están expresadas con claridad, y que ni siquiera son coherentes—, a las cuales recurre cuando debe decir cuáles son sus deberes hacia quienes están frente a él.

No estableceré ningún supuesto referente a la popularidad relativa de las diferentes formas de teorías consecuencialistas sobre los derechos, aunque pienso que las teorías semejantes a las dos últimas que describí son mucho más comunes que las del estilo de las tres primeras.

Si un juez sostiene una teoría semejante a una de las dos últimas, responderá de manera muy diferente a la instrucción de que debe decidir los casos difíciles basándose en argumentos de principio (y teniendo en cuenta las consecuencias cuando el principio así lo exija), que si se le dijera que decida los mismos casos basándose en argumentos políticos. Consideremos, por ejemplo, un juez que sostiene alguna forma de la teoría del «respeto» que se describe en la sub-sección 4, y que está proyectando un plan para la administración de los ríos que atraviesan tierras destinadas en parte a la explotación agrícola y en parte a la explotación industrial. Si el juez fuera miembro del poder legislativo, respaldaría ese plan, considerando que es el que permite el uso socialmente más eficiente de esas corrientes de agua. Si le dijeran que resolviese los casos de propietarios ribereños basándose en razones políticas, eligiendo las normas más eficientes para el futuro y decidiendo los casos que se le presentan como si esas normas estuvieran ya en vigor, el juez diseñaría normas que se aproximarán tanto como fuese posible al plan que él propondría al poder legislativo. Las simplificaría, sin duda, porque no podría introducir un conjunto complejo de reglamentaciones en la opinión judicial de magnitud ordinaria (por más que no haya razón para que su propia opinión no pueda ir pareciéndose cada vez más a las leyes, con lo que se va anulando esa convención). Pero las simplificaciones serían tales, en lo posible, que dejaran intacto lo esencial del esquema. Si, como parte de las instrucciones recibidas, dijeran al juez que debe considerarse como un socio menor del poder legislativo y mantener sus nuevas normas dentro de los límites establecidos ya por éste, esta restricción casi no tendría efecto en aquellos casos en que el poder legislativo hubiera dejado ya la reglamentación de la ley en manos de los tribunales, como en el caso de los derechos ribereños. En otros casos, la restricción le exigiría que diera por fijadas ciertas estrategias establecidas ya por los legisladores, pero la decisión de qué parte de sus propios planes queda, por consiguiente, excluida no tendría relación alguna con consideraciones de equidad o de derechos.

Pero supongamos, por otra parte, que le dicen que tiene que decidir los casos ribereños basándose en razones de principio y dejar a un lado su querido plan. Ahora el juez debe preguntarse, por ejemplo, si el derecho abstracto del demandante a la consideración de su vecino lo autoriza para insistir en que el deman-

dado no construya el dique para levantar una fábrica que crearía una fuente de trabajo necesaria para la comunidad. Por razones que ya he dado, nuestro juez tendría indudablemente en cuenta la importancia de esos trabajos para la comunidad, el gasto —y la consiguiente ineficacia— de adaptar la fábrica para que funcionara sin la energía que le proporcionaría el dique, las fuentes alternativas de agua de riego con que cuenta el demandante y, además, factores no consecuencialistas que también afectan al problema del respeto, como la cuestión de si la parcela adyacente estaba destinada ya a usos industriales cuando el demandante inició la explotación agrícola. Pero no hay razón para pensar (y sí considerable razón para dudar) que estos factores, adecuadamente sopesados en función de la teoría general de la equidad que sostenga el juez, hayan de producir precisamente las normas que se derivarían de su plan político, modificado por consideraciones de simplicidad y de congruencia. El plan político podría tener como uno de sus objetivos, por ejemplo, la reducción en el coste de los alimentos por contraposición a los productos manufacturados. Podría, a manera de estrategia, dividir el estado en zonas ribereñas, en algunas de las cuales se permitiría el uso de las corrientes de agua sin tener en cuenta el efecto sobre terceros, pero en las otras no. Como estrategia diferente, podría estipular un régimen para los primeros años del programa que se lance, régimen que deberá ceder ante otro diferente en los años posteriores, cuando estén bien afianzados los logros de la primera etapa o cuando se anticipe de alguna otra manera un cambio en las circunstancias. Todos éstos son conocidos objetivos o estrategias de un programa legislativo, pero se trata de objetivos y estrategias que, para alguien que defendiese una teoría de los derechos en el estilo de la que se describe en la subsección 4, parecería no tener nada que ver con lo que la equidad exige en el trato entre vecinos.

De modo que si es razonable suponer que un importante número de jueces, en cualquier comunidad, sostienen teorías no consecuencialistas de los derechos, o bien teorías consecuencialistas que no son meras formas del utilitarismo, indicar a esos jueces que decidan los casos basándose en razones de principio no puede tener el mismo efecto que tendría indicarles que decidieran por razones políticas. Eso bastaría para anular la primera versión de la acusación de trivialidad, aunque yo hubiera entonces de conceder que, para los jueces utilitaristas, el efecto de las dos instrucciones sería el mismo. Pero ciertamente, tampoco es así. Una teoría utilitarista de los derechos es una teoría de los derechos, e incluso para un utilitarista, la cuestión de qué pueden equitativamente exigirse unas a otras las personas es diferente de la cuestión de qué normas puede imponerles con justicia un poder legislativo de orientación política. Así se evidencia en la bibliografía del utilitarismo, actualmente tan rica como sutil.¹⁸ El utilitarismo de la regla sostiene que la gente tiene los dere-

chos que se especifican, sea en normas que están ya establecidas como normas sociales, si éstas tienen valor utilitario, tal como lo estipula la teoría que se describe en la sub-sección 3, o bien en normas que podrían ser consideradas óptimas por individuos aislados que tomasen decisiones sin [tener] el poder de imponer norma alguna a los demás. En ninguno de estos casos sería verosímil que un juez utilitarista pensara que un individuo deba imponerse él mismo una norma de conducta que tenga la riqueza o variedad de estrategias, y mucho menos el sentido de la economía administrativa, que tiene un programa político aceptable. La cuestión que debe enfrentar un individuo, incluso un partidario del utilitarismo de la regla, cuando decide qué deberes tiene hacia los demás, es una cuestión diferente (y debe recibir una respuesta diferente) de la cuestión de qué es lo que, en nombre de la utilidad, debe exigir el poder legislativo a todos los individuos; aunque sólo fuera, porque el poder legislativo tiene una capacidad de publicar y de hacer valer sus decisiones que ningún individuo puede ni debe ejercer.

De este modo, no hay inconveniente en desechar la primera versión de la acusación de trivialidad de Greenawalt. La segunda versión sostiene que, aun si hay alguna diferencia entre los argumentos de principio y los argumentos políticos, yerro al hallar algún consuelo en la idea de que, de manera característica, los jueces deciden los casos difíciles valiéndose de argumentos de principio, porque los argumentos políticos y jurisprudenciales en que apoyo mi descripción de dicha práctica son falaces. Uno de los puntos en que Greenawalt insiste a este respecto, lo mismo que sus supuestos ejemplos en contra, cuestiona la adecuación de los normativos de la tesis.

del aspecto descriptivo de la tesis de los derechos, y será éste el que abordaré primero. Sus restantes planteos atacan los aspectos

Dije que la idea de que los jueces deciden los casos difíciles basándose en argumentos de principio tiene un mérito, desde el punto de vista de la jurisprudencia: explica mejor que cualquier otra descripción por qué en las decisiones posteriores se da a los precedentes lo que he llamado «fuerza gravitacional», Greenawalt transcribe la siguiente cita de mi artículo:

La fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes... [El juez] debe limitar la fuerza gravitacional de las decisiones anteriores a la extensión de los argumentos de principio necesarios para justificar aquellas decisiones. Si se considerase que una decisión anterior estaba totalmente justificada por algún argumento político, esa decisión no tendría fuerza gravitacional.¹⁹

Y dice que «en este aspecto, el argumento de Dworkin parece

tan claramente equivocado, que uno se pregunta si lo ha entendido realmente».²⁰

Y bien que puede preguntárselo. Greenawalt, por lo menos, lo ha entendido mal porque pasa por alto su principal recurso analítico, que es la distinción que yo establezco entre la fuerza de ley de los precedentes y su fuerza gravitacional. La fuerza de ley de un precedente exige que los jueces que actúan con posterioridad a él se ajusten a las normas o principios establecidos en el caso anterior como si estuvieran establecidos en leyes. La fuerza gravitacional sigue pesando sobre casos posteriores que evidentemente exceden el lenguaje de cualquier norma o principio tal. Greenawalt dice: «Son numerosas las razones por las cuales los tribunales siguen los precedentes. Además de la noción de justicia, de que casos semejantes deben recibir trato semejante, se cuentan entre ellas, tal como lo sugiere Llewellyn, la conveniencia, la confianza puesta en la experiencia y la utilidad que tiene, para el planeamiento, el poder predecir qué decidirá un tribunal.»²¹ Tales son, en efecto, las razones de que a los precedentes se les asigne fuerza de ley. Si se considerase que los precedentes se generan en argumentos políticos, habría una razón adicional y mucho más importante, que Greenawalt no menciona: que las normas judiciales no podrían mejorar la política [que se persigue] a menos que posteriormente se exigiera a los jueces que siguieran dichas normas.

El rasgo distintivo en la adjudicación del derecho consuetudinario, que da origen a los enigmas jurisprudenciales estudiados, es que a los precedentes se les asigna también fuerza gravitacional. Pero la fuerza gravitacional no se puede explicar mediante la lista de razones que Greenawalt toma de Llewellyn. Las enconadas discusiones sobre lo que exige una cadena de precedentes cuando se la entiende de la manera adecuada no respetan la inercia ni la conveniencia; la «experiencia acumulada» no puede explicar las ocasiones en que, para apoyar una decisión, se echa mano de nuevas interpretaciones de casos olvidados; y el propio Greenawalt sostiene que de poco sirven los precedentes cuya fuerza gravitacional es incierta o está sujeta a controversia para predecir lo que hará un tribunal. Es obvio que Hércules, en su búsqueda de alguna justificación para la práctica de la fuerza gravitacional, tenía que trascender esas bromas de las conferencias sobre precedentes.

Así pues, Greenawalt no ha captado el sentido de este argumento. Pese a ello, también quiere cuestionar otra característica diferente del argumento. Decía yo que si los precedentes tienen fuerza gravitacional, y si eso debe justificarse sobre la base de que la equidad exige congruencia, de ello se sigue que se ha de suponer que esos precedentes han sido generados por argumentos de principio, tal como lo estipula la tesis de los derechos, porque, según dije,

[si] se considerase que una decisión anterior estaba totalmente justificada por algún argumento político, esa decisión no tendría fuerza gravitacional. Su valor como precedente quedaría limitado a su fuerza de ley ... [porque] no puede haber ... un argumento general de equidad por el cual un gobierno que en una ocasión sirve de cierta manera a un objetivo colectivo deba servirlo de esa manera, ni siquiera servir al mismo objetivo, toda vez que aparece una oportunidad paralela.²²

Greenawalt no está de acuerdo, y da un breve ejemplo tomado de la vida familiar para ilustrar su afirmación de que (en ocasiones, por lo menos) las decisiones basadas en argumentos políticos generan más adelante pretensiones, basadas en la equidad, de que se tomen decisiones paralelas.²³ Si hay razones políticas —tales como el deseo de evitar el murmullo de las conversaciones a la hora de acostarse— para enviar primero a la cama a un niño algo más pequeño, entonces ese niño, con el correr de los años, tendrá la pretensión de ir a acostarse más tarde que otro niño más pequeño, aun cuando las razones políticas hayan desaparecido, digamos, porque la familia ha prosperado y ha conseguido comprarse una casa más amplia. Estoy totalmente de acuerdo en que es posible que el niño menor plantee esa exigencia, y que resulte difícil explicarle la distinción entre «principio» y «política». Por lo que toca a los argumentos políticos, podría ser más prudente someterse a sus exigencias, de lo cual no cabe inferir que la pretensión del niño sea justa para la ética. Si los padres han conseguido explicar al niño la fuerza de las nuevas circunstancias, y el pequeño ha accedido a retirar su exigencia, deberíamos felicitarlos a todos, y mal podríamos decir que los padres hubieran engatusado al niño para hacerle aceptar una injusticia.

El resto del argumento de Greenawalt sobre este punto se condensa en la siguiente proposición: «Basta un momento de reflexión para sugerir que, cuando el poder legislativo concede derechos a un grupo de personas, y aun cuando lo haga por razones políticas, otros grupos que no son justificablemente distinguibles tienen una fundada pretensión de equidad a un tratamiento similar.»²⁴ Por cierto que, tal como reza, un enunciado así es una perogrullada, que entraña una petición de principio en lo referente a cuándo *están* «justificablemente» distinguidos otros grupos. Señalé ya que, cuando está en juego lo político, los grupos están justificablemente distinguidos por razones que serían inadecuadas si el argumento fuera un argumento de principio, porque no son razones que la equidad haga pertinentes. Entre ellas se cuentan razones de conveniencia o administración, o simplemente el hecho de que una política —o conjunto de directrices— que se ha llevado a la práctica ha alcanzado ya el éxito suficiente. Cité como un ejemplo claro los subsidios legislativos, pero Greenawalt objeta que se trata de un caso especial, y que lo que digo no es válido cuando los legisladores crean derechos

o adoptan normas de «aplicación general» basándose en fundamentos políticos. No entiendo qué distinción quiere establecer aquí Greenawalt, quien no ilustra con ejemplos lo que piensa. Una vez aprobada una legislación, los subsidios son cuestión de derecho, y las normas que los estipulan son, habría pensado yo, de aplicación general (aunque no, por supuesto, universal). Además, lo que precisamente quiero destacar es que las decisiones de conferir beneficios por razones políticas son siempre subsidios; cada vez que el poder legislativo concede derechos a un grupo, no porque ese grupo tenga, por razones de equidad, derecho a lo que recibe, sino porque la creación de derechos en ese grupo contribuye al bienestar general, entonces la concesión constituye un subsidio para ese grupo. Pero nada cambia si usamos la palabra «subsidio» de manera más rigurosa. Las disposiciones del código impositivo referentes a las utilidades de capital, pensadas para estimular ciertas formas de inversión con preferencia a otras, ¿son casos de subsidio? Y ¿qué hay de la propuesta original de rebajas para los coches eficientes y de bajo consumo de combustible, [planteada] en el programa de ahorro energético del presidente Carter? O, para el caso, ¿qué hay del impuesto especial que se proponía en el mismo programa para los coches ineficaces y de elevado consumo? En todo caso, si ese programa se adoptara, no deberíamos pensar que quienes se hayan comprado eficientes lanchas de motor —que no están previstas en el plan legislativo— tengan un argumento de equidad para que también se les concedan rebajas, ni que por eso los fabricantes de lanchas eficientes tengan derecho a exigir que a quienes compran lanchas ineficaces se les haga pagar un impuesto equivalente. Sería suficiente respuesta que el ahorro de energía proveniente de los automotores fuera suficiente para continuar. Supongamos que el Congreso establezca para algunas industrias procedimientos especiales de negociación colectiva, con supervisión oficial, con el fin de reducir la fricción laboral o de incrementar la productividad. ¿Es eso un subsidio para cualquiera que casualmente obtenga algún beneficio de tales procedimientos especiales? En todo caso, no diríamos que los empleadores ni los empleados de otras industrias tengan derecho, en justicia, a oportunidades similares, por el simple hecho de que en ellas la misma inversión administrativa de tiempo y dinero hubiera producido ganancias equivalentes.

En este punto debemos tener mucho cuidado con evitar confusiones. No quiero decir que la actividad gubernativa regida por consideraciones políticas pueda ser irracional. No es mi intención negar lo que antes me he esforzado por explicar,²⁵ a saber, que las reglamentaciones que sirven a consideraciones políticas pueden ser impropias (y con frecuencia, también inconstitucionales) si violan principios independientes que son portadores de derechos en contra del estado. Tuve el cuidado de decir que el gobierno tiene, en términos generales, el deber de no permitir

que las cargas de los programas regidos por consideraciones políticas recaigan con peso excesivo sobre ningún individuo determinado o sobre determinado sector de la comunidad, aun cuando para evitarlo se haya de sacrificar la eficiencia técnica. Agrego ahora que no se ha de permitir que el gobierno se valga de su poder para perseguir políticas aleatorias con el fin de discriminar en contra de grupos impopulares o políticamente débiles.²⁶ Cada uno de estos puntos debe tener su lugar en cualquier teoría amplia de la función gubernativa, y cada uno plantea cuestiones, tanto teóricas como prácticas, de gran interés y complejidad. Pero, ni tomados aisladamente ni en conjunto, no llegan a constituir una denuncia de la proposición siguiente: Si una decisión legislativa beneficia a un grupo determinado, no porque se considere que ese grupo tiene derecho al beneficio, sino porque éste es un subproducto de un plan dirigido a conseguir un determinado objetivo colectivo, entonces otros no tienen derecho político al mismo beneficio, *por más que proporcionárselo favoreciera aún más la consecución de ese mismo objetivo colectivo*. Esta proposición es el fundamento del argumento sobre la fuerza gravitacional de los precedentes, pues la misma proposición no es válida cuando se confiere un beneficio a un grupo porque se piensa que los miembros de ese grupo tienen derecho a tal beneficio. Aun si el derecho ha sido establecido o se encuentra limitado por consideraciones consecuencialistas, sigue siendo un derecho, y una vez que se enuncia con precisión el principio, todos los incluidos en el carácter benéfico del principio tienen, por razones de equidad, derecho a lo que éste estipula.

Alguien podría objetar, respecto de la proposición sobre políticas, que no es válida en el caso de cierto preciso objetivo colectivo: el bienestar general de la comunidad entera, tal como podría ser definido por una u otra forma de utilitarismo. Un partidario de esta teoría podría sostener que el poder legislativo tiene el deber de buscar el bienestar general y, por consiguiente, que todos tienen derecho a lo que podrían recibir en virtud de una legislación que, efectivamente, produjese el mayor bienestar general. Personalmente, no me siento muy dispuesto a decir que el tal «derecho» sea un derecho auténtico, pero eso carece aquí de importancia porque, aun cuando lo hiciéramos, el caso del bienestar general no es una auténtica excepción a la proposición referente a políticas. Quien apelase a sus supuestos derechos [amparados en] el bienestar general no podría agregar nada a la fuerza de su argumento si recurriese a citas de leyes anteriores, promulgadas para asegurar el bienestar general. Todo dependería de la cuestión, independiente y decisiva, de si, ahora, darle lo que él pide favorecería el bienestar general. En todo caso, esta supuesta excepción no podría contar como objeción a mi argumento sobre la fuerza gravitacional. Si alguien piensa que las decisiones judiciales se generan en argumentos políticos, y que sin embargo esos argumentos pesan con fuerza gravitacio-

nal sobre las decisiones futuras, debe entonces pensar que la fuerza se ejercita mediante la elección, en la decisión primitiva, de algún objetivo colectivo *más específico* que el de mejorar el bienestar general, como podría ser la disminución de accidentes, la purificación del aire, la reducción del desempleo o el mejoramiento de las relaciones entre patronos y obreros, aun cuando, como normalmente sucedería, se considere que el objetivo más específico es un medio para asegurar el de carácter más general. [Una persona tal] piensa que, un participante en una acción posterior apela a la elección previa de ese objetivo más específico como argumento [en el sentido] de que en su caso se debe establecer una norma que sirva a ese mismo objetivo y que (circunstancialmente) lo beneficie. El argumento supone, pues, que también políticas más específicas que la utilidad general deben tener fuerza gravitacional.

Greenawalt critica también otro argumento mío. Yo dije que el conocido argumento de que en una democracia es el poder legislativo, no los tribunales, el llamado a legislar, sería una poderosa objeción a la originalidad judicial si el derecho establecido por los jueces se genera en argumentos políticos, pero no lo es tanto contra la originalidad judicial [basada] en cuestiones de principio. Greenawalt objeta que aparentemente los legisladores no se preocupan en absoluto por ciertos dominios del derecho, de modo que los tribunales deben tomar forzosamente cualquier decisión política que sea necesaria en tales campos, y que los jueces pueden ser tan hábiles como los legisladores para tomar, por lo menos, algunos tipos de decisiones políticas.²⁷ En lo que se refiere al primero de estos puntos, rechaza una respuesta que, en su opinión, yo podría dar; a saber, que los legisladores deciden dejar ciertos campos en manos de los tribunales porque han decidido, deliberadamente, que se trata de campos cuyo desarrollo se concentra mejor por obra de consideraciones de principio que por razones políticas. Greenawalt dice que es más realista suponer que los legisladores se abstienen debido a «algún vago sentimiento de que los tribunales están manejando los problemas de manera adecuada».²⁸ Es indudable, pero eso elude la cuestión importante. Quizás el «vago sentimiento» surja precisamente porque, de hecho, esos campos están adecuadamente reglamentados merced a consideraciones de principio, incluyendo las de orden consecuencialista, de manera que los legisladores no se ven forzados a intervenir por razones políticas.

Dos puntos apoyan esta precisa explicación del hecho de que los llamados dominios del «derecho consuetudinario» hayan sido reglamentados, en la medida en que lo han sido, más bien por decisiones tomadas por los jueces que por acción legislativa. Primero, los ámbitos del derecho consuetudinario son precisamente aquellos en los cuales tiene más fuerza el celebrado teorema del profesor Coase.²⁹ Coase señaló que, si no hacemos caso de los costes de transacción, para la eficiencia global de la asignación

de recursos no tendrá importancia alguna que la responsabilidad contractual o por daños recaiga sobre una u otra de las partes de una transacción o suceso, aunque para las partes, naturalmente, la diferencia será mucha. Por cierto que los costes de transacción son costes genuinos, de manera que la elección de una determinada norma de responsabilidad contractual o por daños tiene importancia marginal para la eficiencia económica global, pero, tal como lo han señalado los comentaristas, es probable que las consideraciones de equidad —las referentes a cuál es el rol económico que debería cargar equitativamente con cierto coste— sean más significativas.³⁰ Segundo, las transacciones y sucesos que dan origen a problemas de derecho consuetudinario se producen en situaciones relativamente comunes, que plantean el ya conocido conflicto entre el derecho abstracto de los miembros de una comunidad a cierta medida de consideración por parte de quienes mediante sus actos los afectan, y la libertad abstracta de los otros, que desean ir en pos de sus propios intereses y ambiciones. Son, por consiguiente, situaciones referidas al grado de consenso moral que se haya alcanzado, dentro de la comunidad, respecto de lo que exige la equidad; un consenso que inevitablemente hará de las consideraciones de consecuencia algo pertinente a esa determinación. Eso tiene aquí dos consecuencias. Significará una mayor probabilidad de que un tribunal tome decisiones de principio que parezcan satisfactorias a la comunidad como un todo, es decir, más satisfactorias para todos los grupos que las decisiones que pueden tomar los tribunales cuando están en juego derechos nuevos o discutibles. Significará también que cuando un caso de derecho consuetudinario presente efectivamente un problema cuya solución, por la razón que fuere, tenga importantes consecuencias económicas a pesar del teorema de Coase, como el caso de la fábrica que contamina, pero que da trabajo a gran cantidad de obreros, se dispondrá de argumentos de principio en virtud de los cuales se pueda hacer valer esas consecuencias económicas decisivas.

El segundo punto que señala Greenawalt, que los jueces no pueden estar al día en cuestiones políticas, simplemente yerra el blanco. Es cierto que popularmente se afirma que los jueces carecen, sin más, de la formación necesaria, o no disponen de los recursos para estudiar complejas pretensiones, económicas o de otros órdenes, pero creo que quienes así argumentan se equivocan. No veo que haya razón para pensar que el juez común tenga menos talento o disponga de menos tiempo para ese estudio del que puede tener el diputado o congresista común, o que no pueda obtener de los libros que lee nada más que lo que sus autores incorporan a los informes de comisión que, en todo caso, los congresistas no tienen tiempo de leer.

Lo que yo señalaba era otra cosa. No es realista pensar que los legisladores, en cuanto individuos, decidan cómo votar comparando los programas que les son presentados con las concep-

ciones benthamianas del bien general, decidiendo mediante un pulcro cálculo hasta qué punto hay que llevar una estrategia y cuándo se la ha de abandonar en favor de otra. La institución de la democracia representativa es un mecanismo imperfecto para la persecución del bienestar general; funciona, en la medida en que lo hace, como una especie de caja negra en la cual compiten diversas especies de presiones políticas, de modo que (si la comunidad tiene suerte) a la larga una mano invisible producirá una aproximación al bien general, o por lo menos una aproximación mayor que la que tenemos razones para pensar que produciría una institución diferente. Es probable que la institución proporcione un ejemplo de lo que Rawls llamaba justicia procesal,³¹ y es probable, como lo hace pensar esta descripción, que pese a los esfuerzos de los economistas del bienestar y los teóricos del utilitarismo, no podamos dar ninguna definición no institucional independiente del bienestar general, sino que, en cambio, hayamos de apoyarnos en una idea intuitiva de que el bienestar general consiste en lo que produce una institución de este tipo, bien diseñada. Por supuesto, hay otros argumentos que apoyan la legislación dictada por la democracia representativa, tales como el que afirma que esta institución asegura una participación política popular que es buena en sí misma, o por los sentimientos comunitarios que favorece. Pero el argumento en que yo pensaba cuando dije que la teoría de la democracia plantea objeciones —que no son válidas cuando el juez decide basándose en fundamentos de principio— a que los jueces decidan casos basándose en fundamentos políticos, es el argumento tomado de la justicia procesal. Yo no pensaba que, en su correspondencia, el político encuentre información técnica o datos referentes a la forma que toma la curva de indiferencia social, a los cuales el juez no tiene acceso, sino más bien que todo esto le impone el peso de presiones políticas ante las cuales el juez es debidamente inmune.

Queda por considerar ahora la posición más explícitamente normativa de Greenawalt, quien cree que, aun si estoy en lo cierto al pensar que es característico de los jueces decidir los casos difíciles basándose en argumentos de principio, en realidad no hay buenas razones para que, en ocasiones, no decidan tales casos basándose en argumentos políticos,³² y se basa principalmente en ejemplos no jurídicos, raros e hipotéticos. Normalmente, los ejemplos hipotéticos suscitan intuiciones que posteriormente pueden ser cotejadas con la teoría. Pero cuando los ejemplos son fantásticos, las intuiciones que de ellos se derivan son consiguientemente inseguras (si es que efectivamente llegan a suscitar alguna intuición). El consejo tribal, ¿creía que, por más que las convenciones de la sociedad, adecuadamente entendidas, le permitieran matar a Crazy Fox, Barking Dog no era, desde el punto de vista de la moral auténtica, moralmente libre de hacerlo?³³ Si lo creía, se ve ante un caso de conflicto entre el derecho institucional y el deber moral, no ante un simple conflicto entre el derecho

institucional y el bienestar social. Si, por otra parte, el consejo pensaba que, habida cuenta de todos los factores, Barking Dog estaba en libertad, tanto moral como institucionalmente, de hacer lo que hizo, entonces es válida mi intuición de que eran injustos si lo castigaban, e incluso si le exigían reparaciones. Habría sido un caso ideal para que el consejo adoptase una actitud legislativa y anunciara normas que sus miembros creyeran poder imponer para el futuro. Igualmente, el caso que presenta Greenawalt del primer pase adelantado requiere una legislación que mire solamente hacia el futuro.³⁴ El árbitro supone que el equipo que tiró el pase no tenía derecho a hacerlo, y que una decisión que lo favoreciese violaría las legítimas expectativas de los adversarios; legítimas no porque el problema no plantease dudas, sino porque (según cree el árbitro) el equipo tenía en realidad derecho a que no se tirasen pases. Si (increíblemente) no hay otro medio que la mentira oficializada para cambiar las reglas de un deporte público comercialmente importante, ello es un defecto, pero mis intuiciones no me sugieren que como consecuencia el equipo defensor haya de sufrir una injusticia. Sospecho que Greenawalt no ve la injusticia porque piensa que la pertinencia moral de un derecho institucional se agota en la mención que da ese derecho, de modo que cuando es dudoso que el derecho exista, no se produce injusticia ignorándolo, aunque exista. (Ese error, como veremos, predomina en la segunda mitad del artículo del profesor Munzer.³⁵)

En otro punto de su ensayo, Greenawalt presenta algunos ejemplos de juicios en los cuales, piensa él, los jueces pueden hacer bien en ignorar los derechos jurídicos, algunas veces por razones políticas y otras en favor de derechos morales concurrentes. En cuanto al aspecto político, imagina una ley contra la contaminación, «mal redactada» y que, en un caso civil, plantea problemas respecto de si abarca o no una práctica determinada.³⁶ Nos dice que si se hubiera planteado un caso inmediatamente después de promulgada la ley, el juez habría «hecho bien» en decidir que la práctica no estaba cubierta, pero que es posible que «haga bien» en tomar una decisión diferente años más tarde, si la opinión pública ha cambiado pero «todos los materiales jurídicos pertinentes han seguido siendo los mismos». Esto es misterioso. Si el problema jurídico se centra en las consecuencias que tiene para la comunidad la práctica en cuestión (lo que sería muy probable, como hemos visto, si el caso fuera un caso de derecho consuetudinario y, lo que aquí es casi seguro, en el caso de una ley³⁷), entonces estas consecuencias son parte de los «materiales jurídicos»; si las consecuencias no han cambiado en los años intermedios, es difícil ver por qué una decisión que ahora está «bien» no estaba «bien» entonces. Por cierto, se comprende que fuera más probable que el juez de quien se trata, y la comunidad jurídica como tal prestasen más atención a las consecuencias indeseables si éstas hubieran provocado la indignación de

la comunidad; pero lo único que eso demuestra es que ahora hay más probabilidades que entonces de que la decisión sea la que está bien, y esto es algo diferente. También es posible que antes la comunidad se hubiera resistido de alguna manera a esa decisión, y que ahora esté dispuesta a aceptarla; pero aquí también se trata de un problema diferente.

Greenawalt cita también un caso real, *City of El Paso v. Simmons*,³⁸ en el cual —piensa él— la Suprema Corte «sin duda» violó, en interés del bienestar general, derechos políticos garantizados por la Constitución, y observa que el juez Black, en disidencia, coincidió con esa caracterización de la decisión de la Corte. Naturalmente, es una cuestión diferente [plantearse] si la mayoría de la Corte creía que era eso lo que estaba haciendo. Yo creo que no, y por cierto que el lenguaje de la opinión mayoritaria niega resueltamente el cargo, que —sugiere— sería decisivo si fuera cierto. Pero aparentemente Greenawalt piensa que incluso si los que integraban la mayoría pensaran que la Constitución garantizaba lo que Texas se llevó, habrían tenido derecho a dejarlo pasar, puesto que aprobaban los argumentos políticos de Texas. Para mí eso es extraordinario.

Los demás casos que presenta Greenawalt son aquellos en los que él piensa que estaría bien que los tribunales ignorasen los derechos jurídicos en favor de derechos morales concurrentes. Por supuesto, son casos que plantean problemas muy diferentes de los suscitados por los llamados casos políticos. Greenawalt usa como ejemplos casos, previos a la Guerra Civil, de esclavos escapados;³⁹ de ellos me ocupé en una reseña de un libro reciente del profesor Cover.⁴⁰ Dije que muchos de tales casos (en particular los que ponen en juego la interpretación de la cláusula de *proceso debido*) habían sido mal decididos, como simple cuestión de derecho, y que la impotencia de los jueces que repudiaban la esclavitud para llegar a decisiones correctas en favor de los esclavos fugados podía ser atribuida a un fallo en la jurisprudencia. Al parecer, Greenawalt no está de acuerdo, pero eso no tiene importancia en este contexto, porque no quiero negar que se puedan encontrar casos reales que presenten verdaderos conflictos entre derechos morales y jurídicos, si no en los Estados Unidos, sí en aquellos países despóticos —como la Alemania nazi y, en la actualidad, Sudáfrica— hacia los cuales se vuelve frecuentemente la jurisprudencia.

En mi opinión, los derechos jurídicos son derechos institucionales, es decir, derechos auténticos que sirven como razones importantes y normalmente muy poderosas para las decisiones políticas. Los derechos morales básicos intervienen, de maneras que he intentado describir, en el cálculo de qué derechos jurídicos tiene la gente cuando los materiales estándar no son una guía segura; por ende, es errónea la tesis de algunos positivistas, según la cual derechos jurídicos y derechos morales pertenecen a dos órdenes conceptualmente distintos. Pero ciertamente hay ca-

sos en que el derecho institucional queda claramente establecido por los materiales jurídicos vigentes, como una ley, y entra claramente en conflicto con los derechos morales básicos. En estos casos, el juez que intenta hacer lo que moralmente es correcto se encuentra ante un conflicto ya conocido: el derecho institucional proporciona una razón auténtica —cuya importancia variará con la justicia o la injusticia general del sistema en su totalidad— para decidir de una manera, pero hay ciertas consideraciones morales que constituyen una razón importante en su contra. Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales básicos son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda por apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir, porque se verá privado de toda eficacia a menos que se entienda que, en su condición de magistrado, dice que los derechos jurídicos son diferentes de lo que él cree que son. Naturalmente, podría evitar la mentira si renuncia, cosa que ordinariamente servirá de muy poco, o si permanece en su cargo esperando, contra toda esperanza, que su curso, basado en razones morales, tenga el mismo efecto práctico que habría tenido una mentira.

Sin embargo, estoy de acuerdo con el profesor Hart⁴¹ en que sería poco aconsejable convertir esta mentira en asunto de la teoría de la jurisprudencia, diciendo que en un caso tal los derechos jurídicos son, en realidad, exactamente lo que exige la moralidad. En un caso así salimos bastante bien del paso con la descripción exacta, es decir, diciendo que aquí hay un conflicto entre derechos morales y jurídicos. Tampoco hay necesidad de abandonar esa descripción cuando se trata de un caso difícil y no de uno fácil. Si efectivamente un derecho jurídico institucional entra en conflicto con la moral, pese a la influencia que ésta debe tener sobre la respuesta correcta en un caso difícil, la jurisprudencia debe entonces reseñar con precisión el conflicto y dejar a cargo del juez tanto la difícil decisión moral que éste debe tomar como la mentira que quizá se vea obligado a decir.

Para mí no está claro si Greenawalt se mostrará en desacuerdo con algo de lo que digo, ni hasta qué punto piensa que he dicho nada que lo contradiga. Él dice que, en un caso en que haya conflicto de derechos morales y jurídicos, sería un error suponer que el juez tiene el deber *jurídico* de decidir en favor del derecho jurídico.⁴² ¿Qué distinción se propone establecer aquí? Se podría describir el conflicto moral que se le plantea a un juez en un caso tal distinguiendo su deber «jurídico», que es ir en busca de derechos jurídicos, de su deber «moral» o «general» o «último», que bien puede exigirle no hacer caso de los derechos jurídicos. Pero ésta no es la distinción a que apunta Greenawalt, porque dice que puede ser que el juez no tenga el deber jurídico de hacer valer los derechos jurídicos. Quizás él hable de deber «jurídico» para referirse al deber general o último, y en este caso, aun cuando parezca que se vale de un uso susceptible de

despistar, no está en desacuerdo conmigo. O quizá de esta manera quiera incorporarse al grupo de los que sostienen que adecuadamente entendidos, los deberes morales y jurídicos jamás pueden entrar en conflicto. Pero entonces contradice su propio supuesto de que, precisamente en estos casos, se da tal conflicto.

D. *La discreción*

Aprovecharé esta ocasión para discutir un argumento que Greenawalt no presenta en el ensayo que he venido respondiendo, sino en otro largo estudio sobre mi obra que se publicó hace varios años.⁴³ En el capítulo 2 distinguí tres sentidos de la palabra «discreción» e identifiqué un sentido «fuerte». Los jueces tienen discreción, en sentido fuerte, únicamente cuando ninguna de las partes tiene derecho a una decisión. En varios capítulos sostengo que, típicamente, los jueces no tienen discreción, en ese sentido fuerte, para decidir pretensiones de derecho en los casos civiles ordinarios, por más controvertibles que sean tales pretensiones. El ensayo de Greenawalt sugiere un atajo para esquivar los diversos argumentos filosóficos que yo presento. Dice que, si atendemos al uso del término «discreción» en el «discurso ordinario», o a lo que tiene «sentido» decir en ciertos contextos, veremos que la idea de que típicamente los jueces no tienen discreción en un caso difícil es «simplemente incorrecta».

He aquí los dos pasajes decisivos en la argumentación de Greenawalt. «En el discurso ordinario la discreción existe si hay más de una decisión que aquellos ante quienes es responsable quien toma la decisión puedan considerar adecuada y si, sean cuales fueren los estándares externos que sean aplicables, éstos no pueden ser descubiertos por quien toma la decisión, o bien no proporcionan respuestas claras a la cuestión que se ha de decidir. Si no me equivoco en lo que respecta al discurso ordinario, no hay razón suficiente para usar el término «discreción» de diferente manera cuando se habla de las responsabilidades de los jueces en casos jurídicos.» «Cuando los estándares autorizados no dan respuestas claras, cuando un juez debe apoyarse en aseveraciones personales discutibles para decidir un caso, y cuando se pueda considerar ampliamente que hay más de un resultado capaz de constituir un cumplimiento satisfactorio de su responsabilidad judicial, entonces no tiene sentido decir que el juez tiene el deber de llegar a un resultado más bien que a otro; en lo que al derecho concierne, tiene discreción para decidir entre ellos.»

Estos dos enunciados (que supongo maneras diferentes de decir la misma cosa) encierran una ambigüedad importante. Supongamos un caso en que los estándares «autorizados» o «externos» no den «respuesta clara», de modo que el juez deba apoyarse en «aseveraciones personales discutibles». (Supongo que esto sólo sig-

nifica que está frente a lo que en mi vocabulario se llamaría un caso difícil.) Un juez tendrá discreción para decidir en cualquier sentido, de acuerdo con los enunciados citados, si hay más de una decisión [posible] y cada una de ellas ha de ser ampliamente considerada «adecuada» o «un cumplimiento satisfactorio» de su responsabilidad judicial. La ambigüedad reside en las frases «adecuada» y «un cumplimiento satisfactorio». ¿Requieren éstas que las dos decisiones sean consideradas *igualmente correctas*, o únicamente *ambas respetables*, es decir, ambas decisiones que bien podría tomar un juez competente, responsable y sincero? La práctica moral distingue entre estas dos ideas. Alguien que crea (incluso apasionadamente) que la gente que come carne está violando los derechos de los animales podría conceder que no puede defender su opinión con ningún argumento que haya de convencer inevitablemente a una persona honesta, y por consiguiente, que alguien que haya reflexionado sobre el asunto prestando la debida atención a sus argumentos, sin haber llegado a convencerse, y que siga comiendo carne, está conduciéndose de manera responsable aun cuando de hecho viole los derechos de otros.

La distinción es especialmente importante en la crítica jurídica. Aunque yo piense que la Suprema Corte tomó una decisión errónea en (digamos) el caso *Rodruiguiz*, es posible que no considere que la decisión de los jueces haya sido tan palmariamente errónea —o que hayan llegado a ella de una manera tan evidentemente inadecuada— que se pueda decir con justicia que se condujeron de modo irresponsable. Podría decir que aun cuando los querellantes, como clase, tenían jurídicamente derecho a ganar, en mi opinión, la decisión en contra de ellos estaba sin embargo dentro del grupo de decisiones que era correcto, en este sentido, que tomara la Corte. Esta distinción —y la capacidad de establecerla de los ciudadanos— es de grandísima importancia práctica en cuanto a asegurar el respeto por la ley cuando las decisiones son controvertibles.

Debemos pues escoger entre dos interpretaciones de la teoría de Greenawalt referente al uso ordinario de la «discreción» y de lo que tiene sentido decir. 1) Existe discreción en el sentido fuerte si hay amplio consenso en cuanto a que ninguna de las partes tiene derecho a ganar, es decir, que cualquier decisión es igualmente correcta desde el punto de vista de los derechos de las partes. 2) Existe discreción en el sentido fuerte si hay amplio consenso en cuanto a que el resultado de un esfuerzo sincero y responsable por tomar la decisión justa referente a los derechos de las partes podría ser más de una única decisión.

La interpretación (2) sería una formulación aceptable de lo que he llamado el primer sentido «débil» de discreción. (Dije que un juez tiene discreción en ese sentido débil «si su deber se define por estándares que los hombres razonables pueden interpretar de diferentes maneras».) Pero la interpretación (2) es incoherente como formulación del sentido fuerte de discreción, por-

que autoriza a que alguien diga que un juez tiene discreción aunque, habida cuenta de todos los factores en juego, una de las partes tenga derecho a la decisión que busca. Supongamos que un partidario de (2) intenta responder a esta objeción sosteniendo que (2) es también una formulación correcta, [dentro] del «discurso ordinario», de [lo que es] tener derecho a una decisión. Una de las partes tiene derecho a una decisión, según tal formulación, sólo cuando es falso que cualquiera de las decisiones sería considerada respetable. (Greenawalt sugiere esta extensión cuando dice que «En los casos muy difíciles, sin embargo, ninguno de los litigantes “tiene títulos” para [obtener] el resultado que quiere». El entrecomillado de «tiene títulos», que es del original, hace pensar que se ha recurrido de algún modo al lenguaje ordinario.) Esto no hace más que complicar el problema, porque los juristas que quieren establecer la distinción que acabamos de describir y decir que, habida cuenta de todos los factores, los peticionarios en el caso *Rodruiguiz* tenían derecho a ganar pese a que la decisión no era ciertamente irresponsable, ahora no pueden establecer esa distinción sin contradecirse.

Debemos, pues, aceptar la interpretación (1). La discreción existe si la mayoría de los juristas creen que ninguna de las partes tiene derecho a ganar, de modo que cada una de las decisiones es igualmente correcta. Esta interpretación, por supuesto, no es lo mismo que una tercera interpretación posible de los enunciados originales: (3). Existe discreción si más de una decisión sería considerada correcta por algún grupo, es decir, si cada una de las dos decisiones cuenta con apoyo sustancial entre los juristas. Creo que esa situación será típicamente válida en los casos difíciles. Pero si alguien propusiera (3) como formulación de «discreción» dentro del «discurso ordinario», estaría volviendo incoherente lo que cada uno de los juristas desea decir en un caso así. Cada uno quiere decir que, pese al hecho de que un amplio grupo de juristas crea lo contrario, una de las partes tiene derecho a ganar, y el juez no tiene discreción para decidir en contra de ella.

Si (1) fuese la formulación correcta de la discreción, el que por mi parte fuera «simplemente incorrecto» (creer que la discreción raras veces existe cuando se trata de decidir cuestiones referentes a derechos jurídicos) dependería de la cuestión fáctica de si, en tales casos, es frecuente que los juristas coincidan en que ninguna de las partes tiene derecho a ganar. Yo estoy seguro de que, típicamente, no coinciden, aunque puedo equivocarme, cosa que no importa, sin embargo, porque (1) no puede ser una formulación correcta de la discreción, en cuanto no tiene en cuenta la distinción natural entre la difundida *creencia* en que un juez tiene discreción y el *hecho* de que la tenga. Por el contrario, hace que el hecho consista en la popularidad de la creencia. Pero en cualquier teoría hay dificultades que hacen que la existencia de algún hecho consista en la creencia de que el hecho es tal. Según esta formulación, ¿qué es lo que alguien cree cuando cree

que los jueces tienen discreción? Cree que otros creen que ninguna de las partes tiene derecho a ganar. Pero eso significa que cree que cada uno de ellos cree que otros creen que ninguna de las partes tiene derecho a ganar, y así sucesivamente. Totalmente aparte de estas obvias dificultades lógicas, la interpretación (1) contradice el uso ordinario. Pues es perfectamente sensato que un jurista diga que cualquiera de dos decisiones [posibles] es igualmente correcta, y por consiguiente que el juez tiene discreción, aun cuando sepa que nadie más está de acuerdo (quizá porque padecen el efecto de malas teorías de la adjudicación). Pero según la tesis de Greenawalt (entendida como interpretación (1)), ese jurista debe estar equivocado, y más aún: sosteniendo disparates.

De manera que es necesaria alguna rectificación, pero no hay más que una que pueda servir de algo. Debemos abandonar toda referencia a creencias, por más difundidas que estén, de modo que nuestra formulación se reduzca a la tesis de que existe discreción si dos decisiones son (no simplemente si se cree que son) igualmente correctas porque ninguna de las partes tiene derecho a una decisión en el asunto. Ésa es una tesis que concedo sin más ni más; es simplemente una manera de fundamentar lo que yo entiendo por el sentido fuerte de discreción. Pero nadie puede apoyarse en esa tesis para afirmar, sin más argumentos, que es simplemente falso que los jueces no tengan discreción en los casos difíciles. Esa pretensión debe contar ya sea con el apoyo de argumentos filosóficos que demuestren *a priori* que en un caso difícil ninguna de las partes puede tener derecho a ganar, o de argumentos jurídicos que, desde adentro y en los casos concretos, demuestren que los argumentos en favor del derecho de cualquiera de las partes no son más fuertes que los argumentos en favor del derecho de la otra. Analicé la posibilidad de tales argumentos en el capítulo 13 y en «No Right Answer?», y —hasta donde yo sé— Greenawalt no los ha rebatido.

3. MUNZER Y LA «TESIS DE LA RESPUESTA CORRECTA»

A. ¿No hay respuesta correcta?

Cuando los hombres razonables discrepan respecto de alguna cuestión de derecho, y no están de acuerdo sobre un criterio que pudiera resolver la discrepancia si fueran conocidos todos los hechos físicos y los referentes a estados mentales, ¿puede ser auténtico tal desacuerdo? ¿O deberíamos decir, más bien, que no hay respuesta correcta a la cuestión que se plantea? Este último punto de vista es popular entre los juristas académicos, y se lo da por supuesto en gran parte de la jurisprudencia moderna. Tiene también sus defensores en la filosofía, por más que ningún filósofo, que yo sepa, crea que el asunto sea tan sencillo

como, al parecer, piensan los juristas. He escrito ya un artículo,⁴⁵ además del capítulo 13 de este libro, procurando demostrar las complejidades del problema y demostrar también que no se ha presentado ningún buen argumento que defienda la tesis de que no hay respuesta correcta en derecho. En el artículo sugería que los juristas no han llegado a distinguir entre dos versiones de su afirmación. En la primera versión, es posible que de dos abogados que discuten si el querellante tiene derecho a una decisión —o si, visto desde el otro lado, el acusado tiene derecho a ganar—, los dos se equivoquen, porque la respuesta correcta es que ninguna de las partes tiene derecho a ganar. Para la segunda versión, ninguno de los dos abogados tiene razón, pero además ninguno se equivoca; lo que cada uno de ellos dice no es, por alguna razón, ni verdadero ni falso.

En el artículo ofrecí, a modo de ejemplo de una situación en que se podría a veces considerar válida la segunda versión de la tesis, un ejercicio literario en que los participantes discuten, por ejemplo, si David Copperfield amaba realmente a su madre o si tenía sangre del tipo A. En el capítulo 13 ofrecí una nueva distinción entre dos puntos de vista diferentes, a partir de los cuales se podría emitir el juicio de que algún problema no tiene respuesta correcta, en el sentido de la segunda versión. El juicio se podría emitir como un juicio interno que considera que responder que «no hay respuesta correcta» es dar una respuesta que puede competir con otras respuestas posibles, pero que —habida cuenta de todas las circunstancias— ha de ser preferida a las otras. Supongamos que un crítico literario dice que, aunque él cree que en realidad David Copperfield odiaba a su madre, pese a que la mayoría de los demás críticos no están de acuerdo, cree también que la cuestión de si David tenía sangre del tipo A no tiene respuesta correcta, porque en el relato no hay nada que tenga ninguna relación con eso. El crítico llega a la decisión de que no hay respuesta correcta, en este último juicio, partiendo del interior de la situación, como participante que aplica los estándares de ésta tal como él los entiende. Pero supongamos que un filósofo dice que ninguna proposición referente a un personaje de novela puede ser verdadera ni falsa excepto en virtud de una convención o de alguna otra forma de acuerdo, y que, por ende, ningún enunciado respecto del cual discrepen los críticos, tal como el que afirma que David odiaba realmente a su madre, puede ser ni verdadero ni falso. El filósofo se propone, por lo menos, partir de un punto de vista exterior a la situación; no considera que su juicio de que no hay respuesta correcta a la cuestión referente a la madre de David entre en competencia con los otros dos juicios posibles, ni cree que necesite apoyarse en el mismo tipo de argumentos que procuran aportar quienes expresan los otros juicios. En lo que él insiste es en que el intento de respaldar en este tipo de argumento cualquier proposición referida a un personaje de ficción está descaminado, por razones filosóficas, por-

que la verdad o falsedad de una proposición tal no puede consistir más que en un acuerdo.

Espero que mis argumentos demuestren que cualquier versión sensata de la tesis de que en derecho no hay respuesta correcta no debe basarse en esa postura crítica externa, sino más bien en juicios internos como los que podría formular el crítico literario sobre David. Eso significa que la tesis de que no hay respuesta correcta es una tesis sobre determinados problemas jurídicos, que sostiene que responder que no hay respuesta correcta es dar una respuesta que, por derecho propio, es mejor que sus competidoras en los casos particulares. Ya he dado razones para pensar que responder que no hay respuesta correcta rara vez será la respuesta correcta en un sistema jurídico evolucionado, aunque naturalmente mi teoría general de la adjudicación pone en claro la posibilidad de que, en ocasiones, haya respuesta correcta.

Debo insistir en que se trata de problemas sumamente complejos. No es mi intención que esta síntesis sustituya a los argumentos de los ensayos que compendia, y me doy cuenta de que esos mismos ensayos apenas si rozan la superficie de problemas tan difíciles como controvertidos de filosofía del lenguaje. Es un tema sobre el cual tendré que seguir escribiendo. Pero los argumentos que formulé en esos ensayos se encaminaban a demostrar que hay un argumento que es demasiado simple en favor de la tesis de que no hay respuesta correcta. Nadie ha demostrado aún que, del hecho de que haya gente razonable que no esté de acuerdo sobre determinada proposición ni coincida en ningún criterio capaz de caracterizar como decisivo algún nuevo descubrimiento, se siga que la proposición no sea —exclusivamente por esa razón— ni verdadera ni falsa. El profesor Munzer responde ahora diciendo que no es posible que yo tenga razón, porque en los ejemplos que doy, gentes razonables discrepan, y ni siquiera están de acuerdo sobre un criterio que caracterice como decisivo algún descubrimiento nuevo.⁴⁶

Confieso que no sé cuál es la mejor manera de continuar analizando con él este problema. Ojalá Munzer hubiera prestado atención a las distinciones que propongo y nos hubiera dicho qué versión de la tesis se propone defender, o bien por qué —si eso es lo que él piensa— las distinciones que yo propongo no sirven. Ojalá hubiera atendido a los argumentos que opuse a su simple afirmación de que el desacuerdo en principio no significa ningún valor de verdad. Tal como están las cosas, lo único que puedo hacer es demostrar de qué manera los argumentos que he presentado ya resultan, más que rebatidos, ejemplificados por los comentarios de Munzer.

Como él acepta la analogía entre el derecho y la crítica literaria, por lo menos en la medida que presupone el argumento que él formula, quizá tenga la intención de defender la segunda versión de la tesis de que no hay respuesta correcta, y defenderla desde el punto de vista interno. Cuando analiza, por ejemplo, la

cuestión de si Maggie Verver estaba enterada del nuevo enredo entre Charlotte y el príncipe, dice que

los críticos literarios pueden disponer de pruebas materiales para ambos aspectos de la cuestión. ... Es muy probable que para estas cuestiones, o miles de otras que se plantean respecto de obras literarias, no exista respuesta correcta. ... Hay, podríamos decir, posibles mundos de ficción alternativos, de verosimilitud comparable, en los cuales [la] proposición o su negación es válida.⁴⁷

Aquí, las palabras «material» y «comparable» son las que complican las cosas. Munzer (que ha leído la novela y se ha pensado la pregunta) ¿piensa que las pruebas no sólo son pruebas materiales para ambas partes, sino que, habida cuenta de todas las circunstancias, son de fuerza equivalente, de modo que los dos mundos posibles que él contempla no son solamente «comparables», sino de «igual» verosimilitud? Al hablar de «fuerza equivalente» y de «igual verosimilitud» no me refiero al mismo punto numérico en alguna escala cuantitativa, sino solamente a que los argumentos por ambas partes están tan equilibrados que no hay razón para preferir a una u otra, lo que es, por cierto, una afirmación más fuerte que decir que ambas partes son de verosimilitud «comparable». Si es así, entonces Munzer discrepa con todos los críticos literarios que cita, cada uno de los cuales supone que los argumentos que dan razón a una u otra de las partes son más fuertes (por más que, naturalmente, no se pongan de acuerdo respecto de cuál). Es posible que tenga razón, y que cada lector de la novela tenga que decidirse solo, y los habrá que estén de acuerdo con Munzer y no con la posición de los críticos. Pero si la impopularidad es en algún sentido prueba del error de una posición, se trata de una prueba que perjudicará más a Munzer que a ninguno de los dos grupos de críticos que coinciden en oponérsele. (Para el caso no tiene importancia que, como dice Munzer, cada crítico esté apoyándose no simplemente en juicios de congruencia, sino en criterios de crítica literaria tan controvertibles como los que él menciona. Es de suponer que Munzer tiene la intención de incluir la elección y aplicación de estos criterios cuando dice que los argumentos de ambas partes son materiales y comparables —un argumento que se apoyase sobre una teoría literaria evidentemente endeble no sería material—, y todavía podemos preguntarle si piensa que, teniendo en cuenta estas consideraciones, los argumentos de ambas partes son de fuerza equivalente.)

Pero supongamos que Munzer no cree que los argumentos sean de fuerza equivalente. Si fuera crítico literario, se uniría al partido que sostiene que Maggie sabía, aunque reconozca que los argumentos de la otra parte son «sustanciales». (Si él fuera el juez en algún caso difícil, decidiría que el demandante venciera la discusión de principio, aun cuando no le fuera fácil considerar

triviales los argumentos del demandado.) Ahora no puede decir, a partir del punto de vista interno, que no hay respuesta correcta a la cuestión de qué parte tiene los mejores argumentos, porque él piensa que de hecho, una parte es la mejor. ¿Puede decir ahora que quiere imponer no el punto de vista de la crítica interna, sino el de la externa? Podría decir que cuando los argumentos son de fuerza comparable, aunque no necesariamente equivalente, entonces, en virtud de la teoría de la verdad o de alguna otra consideración filosófica, las proposiciones que ellos fundan no pueden ser o verdaderas o falsas. Pero entonces debe responder algunas cuestiones muy difíciles, entre ellas: Las proposiciones sobre personajes de ficción (o proposiciones de derecho) ¿pueden ser jamás verdaderas o falsas? Si es así, ¿en qué puede consistir su verdad o falsedad? ¿Consiste en el hecho del acuerdo, si tal cosa existe, o en el hecho de que la proposición o su negación se sigue lógicamente de alguna proposición más abstracta sobre la cual hay acuerdo? Alguna de estas dos teorías de la verdad ¿puede cuadrar con la práctica de los juristas y de los críticos literarios, que cuando formulan un juicio no piensan que están formulando o prediciendo, directa o indirectamente, el hecho del acuerdo? ¿Qué puede querer decir el propio Munzer cuando, como participante, dice (o en todo caso cree) que el argumento de una u otra de las partes es mejor, aunque sea por un estrecho margen? ¿Cómo podemos resolver el conflicto aparente entre lo que dice como crítico y lo que cree como participante? No quiero decir que no se pueda decir nada en respuesta a estas cuestiones; de hecho, creo que muchos filósofos piensan que no hay que sentirse tan acorralados por ellas como yo supongo. Pero necesitamos saber qué respuestas daría Munzer si hemos de seguir examinando sus argumentos, a partir del supuesto de que son formulados desde el punto de vista externo.

Al terminar la argumentación con que defiende su tesis de que no hay respuesta correcta, Munzer formula un enunciado que me parece revelador e importante. Señala lo que él llama mi concesión «de que es lógicamente posible que algunos procesos no tengan únicamente resultados correctos».⁴⁸ Si lo que quiere decir es que yo creo que es «lógicamente posible» que en algunos casos los argumentos en favor de cada parte sean de poder equivalente, tiene razón, aunque no veo por qué llamarlo concesión. Pero después agrega: «Sin duda la posición de Dworkin [que es probable que haya pocos casos tales] es compatible con la existencia de algunos desacuerdos entre juristas razonables. Pero la gran cantidad de controversias importantes constituye una sólida prueba empírica de la proposición de que frecuentemente, en los casos difíciles faltan respuestas correctas.»⁴⁹

El hecho de que Munzer use aquí la palabra «empírico» confirma mi supuesto de que habla desde el punto de vista interno más bien que desde el externo. Pero desde el punto de vista interno, una controversia persistente y acalorada sobre las propo-

siciones de derecho mal puede ser una sólida prueba empírica contra la «posición de Dworkin». Aparentemente, Munzer supone que si dos juristas están sinceramente en desacuerdo, y ninguno puede convencer al otro, ello da prueba de que ambos se equivocan, porque entonces ninguna de las partes puede tener, ni siquiera por estrecho margen, los mejores argumentos. Pero cabe suponer que al propio Munzer le costaría convencer a *cualquiera* de los dos juristas de que precisamente *él* se equivoca, y el desacuerdo entre Munzer y él sería persistente, y hasta quizás acalorado. ¿Se sigue de ello, según el supuesto de Munzer, que Munzer se equivoca también en su *tercera* opinión? Eso lo dejaría absolutamente sin nada.⁵⁰

B. *¿Qué importancia tiene?*

Hay, sin embargo, una razón para que Munzer no haya investigado con tanto cuidado como lo considero necesario en mi artículo el problema de si las cuestiones jurídicas tienen respuestas correctas. Según lo explica en la segunda parte de su ensayo, él piensa que la cuestión no tiene importancia práctica. Su argumentación en ese sentido «depende ... del modesto supuesto de que no concedería interés práctico alguno el clasificar un derecho como existente antecedentemente a menos que fuera en principio posible establecer su pre-existencia»; ⁵¹ y «establecer» significa demostrar de una manera tal que ningún jurista razonable pueda negar la demostración. Munzer concede, *arguyendo*, que en un caso difícil como los casos de negligencia que estudié en la última sección, es posible que el demandante tenga derecho jurídico a daños y perjuicios por los inconvenientes sufridos, aunque entre juristas razonables haya discrepancia respecto de si es así, pero en ese caso, el hecho de que lo tenga no tendría importancia práctica. Esta conclusión descansa, a su vez, sobre un supuesto sorprendente, a saber, que el único interés que puede haber en decir que existe un derecho antes de que se haya edictado efectivamente decisión alguna reside en que, si hay un derecho jurídico preexistente, entonces el acusado puede estar advertido de que no debe infringirlo. Como ése es el único interés que tenemos en la cuestión de si el demandante tiene derecho jurídico a alguna compensación, la cuestión pierde todo interés cuando el derecho, si existe, es tan discutible que es fácil excusar al acusado por no haber sabido que el querellante lo tuviera.

Este argumento no ha entendido a qué se refiere una discusión sobre derechos: se refiere a derechos. Si alguien tiene derecho a una decisión política del tipo que sea, eso es en sí mismo una razón poderosa, y normalmente, decisiva, en favor de una decisión judicial que le reconozca daños y perjuicios. La relación entre que alguien tenga derecho a una decisión y que haya una razón en favor de esa decisión no es una relación contingente,

sino conceptual. No se puede dar una formulación convincente de lo que es un derecho si no se incluye, como perteneciente al concepto de derecho, la idea de que si alguien tiene un derecho, está mal que otros lo traten de manera diferente a la especificada; a menos, en todo caso, que para ese proceder haya alguna razón en contra muy poderosa. Cualquier otra formulación de lo que es un derecho —suponiendo que una cosa es si alguien tiene un derecho y otra si el tenerlo exige que cualquiera lo trate de manera diferente— comete la equivocación de cosificar los derechos.

Por cierto que la cuestión de si alguien tiene un derecho determinado puede ser compleja, y cualquier respuesta que se le dé, discutible. Pero la cuestión de qué decisión política es la correcta no es *independiente* de la cuestión de si alguien tiene derecho a tal decisión. Si la última cuestión es discutible, entonces la primera debe ser, y por esa misma razón, también controvertible; si alguien cree que en un caso de negligencia el querellante tiene derecho a daños y perjuicios, aun cuando otros estén en desacuerdo, debe creer también que hay un argumento poderosísimo en favor de una decisión que beneficie al demandante, aunque otros también estuvieran en desacuerdo con eso. Si intenta separar esas dos creencias mediante la suposición, aunque sea *arguyendo*, de que el querellante tiene derecho jurídico, pero de ello no se infiere nada sobre lo que debe hacer un tribunal, entonces lo que dice no es coherente. Lo mismo vale para la pretensión de que no puede haber interés práctico alguno en la cuestión de si el demandante tiene un derecho jurídico en un caso difícil. Nada hay en esa cuestión, a no ser interés práctico.

¿Cómo es posible que alguien tan capaz en filosofía jurídica se haya equivocado aquí hasta tal punto? La respuesta, en cierto nivel, parece clara. Munzer ha confundido la cuestión de la notificación, que con frecuencia pesa como factor al decidir si una determinada decisión judicial es justa, con la cuestión de la justicia como tal. Una discusión sobre derechos jurídicos, incluso en un caso difícil, es una discusión sobre algo que tiene que ver con la justicia; si el tribunal cree que el demandante tiene un derecho, entonces —habida cuenta de todas las circunstancias, incluida la cuestión de la sorpresa— cree que una decisión en contra del demandante sería injusta, por lo menos *prima facie*. Por supuesto que la cuestión de los derechos, y por ende de la justicia, puede ser discutible. Pero si el tribunal está encargado de decidir, su decisión sobre lo que, habida cuenta de todas las circunstancias, es justo que se haga, debe, prácticamente, dejar resuelto el caso. Hablé de ese problema, anticipándome a la actual objeción de Munzer, en el capítulo sobre casos difíciles, y no volveré a repetir lo dicho. Pero podría ser útil ver lo absurdo que parecía el argumento de Munzer si se lo trasplantara a un contexto moral más bien que judicial. Supongamos que por mi descuido he dañado la propiedad del lector y que éste me dice que

no tenía derecho a conducirme como lo he hecho y que ahora tengo el deber de indemnizarlo por los daños sufridos. Hablamos del asunto y yo me muestro de acuerdo en que el lector tiene razón en ambos puntos, pero digo que el asunto no tiene más que interés académico y ninguna importancia práctica, porque tanto su derecho como mi deber —que yo ahora admito— son discutibles, de modo que no se me puede culpar por no haberlos reconocido cuando actuaba. Estoy confundido. Lo que digo puede establecer que no se me ha de culpar ni considerárseme perverso por haberme comportado como lo hice. Pero no debo decir que demuestra que lo que hice no estaba mal, o que el lector no tiene derecho a que le compense la pérdida, porque eso es precisamente lo que he admitido al admitir sus argumentos.

Pero esta explicación del error de Munzer no hace más que llevar el mismo enigma a un nivel diferente. ¿Por qué puede haber mezclado Munzer, en su teoría de los derechos jurídicos, la cuestión de la discutibilidad con la cuestión de la justicia, cuando es de suponer que no cometería el mismo error con los derechos morales? Creo que la respuesta se encuentra en un error más popular y más generalizado sobre lo que son los derechos jurídicos. En los casos fáciles, los derechos jurídicos pueden ser deducidos, de manera casi silogística, de proposiciones formuladas en libros accesibles para el público, y mucho más fácilmente para los abogados a quienes el público contrata. Es sumamente tentador extraer de ello dos conclusiones. La primera es que los derechos jurídicos proporcionan razones para la decisión judicial *porque* provienen de libros, es decir, porque las proposiciones que los crean dan noticia de su nacimiento. La segunda es la conclusión, más avanzada, de que en un caso difícil, si realmente el querellante tiene el derecho que reclama, como tal derecho no se puede deducir de las proposiciones que se encuentran en los libros públicos, debe ser deducible de proposiciones escritas en algunos libros secretos, a los cuales no tiene acceso el público, ni tampoco los abogados ni los jueces. En ese caso los jueces, al dar a entender que deciden los casos difíciles basándose en argumentos sobre los derechos jurídicos, se limitan a conjeturar y adivinar lo que encontrarían en esos libros secretos, si pudieran tener acceso a ellos. (El profesor Brilmayer, que comparte esta visión con Munzer, aplica el principio de indiferencia y llega a la conclusión de que los jueces no tienen más que un cincuenta por ciento de probabilidades de acertar.⁵²) Creo que esta imagen ha ejercido gran influencia sobre la jurisprudencia. Es lo que se oculta tras la famosa observación de Holmes de que derechos jurídicos deben ser únicamente los derechos que se hallan establecidos en libros reales y terrenos, porque el derecho no puede ser una «omnipresencia cavilosa». Se oculta también tras el supuesto de que los no positivistas deben creer en algo que se llama derecho natural, a lo que se considera como el contenido de los libros secretos celestiales.

Si alguien pensara que los derechos [aplicables] en los casos difíciles sólo pueden ser derechos porque están escritos en libros secretos, podría parecer consecuencia de ello que esas normas secretas sólo podrían tener importancia en la adjudicación en virtud de la notificación que proporcionan como guía del comportamiento, que no es tal. Pero la imagen del libro secreto no es parte de ninguna formulación adecuada de por qué las personas pueden tener derechos jurídicos aun cuando los juristas razonables no estén de acuerdo en si los tienen. La gente tiene esos derechos en virtud de razones de justicia como las que describí en el capítulo sobre casos difíciles. Si Munzer, aunque sea *arguyendo*, concede que pueden tener tales derechos, entonces no puede negar que las mismas razones de justicia y equidad hablan en favor de que se hagan valer esos derechos.

Pero quizá deberíamos volver a interpretar aquí los argumentos de Munzer, de modo que requieran una reforma de nuestro sistema jurídico. Se lo podría entender como el proponente de una nueva teoría de los derechos jurídicos, de acuerdo con la cual una de las partes simplemente no tiene un derecho jurídico a menos que pueda demostrarlo así a satisfacción de todos los juristas razonables. De ser así, los casos difíciles no se decidirían, como ahora, tras minuciosos y tal vez angustiosos intentos de decidir si, habida cuenta de todas las circunstancias, el demandante tiene el derecho institucional que reclama. Si el demandante no es capaz de aportar argumentos irrefutables en defensa de su derecho, no tiene tal derecho y punto. No está claro qué proceso de decisión sugeriría Munzer y, por consiguiente, qué ganaríamos con el cambio, pero está bastante claro lo que perderíamos.

Con el sistema actual, aspiramos a que la adjudicación sea cuestión de principio. La aspiración no puede concretarse plenamente porque cada uno de nosotros pensará que a veces —y quizás a menudo— los jueces formulan argumentos de principio erróneos. Pero ya con el intento salimos ganado. Se estimula a los ciudadanos a suponer que cada uno de ellos tiene derechos y deberes frente a los otros ciudadanos y frente al gobierno de todos, aun cuando no todos esos derechos y esos deberes estén codificados y compuestos en libros. Se los estimula, por consiguiente, a formular y poner a prueba hipótesis referentes a lo que son tales derechos, y a tratarse entre ellos —y exigir que el estado los trate— en función del supuesto, benéfico y unificador, de que la justicia tiene siempre que ver con sus reclamaciones, aun cuando no esté claro qué es lo que la justicia requiere. Los tribunales participan en este proceso constituyéndose ocasionalmente en foro para la consideración pública de estas cuestiones controvertibles de justicia, y ofreciendo un liderazgo cuyo poder está adecuadamente restringido por la fuerza de los argumentos de que puede echar mano.

Pobre es la opinión que tenemos de nosotros mismos si supo-

nemos que esta práctica sólo es valiosa en la medida que permite llegar a predicciones confiables de cómo será usado el poder oficial. Por supuesto, es una práctica de la que pueden abusar, y han abusado, gobiernos ansiosos de enmascarar la tiranía con el buen nombre del derecho. Hay naciones donde los ciudadanos estarían mejor si no se pudiera hacer, en nombre del derecho, reclamación alguna que no fuese tomada de un libro público, y sé que hay quienes creen que Gran Bretaña y los Estados Unidos se cuentan entre esas naciones. Pero incluso ellos deben conceder que algo se perdería con el cambio. La norma del derecho es un ideal más noble que la norma de los textos jurídicos.

4. RICHARDS Y EL POSITIVISMO REVIVIDO

La parte principal del ensayo del profesor Richards³³ no es una crítica de mis opiniones, sino un ensayo de interés mucho más general referente a las relaciones entre el derecho y la moralidad. Respecto de ese problema, sin embargo, le interesa distinguir sus puntos de vista de los míos. Tal como yo lo entiendo, Richards piensa que aunque en la práctica mi trabajo sigue los principios de lo que él llama «derecho natural metodológico», en las afirmaciones de orden más conceptual que hago hay defectos que, afortunadamente, no afectan a la práctica. Yo creo que, incluso en el nivel conceptual, discrepamos menos de lo que Richards ahora supone, porque las discrepancias que él ve son más verbales que de fondo. La discrepancia que podamos tener se plantea, en mi opinión, porque Richards no aprecia lo suficiente las diferencias entre la teoría del derecho natural ortodoxo y la teoría del derecho —diferente— que yo intento defender. Algo semejante a esta última teoría, con las mejoras y aclaraciones que ciertamente necesita, ofrece una base mucho más sustancial que la que puede ofrecer el positivismo jurídico, precisamente a los estudios de «derecho natural metodológico» que Richards recomiendan, y que tan bien hace.

La crítica de Richards apunta a dos aspectos de mi argumentación general. Está de acuerdo conmigo en que lo que he llamado principios (usando el término, por el momento, de manera amplia, que no distinga [lo que llamo argumentos o razones] políticas de los principios definidos de manera más estricta) desempeñan un papel importante en cuanto a establecer qué constituye jurisprudencia en algún asunto, y en que el papel de tales principios no se limita, por ende, a las discusiones sobre lo que debe ser el derecho. Pero sin embargo, cree en la solidez del positivismo jurídico tradicional, que insiste en que la definición del derecho no es más que una cuestión práctica. El positivismo puede admitir el papel de los principios de derecho porque la cuestión de qué principios son efectivamente principios de algún sistema jurídico determinado es en sí misma una cuestión de hecho, y

la cuestión de qué exigen tales principios en un caso determinado no es más que un asunto de juicio profesional ordinario. Los argumentos de Richards en ese sentido pueden verse en estos enunciados:

Los principios jurídicos son, después de todo, jurídicos; para que tengan fuerza de ley, deben estar implícitos en la tradición y la práctica judicial pasadas, y ser inferibles mediante los métodos habituales del razonamiento jurídico por analogía. ... Los principios jurídicos, como las normas jurídicas, dependen en el fondo de una cuestión de hecho, esto es, de las actitudes críticas de los jueces...

... De hecho, es posible que los principios jurídicamente obligatorios para un juez sean moralmente tan defectuosos que la aplicación absoluta de tales principios viole las obligaciones morales del juez. Se pueden establecer aún distinciones de este tipo, y la cuestión moral se ha de plantear siempre independientemente.

En otras ocasiones he profundizado en la cuestión de si se puede decir que la identificación de principios jurídicos sea simplemente una cuestión ordinaria de hecho.⁵⁴ Dije que no podía serlo, y me interesaría saber por qué a Richards le parecen insatisfactorios mis argumentos. Quizá la dificultad se origine en una ambigüedad en el primero de los tres enunciados reunidos en la cita anterior. Si corresponde que los principios figuren en la adjudicación, dice Richards, esos principios deben estar «implícitos» en «la tradición y la práctica judicial pasadas y ser inferibles por los métodos habituales». Pero, ¿qué significa esto? Si significa, tal como lo hace pensar la referencia de Richards a «actitudes críticas», que los principios no cuentan a menos que haya una tradición efectiva de citarlos, se equivoca, porque la práctica actual ignora con frecuencia esa exigencia en el uso de principios. Richards no se refiere, como podría sugerirlo la palabra «inferible», a que los principios se obtengan deductivamente de una serie de precedentes, de manera que si dos juristas no están de acuerdo respecto de si un determinado principio tiene «fuerza de ley», uno de ellos debe estar cometiendo un error lógico. Tal sugerencia es absurda, y mucho más si se mantiene luego que no sólo el contenido de un principio, sino también su peso, son cuestiones de deducción. Richards dice que el contenido es inferible por los «métodos habituales del razonamiento por analogía». Pero decir eso no sirve, porque precisamente lo que está en cuestión es si los «métodos habituales» de razonamiento en los casos difíciles que los juristas llaman razonamiento por analogía— convierten en cuestiones de hecho los problemas que presentan estos casos, y eso depende de seguir analizando qué es realmente este «razonamiento por analogía».

En el capítulo sobre casos difíciles⁵⁵ presenté una formulación de lo que significa decir que un principio está «incorporado en»

o «implícito en» o puede ser «inferido por analogía de» un conjunto de decisiones previas. Dije que un principio está en esa relación con decisiones previas, o con otro material jurídico, si el principio figura en lo que llamé óptima justificación de ese material. Eso hace, desde luego, que la cuestión de si un determinado principio es efectivamente «inferible» a partir de material histórico se convierta en un asunto de opinión, sobre el cual los juristas pueden discrepar y, de hecho, discrepan. Una justificación puede ser mejor que otra (decía también yo) en dos dimensiones diferentes: puede resultar que se adapte mejor, en el sentido de que exige que una parte más reducida del material sea considerado como «errores», o puede resultar una justificación moralmente más convincente, porque se aproxima más a la esencia de la moralidad política. Si una teoría que contiene un principio es mejor en la dimensión de la adecuación, pero otra que contiene un principio contrario es mejor en la dimensión de la moralidad, entonces la cuestión jurisprudencial que se plantea es qué dimensión es más importante para la determinación de los derechos institucionales en esa clase de casos. Una respuesta para esa cuestión jurisprudencial (enunciada de manera cruda y simple) sería la siguiente: Ninguna teoría puede contar como justificación adecuada de la historia institucional a menos que se adecue bien a ella; no debe denunciar como errores más que un reducido número de decisiones, y especialmente de decisiones recientes; pero si dos o más teorías muestran, según ese criterio, una adecuación apropiada, entonces, la que de ellas sea moralmente la más fuerte ofrece la mejor justificación, aun cuando denuncie como erróneas más decisiones que otras. Esa respuesta debe ser ampliada, pero ejemplifica de qué manera se podría derivar una teoría cabal de la adjudicación a partir de la teoría esquemática que yo describía.

Pero ninguna formulación tal del razonamiento por analogía, que incluya una dimensión de moralidad en el criterio de los principios, puede reconciliar el positivismo con los principios de la manera que espera Richards. Quizás en este punto Richards desee asociarse al punto de vista del profesor Sartorius.⁵⁶ Sartorius dice que yo debería haberme quedado contento con la primera de las dos dimensiones que describí, y no haber agregado la segunda, porque una [sola] teoría dará, de manera casi inevitable, una mejor adecuación a los datos simplemente sobre la base de los cánones de mejor explicación que se usan en las ciencias, y los jueces deben escoger y escogen esa teoría. Yo también pensé lo mismo en alguna ocasión, pero me convencí de lo contrario por consideraciones que ya me han ocupado detalladamente.⁵⁷ No creo que ni siquiera en el caso de la explicación científica haya acuerdo sobre los criterios superiores de explicación teórica, y la experiencia demuestra que en el caso del derecho es frecuente que se prefiera una formulación a otra por razones imposibles de entender, de manera realista, como reducibles al nú-

mero relativo de decisiones previas que ésta explica o a la simplicidad y elegancia de la explicación, ni a nada en esa línea. Nadie que esté familiarizado con lo que suelen ser las opiniones judiciales podría suponer que los jueces escogen entre las teorías de la justificación de la misma manera que podrían escoger los historiadores, por ejemplo, entre las explicaciones históricas de [diversos] modelos de decisión. Si los jueces decidieran efectivamente los casos citando los cánones de la construcción teórica, contabilizando el número de precedentes que se explican por hipótesis concurrentes y comparando la elegancia teórica de tales hipótesis, podríamos tener por lo menos un ejemplo auténtico de toma de decisiones «mecánica», una descripción a la que en derecho se le ha supuesto durante largo tiempo un carácter despectivo que no tiene, según yo lo entiendo, en otros campos, como la mecánica, donde está ausente la dimensión moral.

De modo que ya es misterioso cómo la simple cuestión de qué principios están «implícitos» en las tradiciones y prácticas pasadas podría ser una cuestión de hecho, de acuerdo con la concepción que tiene un positivista de lo que son los hechos. ¿Por qué insiste Richards en que esta cuestión no es más que una cuestión de hecho? Nos lo dice en el tercero —y en el más revelador— de los conjuntos de enunciados que cité. Richards está, con razón, ansioso de resistirse a la absurda opinión de que el derecho es siempre moralmente bueno o (para decirlo de manera más revolucionaria) que una ley que es moralmente mala no puede integrar el derecho. Quiere decir que un principio que tenga «fuerza de ley» sobre los jueces puede, sin embargo, ser un principio muy depravado, tanto que incluso sea obligación del juez negarse a su aplicación. Yo dije algo muy semejante unas cuantas páginas atrás; dije que en algunos casos la obligación del juez podría ser mentir y dar un informe falso de lo que es el derecho, y que esa descripción supone la posibilidad de que el derecho no sea lo que debe ser. Aparentemente, Richards piensa que me veo de alguna manera forzado a [sostener] la opinión absurda, porque cree que la filosofía jurídica no tiene aquí más que dos opciones. Debemos quedarnos con los positivistas, que insisten en que lo que sea el derecho es siempre una mera cuestión de hecho. O debemos irnos al otro extremo, con los defensores del derecho natural, que dicen que no puede haber diferencia alguna entre los principios del derecho y los principios de la moralidad. Pero estas dos opiniones extremas se equivocan. En algunos casos, la respuesta a la cuestión de qué es lo que exige el derecho puede depender de (aunque nunca sea idéntica a) la cuestión de qué requiere la moralidad básica, de modo que es un error considerar la primera cuestión como una simple cuestión de hecho, en el espíritu de Hume, cuya intención es la de esa descripción. Y esto no vale sólo para los casos en que alguna fuente legislativa incorpora deliberadamente los criterios morales en las normas jurídicas, sino también para aquellos en que es discutible lo que exige

el derecho, porque ninguna fuente legislativa ha dicho absolutamente nada decisivo. No sólo es así cuando se concede que los principios jurídicos que encarnan los conceptos morales son decisivos [respecto] de argumentos jurídicos, sino también cuando la cuestión que está en juego es precisamente la de qué principios han de ser considerados decisivos.

Pero por supuesto, de nada de esto se sigue ni que el derecho sea siempre moralmente bueno, ni que lo que es moralmente bueno constituya siempre el derecho, *ni siquiera en los casos difíciles*. Considérese la admisible opinión que acabo de bosquejar, según la cual ningún principio puede contar como justificación de la historia institucional a menos que ofrezca cierto umbral mínimo de adecuación, por más que entre los principios que satisfagan este criterio de adecuación se deba dar la preferencia al que sea moralmente mejor. Si se aplica ese criterio a un sistema moral perverso, es posible que ningún principio que pudiéramos considerar aceptable por razones morales alcanzara a superar la prueba mínima. En ese caso, la teoría general debe respaldar algún principio poco atractivo que proporcione la mejor justificación de la historia institucional, que ofrezca al juez una decisión jurídica y también, quizás, un problema moral. El positivismo se vale de una simple distinción entre cuestiones de hecho y normativas. Si aceptamos esa distinción, debemos decir que la cuestión de si un principio cuenta en la adjudicación, y hasta qué punto, es una cuestión normativa. Pero debemos tener cuidado de no pensar (como parece sucederles a menudo a algunos filósofos) que no hay más que un tipo de cuestión normativa, que es la cuestión final sobre lo que hay que hacer. El problema de si un determinado principio cuenta (en la decisión de lo que es el derecho) es en parte normativo, porque incluye un juicio sobre la bondad del principio en la moralidad política. Es, sin embargo, distinto de otro problema normativo, que es si ese principio, incluso sin cuenta, sería el mejor principio sobre el cual fundar un sistema jurídico si se partiera de cero; y distinto también de un tercer problema normativo, que es si el principio es tan injusto que estaría mal que el juez hiciese valer cualquier derecho jurídico que de él se derive y estuviera bien que mintiese para no tener que hacerlo.

Mencionaré aquí dos puntos adicionales que tienen sólo interés periférico. Richards me acusa del siguiente error: «Del hecho de que a veces los principios jurídicos son principios morales, Dworkin extrae injustificadamente la inferencia de que lo son siempre.»³⁸ Por cierto que precisamente esa inferencia sería errónea, pero creo que la intención de Richards es acusarme de la creencia, no de la inferencia. ¿Creo yo que los principios jurídicos son siempre principios morales? En esto hay una ambigüedad. La proposición podría querer decir que los principios jurídicos son siempre principios morales buenos o correctos, y si eso es lo que quiere decir, entonces, tal como me he esforzado en repetirlo,

eso no es lo que yo pienso. Pero podría significar que los principios jurídicos son siempre principios morales por su forma (independientemente de que sean buenos o malos, convincentes o despreciables en cuanto juicios morales) más bien que, por ejemplo, juicios prudenciales o generalizaciones históricas. Se trata de una afirmación interesante y que efectivamente suscribo, por lo menos en el sentido siguiente. Es posible que aquí la palabra «moral» traiga problemas, como con frecuencia sucede, pero entiendo la proposición en el sentido de que los principios que figuran en los argumentos jurídicos hacen afirmaciones referentes a los derechos y deberes de los ciudadanos y de otras personas jurídicas en vez de enunciar, por ejemplo, juicios prudenciales o generalizaciones históricas. Como acabo de decir, supongo que el proceso de «extraer» principios de la historia institucional es el proceso de juzgar las justificaciones de esa historia, en que la justificación se distingue de la explicación. Aun cuando sea cierto que todas las decisiones de derecho contractual tomadas en Wisconsin durante un período de muchos años fueron tales que beneficiaban al partido republicano local, ese hecho, por más importante que pueda ser para el historiador, el sociólogo o el crítico, no podría ser considerado la base de una justificación (ni siquiera de una mala justificación) para tales decisiones, y por consiguiente no exigiría que los jueces decidieran los casos futuros ateniéndose al supuesto principio de que lo que es bueno para los republicanos es bueno para la justicia. Podría agregar que el hecho de que los principios jurídicos deban ser principios morales, en el sentido que acabo de describir, tiene algo que ver con lo que se analizó antes en esta sección. Tal hecho podría, en ciertas circunstancias, excluir los argumentos que defienden los supuestos principios en sistemas jurídicos perversos.⁵⁹ Pero no debo confiar demasiado en el poder de atracción del concepto de principio moral. No hay ningún análisis convincente de ese concepto que asegure que el principio de que los negros son menos dignos de consideración que los blancos pueda ser rechazado considerando que no es en modo alguno un principio.

Sí quiero rechazar, sin embargo, la imagen del «derecho existente» que describí antes, que me parece ver respaldada por quienes están ansiosos de negar que los principios jurídicos sean siempre principios morales. Esas gentes piensan que el derecho de una comunidad es una colección de determinadas normas y principios (y de sabe Dios qué más) de índole tal que es sensato preguntarse si, en un momento dado, una norma o principio determinado pertenece a la colección. Si efectivamente un principio pertenece a la colección, es un principio jurídico; si también pertenece a la colección, diferente, de principios morales buenos, es también un principio moral, de modo que entonces se puede plantear la cuestión de si las dos colecciones son idénticas o se superponen o son de distinta extensión. Si alguien tiene efectivamente esta visión del asunto (prima, creo, de la teoría del libro

secreto que presenté antes, en la página 462), le parecerá importante que los filósofos del derecho estipulen las condiciones necesarias y suficientes para pertenecer a la colección de principios jurídicos, y necesario responder a la cuestión de si tales condiciones incluyen o excluyen la pertenencia a la colección, diferente, de los sanos principios morales. Por mi parte, no creo que necesitemos individualizar de esta manera los principios y asignarlos a colecciones, como tampoco necesitamos individualizar y asignar los «principios» de una ciencia particular. Al rechazar la idea de que el derecho es un sistema de normas, no era mi intención reemplazar esa idea por la teoría de que el derecho es un sistema de normas y principios. No hay nada a lo que se pueda llamar «el derecho» en cuanto colección de proposiciones discretas, cada una de ellas con su propia forma canónica. La gente tiene derechos jurídicos, y los principios de moralidad política figuran, de maneras que he intentado describir, en la decisión de qué derechos jurídicos tienen. Si al hablar de «principio jurídico» nos referimos a un principio que es en principio elegible para tal papel, entonces todos los principios de moralidad política que tienen vigencia en la comunidad en cuestión, por lo menos, son principios jurídicos. A veces hablamos de «principio jurídico» de diferente manera, para referirnos a aquellos principios que de hecho han sido frecuentemente citados por los jueces, y que por consiguiente se han abierto paso en los textos de derecho y en el lenguaje de los catedráticos. Pero nadie piensa que los únicos principios que puedan figurar con propiedad en las discusiones jurídicas sean principios jurídicos en ese sentido restringido, es decir, que han llegado a hacerse familiares de esa manera.

De manera que Richards se equivoca al pensar que una teoría positivista del derecho, como la de Hart, se puede adaptar fácilmente a captar el papel que desempeñan los principios en la argumentación jurídica, y se equivoca también al pensar que la única alternativa al positivismo es una teoría extrema del derecho natural que niegue la diferencia entre argumentos jurídicos y morales en los casos difíciles. Discrepa también de la tesis de los derechos que yo defiendo, que sostiene que los casos difíciles deben ser decididos —y característicamente, lo son— basándose en argumentos de principio y no en argumentos políticos. Como ejemplos en contra, Richards piensa en casos como los que cita Greenawalt, y no necesito repetir lo que ya he dicho sobre ellos. Richards me recuerda además que los tribunales consideran efectivamente cuestiones políticas cuando aplican leyes que entienden generadas por razones políticas, y debo repetir que creo haber dicho precisamente eso en el capítulo sobre casos difíciles.⁶⁰ A estos puntos, ya señalados por otros, agrega sin embargo referencias a un conjunto diferente de casos.⁶¹ Se trata de casos en los cuales el tribunal edicta normas de administración (a veces simples, como en *Mapp*,⁶² y a veces complejas, como en *Miranda*⁶³), no porque el tribunal suponga que algunos individuos tienen de-

recho precisamente a lo que reciben en virtud de esas normas, sino por una razón diferente: que tales normas proporcionan un esquema, aunque no sea el único ni tampoco el mejor, mediante el cual se pueden proteger o asegurar otros derechos de los individuos. El profesor Chayes ha publicado recientemente un artículo,⁴⁴ que probablemente ha de ejercer gran influencia, en el cual considera este tipo de casos con ánimo más general y con diferentes propósitos; con toda razón, nos llama la atención sobre el papel de los tribunales en cuanto a la redacción y administración de complejos decretos antitrust, intrincadas reorganizaciones comerciales y, lo que es más notable, en órdenes de integración racial escolar que, en ocasiones, hacen intervenir a los tribunales en la acción cotidiana de los consejos escolares.

La labor administrativa de los tribunales, que en opinión de Chayes constituye un nuevo estilo de adjudicación, plantea a la jurisprudencia y a la teoría política muchísimos problemas que —por más que sólo oblicuamente afecten a la tesis de los derechos— son problemas que cualquier teoría de la adjudicación tendrá que enfrentar algún día. Sin embargo, a los fines de este apéndice sólo será necesario señalar dos hechos, referentes a la tesis de los derechos, que aparentemente han sido pasados por alto. Primero, la tesis no prohíbe que los tribunales decidan los casos de derecho penal o público en favor de un individuo y en contra del estado o de algún departamento estatal, por razones que no suponen que el individuo tenga derecho a la decisión. Dije que la tesis de los derechos es asimétrica en este aspecto, y di como uno de mis ejemplos el caso *Mapp*, citado por Richards. Segundo, la tesis no prohíbe lo que en los tribunales se suele llamar legislación prospectiva, en tanto que las normas creadas para el futuro, y a las que no se considera formulación precisa de derechos existentes, no se apliquen retroactivamente para justificar fallos o denegaciones en el caso presente. Está claro que, cuando se la considera necesaria para proteger los derechos individuales, como en los casos que menciona Richards, la legislación prospectiva no vulnera la consideración de moralidad política que mencioné como soporte de la tesis de los derechos; de hecho, en los casos constitucionales, se podría pensar que tales consideraciones exigen precisamente eso. Quisiera repetir, sin embargo, que es necesario decir mucho más sobre el enérgico papel administrativo que parecen haber asumido actualmente los tribunales [en los Estados Unidos] y sobre la influencia de dicha práctica sobre la tesis de los derechos.

5. SOPER Y LA REDEFINICIÓN DEL POSITIVISMO

A. *Un positivismo menos positivo*

El excelente ensayo del profesor Soper⁴⁵ analiza las relaciones en-

tre mis argumentos y diversas formas del positivismo legal. Soper sugiere una forma de positivismo que podría incorporar simplemente todas mis demandas referentes a la práctica jurídica, si son justas, como refinamientos. Según esta opinión, el positivismo insiste en que las proposiciones de derecho, si son verdaderas, lo son en virtud de alguna práctica social que especifica sus condiciones de verdad. Pero no insiste en que las condiciones de verdad así especificadas no pueden incluir condiciones morales. Supongamos que tengo razón, por ejemplo, en que los jueces deciden, de manera característica, los casos difíciles apelando a principios que a su vez se justifican porque figuran en una justificación superior, la del derecho establecido, y que este proceso de justificación incluye una dimensión moral como la que se describe en el capítulo 4 y en la sección 4 de este apéndice. El esquema de decisión que describo es entonces, en su totalidad, una práctica social, que identifica como verdaderas proposiciones de derecho apoyadas por los principios que proporcionan la mejor justificación. Supongamos que dos abogados o jueces discrepan respecto de alguna proposición de derecho, porque discrepan sobre alguna proposición de moralidad política. Podrían ser ambos positivistas, según esta formulación del positivismo, aunque cada uno piense que es verdadera alguna proposición de derecho cuya verdad no puede ser demostrada remontándose a su origen, y aunque cada uno sostenga que la verdad de su proposición depende de la verdad de algún principio de moralidad. Son ambos positivistas porque cada uno reconoce que lo que da pertinencia a la moralidad es la práctica social, a saber, la práctica social que yo describo.

Soper señala que el propio profesor Hart observó que ciertas leyes y disposiciones constitucionales, como algunas que se encuentran en la Constitución de los Estados Unidos, «incorporan la moralidad por referencia». La proposición que presenta se limita a extender la idea latente en tal señalamiento, suponiendo que la incorporación de la moralidad puede tener lugar no simplemente en alguna ley o disposición constitucional específica, sino en la práctica social, de orden más general, que define lo que, en la comunidad de que se trata, cuenta como adjudicación.

En su reseña de mi libro,⁶⁶ el profesor Lyons señala algo muy similar. También él considera que lo esencial del positivismo es la afirmación de que el respaldo de cualquier pretensión de derecho se encuentra en alguna práctica social, aun cuando en ocasiones —e incluso siempre— esa misma práctica remita la decisión a la moralidad. Por cierto que no es mi deseo embarcarme en una discusión de nombres con Soper ni con Lyons. Yo definía el positivismo en función de dos afirmaciones, importantes y relacionadas, que no se encuentran sin embargo en la versión que ellos dan del positivismo, y lo que cuestiono no es una etiqueta, sino esas afirmaciones. La primera sostiene que es característico

de un sistema jurídico que alguna especie de criterio más o menos mecánico estipule las condiciones necesarias y suficientes para la verdad de las proposiciones sobre lo que es derecho, a diferencia de las proposiciones sobre lo que debe ser el derecho. En el capítulo 2 describí este criterio como una prueba de origen, a diferencia del contenido; me refería a que el positivismo insiste en que los criterios de derecho deben ser más bien cuestión de historia social que criterios políticos o de moralidad que podrían ser intrínsecamente discutibles. Hart, por ejemplo, describe su regla de reconocimiento no simplemente como una nueva imposición de obligaciones, sino como una norma secundaria que estipula rasgos públicos característicos cuya presencia o ausencia será decisiva para la identificación de otras normas como normas jurídicas. Dice que la aceptación de esta especie de norma secundaria señala la transición de una sociedad pre-jurídica a una sociedad de derecho, porque los rasgos públicos que en virtud de la norma secundaria llegan a ser decisivos han de curar el defecto de incertidumbre latente en la práctica pre-jurídica. Indudablemente, es compatible con este cuadro el hecho de que la norma secundaria pueda contener a su vez términos poco claros o, de alguna otra manera, incluir un grado leve de indeterminación. Pero una norma secundaria que se limitase a remitir nuevamente todos los problemas de obligación a las prácticas sociales de obligación vigentes no introduciría (tal como lo señala claramente Hart en su discusión del derecho internacional) cambio alguno en el *statu quo*. Una norma secundaria tal no introduciría ninguna determinación nueva ni podría señalar una transición hacia nada. Y yo habría pensado que estas objeciones se aplicarían, con más razón, a una norma secundaria del tipo de la que imagina Soper cuando piensa en un soberano cuyo único mandato es: Haz lo que exige la justicia.

La cuestión importante no es, sin embargo, si Hart o algún otro filósofo del derecho adhiere a la tesis de que el criterio de derecho debe hacer que éste sea razonablemente demostrable. Esa tesis se relaciona con una teoría más general del derecho, y en particular con una concepción de la función del derecho. Se trata de la teoría de que el derecho proporciona un conjunto establecido, público y confiable de estándares de conducta oficial y privada, estándares cuya fuerza no puede ser puesta en tela de juicio por la percepción individual que tenga algún funcionario de lo que son las directrices políticas o la moralidad. Esta teoría de la función del derecho reconoce, como debe hacerlo, que ningún conjunto de normas públicas puede ser completo ni completamente preciso. Pero, como consecuencia, insiste en una distinción entre las ocasiones en que el derecho, así concebido, dicta efectivamente una decisión, y aquellas en las que, por decirlo con el lenguaje de los positivistas, el juez debe ejercer su discreción para sentar jurisprudencia, precisamente porque el derecho calla. Para esta manera de ver la función del derecho, la

distinción es vital porque es importante reconocer que, cuando entre hombres razonables puede haber discrepancia respecto de lo que exige el derecho, una decisión judicial no puede ser una decisión neutral del tipo que asegura la idea de derecho. Es más honrado admitir que, en este caso, la decisión no es en modo alguno una decisión de derecho.

Así pues, la tesis de que hay algún criterio de origen, más o menos mecánico, que identifica el derecho, se relaciona de esta manera con una teoría política sobre el sentido o función del derecho, y con la teoría de la discreción judicial que es parte necesaria de aquélla. La teoría que yo defiendo, por el contrario, supone para el derecho la función —diferente y más ambiciosa— que he descrito al final de la sección 3 de este apéndice. Si el positivismo suaviza [sus exigencias] tal como Soper y Lyons sugieren que podría hacerlo, para dar cabida a la descripción de las prácticas jurídicas que yo ofrezco, se debilita correspondientemente el conjunto de argumentos de la teoría ortodoxa sobre el sentido del derecho, y se refuerzan los que defienden el punto de vista que yo sostengo.

La segunda afirmación por la que caracterizaba yo al positivismo se relaciona también con una posición teórica más general que habría que modificar si se abandonase esta afirmación. La forma más clara de enunciarla es la siguiente. Podemos suponer que las proposiciones de derecho son verdaderas o falsas, exactas o inexactas, sin aceptar con ello ninguna ontología que vaya más allá de la que puede aceptar un empirista. La verdad de una proposición de derecho, cuando es verdadera, consiste en hechos históricos ordinarios referentes al comportamiento individual o social, y que incluyen quizá hechos referentes a creencias y actitudes, pero que no presentan ningún rasgo metafísicamente más sospechoso. Oliver Wendell Holmes formuló esta afirmación al decir que el derecho no es una cavilosa omnipresencia en el cielo. Los positivistas no necesitan ser reduccionistas en el sentido *semántico*: no es necesario que argumenten que las proposiciones de derecho significan lo mismo que proposiciones históricas sobre el comportamiento o creencias o actitudes. Pero es parte de su programa (o eso pensé yo) ser reduccionistas en el sentido más débil expresado en la afirmación de que las condiciones de verdad de las proposiciones de derecho no incluyen nada más que tales condiciones históricas.

Naturalmente, esta afirmación es congruente con la tesis causal, palmariamente válida, de que las creencias sobre la justicia son, con frecuencia, causalmente responsables del comportamiento que constituye [el] derecho. Es frecuente, por ejemplo, que los legisladores dicten una ley porque les parece justa. La afirmación también es congruente con la tesis, diferente, de que las *creencias* sobre la justicia pueden ser parte de las condiciones de verdad de las proposiciones de derecho. Un positivista puede sostener una teoría de la interpretación de la ley tal que, si una

lley estipula que un contrato es inválido cuando es desmedido, y la gran mayoría de la gente piensa que un determinado tipo de contrato es injusto, entonces, como cuestión de derecho, ese tipo de contrato es inválido. Esta teoría hace que [el criterio] decisivo para las proposiciones de derecho sean no los propios hechos morales, sino las creencias relativas a los hechos morales. Pero para un positivista en la línea de Soper-Lyons, la validez jurídica de un contrato podría depender no de si se cree que un contrato es injusto, sino de si es injusto. Esa teoría es incongruente con la afirmación del reduccionista porque hace que un hecho moral sea, en sí mismo, parte de las condiciones de verdad de una proposición de derecho.

El programa débil del reduccionismo no se cumple demostrando que a veces las proposiciones de derecho son válidas en virtud de hechos históricos exclusivamente. Se ha de demostrar que todas las proposiciones que la teoría da por válidas lo son en virtud de tales hechos. El positivismo de Soper-Lyons no puede afirmar que lo hace. Si una práctica social hace de la moralidad una condición sistemáticamente pertinente para las cuestiones jurídicas (y tanto Soper como Lyons conceden, *arguyendo*, que es muy posible que así suceda con nuestro propio sistema jurídico), entonces la verdad de las proposiciones de derecho dependerá sistemáticamente de la verdad de las proposiciones de moralidad. La verdad de las primeras consistirá, por lo menos parcialmente, en la verdad de las últimas. Así pues, la prometida separación ontológica entre derecho y moral falla. Para poder suponer que dentro de un sistema tal hay hechos jurídicos, se debe suponer también que hay hechos morales.

Esto explica por qué el aspecto que señala Hart, que en ocasiones el derecho positivo se vale de un lenguaje moral explícito, no es un saco en el cual se pueda echar una teoría general del derecho que hace de la moralidad [una condición] sistemáticamente pertinente, incluso en ausencia de una incorporación explícita. Es de suponer que Hart extendería su análisis de la «textura abierta» de los lenguajes jurídicos (que aplica a términos como «razonable») también a los términos morales que figuran en el derecho positivo (como la cláusula de la Constitución estadounidense que habla de [castigo] «cruel y excepcional»). Diría entonces que la palabra «cruel» tiene, en los Estados Unidos, una esfera de aplicación precisa (se aplica a la pena de bastonazos [en las plantas de los pies]), pero también una penumbra de incertidumbre (entre hombres y mujeres razonables hay discrepancias respecto de si la pena capital es cruel). Cuando un caso (como el de *Furmsom v. Georgia*) cae en la zona de penumbra, el juez debe ejercer su propia discreción para decidir, aunque en lo sucesivo su decisión amplíe la esfera del concepto a fines jurídicos.

Este análisis del papel que desempeña el lenguaje moral en las disposiciones jurídicas es totalmente congruente con el programa reduccionista débil que describí. Hace que la verdad de la

proposición de derecho que afirma la inconstitucionalidad de la pena de bastonazos consista en la creencia en que es cruel. Pero no se lo podría ampliar para que abarcara la teoría de la adjudicación que yo describo. Supongamos, sin embargo, que yo esté equivocado y que Hart rechazara este análisis del lenguaje moral en el derecho. Supongamos que dijera que la inconstitucionalidad de la pena capital depende totalmente de si es efectivamente cruel como hecho moral y no simplemente de si está lo bastante difundida la creencia en que lo es, o de si algún juez lo decide así en el ejercicio de su discreción. (Deberíamos entonces preguntarnos por qué no presentó un análisis paralelo de todo lenguaje de «textura abierta» y redujo así el papel de la discreción judicial.) Pero si tal distinción es sensata, y si las proposiciones sobre la constitucionalidad del castigo pueden ser válidas, entonces debe haber (para expresarlo en el estilo antiguo) un ámbito objetivo de los hechos morales. Yo había pensado que parte de la ambición de Hart (y de los positivistas en general) era independizar el estatuto objetivo de las proposiciones de derecho de cualquier teoría controvertible, tanto de la meta-ética como de la ontología moral.

Por cierto que Hart no necesitaría aceptar un ámbito objetivo de hechos referentes a la crueldad si no insistiera en que las proposiciones referentes a la pena capital pueden ser válidas de la [misma] manera que pueden serlo las proposiciones que no dependen de que se entienda correctamente el lenguaje moral. Podría decir que, una vez que la Constitución ha hecho que la constitucionalidad del castigo dependa de su crueldad, todas las afirmaciones de este tipo, tomadas al pie de la letra, son o bien falsas o bien ni verdaderas ni falsas.⁶⁷ Pero esta extensión de la teoría general de Hart sólo es admisible (si lo es) a partir del supuesto de que el uso del lenguaje moral es, en los sistemas jurídicos conocidos, un rasgo más ocasional que sistemático. Si mi formulación de nuestra práctica jurídica es correcta, y Hart intentaba de esa manera abarcar tal formulación dentro de su propio sistema, terminaría por decir que para nosotros apenas si hay alguna proposición válida. En todo caso, la unión de las dos teorías, que contempla Soper, quedaría disuelta por esa última afirmación radical.

B. *¿Conceptual o descriptivo?*

Al comienzo de su ensayo, Soper plantea otro problema interesante. Divide las teorías del derecho en conceptuales y descriptivas. Dice que la teoría del positivismo es conceptual y la mía descriptiva, por la razón siguiente. Los positivistas hacen una afirmación que (si tienen razón) es válida para todos los sistemas jurídicos, no sólo en virtud de una generalización, sino necesariamente. Por otra parte, yo sólo hago afirmaciones sobre un

determinado sistema jurídico. Sostengo que la práctica característica de los jueces en nuestro propio sistema jurídico no se adecua a la formulación positivista de lo que deben ser todos los sistemas jurídicos. Si tengo razón, entonces la afirmación del positivismo, que es universal, debe estar equivocada. Pero no se sigue como consecuencia que mi descripción sea válida para ningún otro sistema jurídico que el nuestro, de modo que mi posición debe ser descriptiva, en tanto que la de ellos es conceptual.

Me alegro de que Soper plantease este problema, porque con frecuencia me preguntan si la intención de mi teoría es conceptual, como la del positivismo, o únicamente descriptiva. ¿Me propongo presentar una teoría general de cómo debe ser el derecho o solamente una formulación mejor de una determinada versión del derecho? Me temo que no entiendo la fuerza de la distinción en este contexto. Sin duda, la teoría positivista del derecho es, en algún sentido, conceptual, pero ¿en qué sentido? ¿Piensa Soper que la teoría positivista (que las proposiciones de derecho no pueden ser válidas en virtud de la moralidad) es una teoría lingüística sobre el uso del término «jurídico» o «derecho» en el «lenguaje ordinario» o «estándar»? Basado en esa interpretación, el positivista afirma que de la forma en que se usa «jurídico» se sigue que un derecho jurídico simplemente no puede depender de hechos morales tal como yo lo sostengo, de la misma manera que algún otro podría decir que de la forma en que se usa «hermana» se infiere que una hermana no puede ser un hombre. Pero si presento un supuesto ejemplo en contra —si presento un caso de un derecho jurídico que en mi opinión es tal en virtud de un derecho moral—, entonces mi afirmación *también* debe ser lingüística. Debo aseverar que el término «jurídico» está usado como corresponde, de manera tal que incluya este caso. Mi afirmación es tan lingüística como la de Soper, aunque pueda ser más cautelosa. No puede ser «meramente» descriptiva —o estar meramente referida a los hechos del único caso citado como ejemplo en contra— tal como puede serlo un ejemplo en contra de una generalización empírica. Supongamos que yo afirmase haber encontrado una hermana hombre, con lo que habría dado un ejemplo en contra de la afirmación según la cual, como cuestión de uso lingüístico, las hermanas no pueden ser hombres. No afirmo simplemente que he descubierto un hecho nuevo, no lingüístico, que refuta una teoría lingüística. A menos que demuestre que la teoría lingüística es *lingüísticamente* incorrecta, no puedo haber encontrado el hecho que digo haber encontrado. Supongamos que encontrase un hombre a quien la comunidad lingüística (a sabiendas de que es un hombre) acostumbrase llamar hermana. Si lo cito como ejemplo en contra, lo hago porque considero que esta práctica lingüística es parte de la práctica que estipula el uso correcto de «hermana». Es un punto que se refiere al uso correcto de una palabra, no simplemente a los hechos de un caso aislado. Si el positivismo es conceptual porque es lingüísti-

co, y si mi teoría ofrece aunque sea un ejemplo en contra, entonces mi teoría debe ser conceptual porque es también lingüística.

Lo planteo de manera hipotética porque no acepto que el positivismo sea una teoría sobre la práctica lingüística. (Dudo de que haya un uso estándar de las palabras «jurídico» o «derecho», al cual pueda apelar el positivista. En todo caso, en sus argumentos él no se apoya en definiciones de diccionario ni en estadísticas del uso lingüístico.) Pero, ¿en qué otro sentido hemos de entender que el positivista esté haciendo una afirmación conceptual en vez de una simple generalización descriptiva? Si el positivista se limitase a decir que, en todos los países o subdivisiones políticas que ha estudiado, no se considera que los derechos jurídicos queden establecidos por argumentos morales, y que por lo tanto él cree que nunca se los da por establecidos de esa manera, entonces su afirmación no parecería en modo alguno conceptual. Alguien puede sugerir que el positivismo es conceptual porque *propone* que los conceptos jurídicos se usen de cierta manera, por razones de claridad o conveniencia, o por algún motivo político. Pero si el positivismo se limita a ser exhortatorio en ese sentido, y si de hecho mi teoría encuentra un «ejemplo en contra» en nuestro propio sistema jurídico, eso debe ser porque he demostrado que [hay] motivos concurrentes y mejores que aconsejan un uso contrario de tales conceptos. Y nuevamente, si cabe llamar conceptual a su teoría porque es exhortatoria, lo mismo vale para la mía.

Insisto en hablar hipotéticamente porque creo que decir que es exhortatorio implica una comprensión del positivismo tan equivocada como decir que es lingüístico. Las teorías del derecho son conceptuales, pero no de ninguna de estas dos maneras. Ya hablé en este libro de un tipo especial de actividad intelectual, que llamé defender una concepción particular de un concepto. No pretendo haber dado ya una formulación adecuada, ni siquiera clara, de [lo que es] tal actividad, pero tengo la esperanza de que los ejemplos que di sugieran de qué manera se diferencia de la generalización empírica, del estudio lingüístico y de la exhortación lingüística. Todos —por lo menos, todos los juristas— compartimos un concepto del derecho y del derecho jurídico, y cuestionamos diferentes concepciones de ese concepto. El positivismo defiende una determinada concepción y yo he procurado defender una concepción concurrente. Discrepamos respecto de lo que son los derechos jurídicos de manera muy semejante a como los filósofos que analizan el concepto de justicia discrepan sobre lo que es la justicia. Yo me concentro en los detalles de un determinado sistema jurídico, con el cual estoy especialmente familiarizado, no simplemente para demostrar que el positivismo da una pobre formulación de ese sistema, sino para demostrar que da una concepción pobre del concepto de un derecho jurídico. Lo que sostengo no es que el positivismo esté equivocado en cuanto

formulación de nuestro sistema jurídico, aunque pueda tener razón en la de otros sistemas jurídicos, tal como un historiador podría sostener que cierta teoría sobre las causas de la guerra se equivoca en su explicación de la guerra de sucesión austríaca, aunque pueda estar en lo cierto respecto de varias otras.

La analogía con argumentos referentes al concepto de justicia es útil. Supongamos que alguien se opone a las teorías utilitaristas de la justicia demostrando que no llegan a explicar por qué es injusta la esclavitud en alguna situación, real o imaginaria, en que de ella se obtenga un máximo de beneficios. Ese hombre podría conceder que en otras situaciones reales o imaginarias la esclavitud es antiutilitaria, pero la intención de su argumentación es demostrar que ni siquiera entonces la esclavitud es injusta *porque* sea antiutilitaria. Mi argumentación tiene la misma ambición. Recorro a los complejos sistemas jurídicos modernos para demostrar que, puesto que en ellos la verdad de una proposición referente a derechos jurídicos puede consistir en algún hecho moral, la concepción positivista de los derechos jurídicos debe ser falsa. Y concluyo que debemos abandonar la posición positivista en favor de una concepción diferente, del tipo que describo en el capítulo 4 y en una parte anterior de este apéndice. Esta concepción hace de la práctica y la historia institucional de cada jurisdicción [elementos] importantes, aunque no necesariamente decisivos, para la verdad de las proposiciones referentes a derechos jurídicos. La consecuencia es que en algunas jurisdicciones los derechos jurídicos están nítidamente refidos con cualquier moralidad política básica [que pueda ser] defendible. Son válidos, a pesar de esta discrepancia, por su *fiat* institucional. Esto no se debe, sin embargo, a que el positivismo provea a tales jurisdicciones de una buena concepción de los derechos jurídicos, sino más bien a que allí la concepción correcta lleva a esa conclusión.

En sus últimos párrafos, Soper sugiere que mi teoría causaría mayores dificultades al positivismo, tal como él lo entiende, si fuera más normativa y no tanto una teoría sobre lo que son realmente los hechos de nuestra práctica. Pero el problema que según él nos divide —cómo es realmente nuestra práctica jurídica— no es una disputa sobre hechos de la especie ordinaria. Los positivistas y yo no discutimos sobre detalles de la práctica, una discusión que se podría zanjar prestando más atención a lo que se dice en los libros o sometiendo a los jueces a cuestionarios más inteligentes. Es posible que discrepemos sobre esta clase de asuntos, pero ese desacuerdo no es fundamental. Discrepamos, fundamentalmente, respecto de lo que constituye nuestra práctica, es decir, respecto de qué formulación filosófica de la práctica es superior. En la sección final del capítulo 4 intenté explicar por qué las discusiones entre los ciudadanos respecto de lo que es realmente la moralidad de su sociedad tienen ese carácter, y por qué sería un error considerar que tales disputas son sim-

ples discusiones sobre la moralidad popular, es decir, sobre funciones estadísticas de las creencias morales que tienen particularmente los individuos. Si insistimos en el contraste, entonces las discusiones sobre lo que es la moralidad social son más bien normativas que (meramente) fácticas. Los libros defienden el mismo punto de vista en lo que se refiere a discusiones entre juristas y jueces sobre lo que constituye realmente la historia institucional respecto de algún problema. La cuestión de cuáles son los principios que están «incorporados» en la historia institucional es normativa más bien que (meramente) histórica. Lo mismo sucede con la cuestión de qué es realmente, como totalidad, nuestra práctica jurídica. La pugna entre las teorías del derecho tiene la misma forma que las batallas que se libran entre las teorías de la cláusula de igual protección o las teorías de la negligencia, aunque la primera sea de carácter más general.

6. NICKEL Y LA MIOPÍA

Estoy de acuerdo con gran parte de lo que el profesor Nickel, en su meditado ensayo, expresa sobre los derechos políticos. Nickel analiza, por ejemplo, mi formulación, aparecida en un ensayo sobre la teoría de la justicia de Rawls,⁶⁸ de lo que llamo un modelo «constructivo» de la coherencia en la teoría moral. Decía allí que ese modelo constructivo justifica mejor la forma en que usa Rawls la idea de equilibrio reflexivo que otro modelo diferente, al que yo llamaba modelo «natural» y que muchos críticos consideran un presupuesto de la argumentación de Rawls. Nickel cree que no he dado razón alguna para pensar que el modelo constructivo ofrezca una buena formulación del razonamiento moral privado, y estoy de acuerdo. Es más, no estoy seguro de que ninguna forma de teoría de la coherencia, ya sea que se base en el modelo constructivo o en el natural, sea adecuado para ello.

Nickel duda de mis argumentos contra la conocida idea de que, cuando se decide si derechos políticos individuales importantes deban ceder en determinados casos, es importante contrapesar esos derechos individuales con los «derechos» de la comunidad toda. No afirma que la comunidad tenga un derecho, concurrente con los derechos de los individuos, a [obtener] mejoras marginales en el bienestar general, sea como fuere que se lo defina. Nickel dice que la idea de un derecho tal es «una mera caricatura de la posición del conservador».⁶⁹ (No estoy de acuerdo, y creo que muchos conservadores han hablado como si la comunidad tuviera precisamente tal derecho, aunque por cierto ninguno piense que ese derecho comunitario haya de prevalecer siempre sobre todos los derechos individuales.) Sin embargo, él piensa al parecer que la idea de algunos derechos de la comunidad, concurrentes con los derechos individuales, es necesaria con el

fin de «limitar el alcance de los derechos individuales en situaciones en que protegerlos es demasiado costoso en función de otros valores».⁷⁰ Pero sin duda podemos decir todo lo que se nos ocurra sin [recurrir a] la idea, que para mí es motivo de confusión, de que la comunidad como tal tenga derechos. Nickel habla, por ejemplo, del «derecho» de la mayoría, en una elección justa, a que su candidato ocupe el cargo;⁷¹ pero, en la medida en que ésta sea una cuestión de derecho, es cuestión de los derechos de los individuos que constituyen la mayoría; un derecho al cual llamamos mayoritario sólo para indicar las bases o condiciones en las cuales los individuos tienen el derecho a saber, cuando son miembros de la mayoría. Además, concedí que ni siquiera los derechos individuales importantes son absolutos, sino que han de ceder ante consideraciones de consecuencia especialmente poderosas que yo, con un giro demasiado dramático, califico de «emergencias». El argumento de principio que establece el derecho individual como un derecho abstracto debe reconocer, en circunstancias más concretas, [que hay] argumentos de principio negativos de los cuales se puede inferir, por ejemplo, que nadie tiene derecho a expresarse libremente cuando el resultado de ello sería disminuir la capacidad defensiva de la nación. Podemos aceptar o discutir ese argumento de principio negativo sin suponer que la nación, considerada parte de los individuos que la componen, tenga derechos concurrentes con los derechos de quienes quieren hablar.

Nickel duda también de mi argumento de que, si un individuo tiene un derecho político a que el gobierno no le impida hacer algo convirtiendo en delito la realización de ese acto, tiene entonces el derecho político de violar esa ley.⁷² Dice que al parecer, yo pienso que en un caso así ni siquiera *viene al caso* la cuestión de si alguien tiene derecho moral a hacer algo cuya realización es contraria a derecho, y eso le parece contrario a la intuición e inverosímil. En el ensayo de referencia, tuve cuidado de distinguir la cuestión de lo que alguien tenía derecho político a hacer, en el sentido fuerte que allí definía, de la cuestión de qué estaba bien o era correcto hacer, y tuve cuidado de señalar que la ilegalidad de un acto tiene, ciertamente, que ver con la última cuestión.⁷³ Pero el gobierno, ¿tiene algo más de justificación para hacer cumplir una ley que viola los derechos políticos fundamentales de alguien de lo que tuvo, en un primer momento, para dictarla? Yo pensaba, y sigo pensando, que no, aunque quizás haya que restringir de alguna manera la forma en que lo expresé. Puedo imaginar circunstancias en las cuales, en virtud del hecho de que haya sido promulgada una ley, se produjera grave daño —se planteara una emergencia— si no se hiciera valer una ley injusta; una emergencia que no habría planteado si nunca se hubiera promulgado aquella ley. Nickel tendría razón al insistir en que en un caso tal, el cambio establecido por la ley tendría indudable pertinencia moral, y que incluso podría ser

decisivo, en contra del derecho concreto a infringir la ley en tales circunstancias. Por supuesto, ésa no era la situación en que yo pensaba, y es irrazonable suponer que tal situación pueda plantearse en los Estados Unidos en un futuro previsible. Yo pensaba en el conocido argumento de que siempre se hace algún daño cuando en una democracia no se hace cumplir una ley. Un daño de ese carácter limitado no puede servir de argumento contra el derecho político de infringir una ley que es ilegítima, porque viola un derecho político fundamental.

La objeción principal de Nickel a mi teoría de los derechos es muy diferente de estos problemas que él con toda razón plantea. A Nickel le preocupa lo que él considera mi creencia en que el único argumento posible en favor de *cualquier* derecho político es el que sostiene que ese derecho es necesario con el fin de proteger lo que he llamado el derecho fundamental a igual consideración y respeto. «Sospecho que en este punto la miopía de Dworkin se deriva de una total equiparación del problema de los derechos humanos con el problema de la igualdad política.»⁷⁴ Debemos distinguir claramente dos cuestiones que él plantea. Nickel duda de que se pueda demostrar que una teoría de los derechos que tienen los individuos contra sus conciudadanos se derive del derecho a igual consideración y respeto. Yo jamás he dicho que se pudiera, aunque es evidente que el derecho de cualquier individuo a que lo traten con «cierto» respeto, del que he hablado antes en este ensayo, es un derecho afín. Además, Nickel duda de que ni siquiera todos los derechos políticos que yo mismo quisiera reconocer puedan ser defendidos mediante la distinción que establecí entre preferencias personales y preferencias externas. También con esto estoy de acuerdo. En un ensayo reciente, he intentado explicar de qué manera se puede demostrar que el derecho fundamental a igual consideración y respeto cede, por ejemplo, ante los derechos económicos, y el argumento a que se alude no se vale de esa distinción.⁷⁵

La crítica más fundamental y más importante de Nickel es la que se insinúa en lo que él dice de mi miopía. Le preocupa que mi teoría de los derechos esté demasiado adherida a los derechos que en nuestro sentir deben ser derechos en contra de la mayoría en una democracia, e ignora totalmente aquellos derechos de los que intuitivamente sentimos que deben ser derechos en contra de cualquier forma de gobierno, como —por ejemplo— el derecho a no ser torturado. Es indudable que no se podría decir que un gobierno respetase los derechos humanos fundamentales si torturase a todos y los torturase en igual medida. Además, aun cuando sólo tortura a algunos, nuestra objeción no se dirige en contra de la discriminación: no creemos que la situación mejoraría si torturase a más.

No me parece tan claro, sin embargo, que nuestra creencia en que la gente tiene derecho a no ser torturada ni siquiera con buenos propósitos no se derive, finalmente, de alguna concepción

de la igualdad. Pero antes de intentar defender ese juicio, quisiera repetir, aunque sólo sea para aclarar mejor las cosas, que jamás he afirmado que los argumentos que formulé en favor de ciertos derechos políticos sean los únicos argumentos que permiten defenderlos con éxito. Ya en la Introducción y en el capítulo 12 de este libro me ocupé de desmentir semejante afirmación:

Enuncio con tanta vaguedad este punto porque no hay razón para suponer, por adelantado, que haya sólo un tipo de razones que apoyen esa posición moral. Podría ser que una sociedad justa reconociera una diversidad de derechos individuales, fundados algunos en tipos de consideraciones morales muy diferentes que otros. En lo que resta de este capítulo intentaré describir sólo uno de los fundamentos posibles para los derechos. De ello no se sigue que en la sociedad civil, hombres y mujeres no tengan más que los derechos que resulten fundamentados por la argumentación que haré, pero sí se infiere que tienen por lo menos esos derechos, lo que ya es bastante importante.⁷⁶

Tal vez sea prudente repetir aquí lo que digo [en el capítulo que cuestiona Nickel], esto es, que ni los derechos que allí se describen ni el método usado para defenderlos tienen la intención de excluir otros derechos ni otros métodos de argumentación. La teoría general de los derechos deja margen para que haya diferentes clases de discusión, cada una de ellas suficiente para establecer alguna razón por la cual una meta colectiva, que normalmente proporciona justificación a una decisión política, no justifica una particular desventaja para ningún individuo.

El libro sugiere, no obstante, una forma preferida de defensa de los derechos políticos, que es la derivación de derechos particulares a partir del derecho abstracto a igual consideración y respeto, que se toma como fundamental y axiomático.⁷⁷

Ese derecho abstracto exige, de hecho, que los funcionarios y quienes los controlan no discriminen entre los ciudadanos de una manera que deniegue la igual consideración o respeto a un grupo en favor de otro. Se trata de una exigencia muy abstracta, y en el ensayo reciente que mencioné intento demostrar, según diferentes concepciones del respeto, qué exige el principio abstracto en circunstancias más concretas. En una democracia, este aspecto no discriminatorio de la exigencia fundamental será importantísimo. Pero por supuesto, el principio de igual consideración y respeto exige que los funcionarios y quienes los controlan traten a los ciudadanos con la misma consideración y respeto que muestran para sí mismos, y en los estados totalitarios ese aspecto del principio será aun más importante. Se podría decir que en ese caso la referencia a la igualdad en el principio es innecesaria, e incluso que provoca confusión; sería mejor decir que los funcionarios deben tratar a todos los ciudadanos con respeto y consi-

deración, o como a seres humanos autónomos, una formulación que excluiría la tortura. Quizá, pero la idea de igualdad cumple la función de sugerir un contenido para las ideas de respeto y autonomía: se dice que quienes ocupan el poder han de tratar a otros como a sí mismos se tratan, no en el sentido de proporcionarles únicamente los mismos bienes y oportunidades que ellos se conceden —con lo que un tirano masoquista podría, en justicia, torturar a todos como él mismo se tortura— sino en el más fundamental de intentar, en la medida de lo posible, ver definida la situación de cada persona en función de las ambiciones y valores de esa persona, así como debe ver su propia situación definida en función de sus propias ambiciones y valores, con el fin de tener esa comprensión de sí mismo como entidad que es necesaria para la conciencia de sí y, por ende, para la propia identidad.⁷⁸ No puedo ahora aclarar la enunciación, posiblemente confusa, del sentido en que pienso que el poder de la idea de igualdad se extiende más allá de lo que normalmente se cree, aunque naturalmente debo hacerlo si quiero ampliar mi defensa del principio fundamental más allá de la que presento en la introducción y que acabo de citar. Ahora sólo quiero decir que tal vez no sea absurdo encontrar que las ideas de igualdad respaldan, incluso, nuestra creencia en que la tortura es injusta.

Este es el lugar adecuado para mencionar una interpretación errónea que no es atribuible a Nickel, pero en la que otros han caído. Se dice que los argumentos que presento en los capítulos 9 y 12, y en los que me valgo de la distinción entre preferencias personales y externas, constituyen una aprobación general del utilitarismo depurado de preferencias externas, que me comprometo a dar apoyo a cualquier decisión política dictada por algún argumento utilitarista que no se fie de tales preferencias. No veo que en mi texto se encuentre apoyo alguno para esa posición, que además yo no mantengo. Mis argumentos se oponen a un utilitarismo sin restricciones; no favorecen a uno restringido. Sostengo que un argumento utilitarista no puede ser un buen argumento si se fía de preferencias externas,⁷⁹ pero eso no significa que por el simple hecho de no hacerlo sea un buen argumento. Creo que los argumentos comerciales que incluyen argumentos utilitaristas ocupan un lugar importante en la teoría política, no porque el placer total sea un bien en sí mismo, sino porque son —y sólo en la medida en que lo son— argumentos al servicio de la igualdad; y los argumentos utilitaristas, tal como lo destaco en «Liberalism»,⁸⁰ pueden ser anti-igualitarios por razones totalmente independientes de las preferencias externas.

También se ha interpretado —cosa aún menos verosímil— que sostengo que las preferencias externas son malas en sí mismas, y que la gente debe esforzarse por no tenerlas y votar sin hacer caso de las que tiene. Jamás he usado la distinción entre preferencias personales y externas para describir cómo debe actuar o votar nadie. Nada podría estar más lejos de mi supuesto que la

idea de que la gente deba actuar movida únicamente por sus intereses y jamás en interés de sus hijos, amantes o amigos o de la humanidad, ni pienso tampoco que su voto no debe representar ya sea el ideal de justicia u otro ideal político que los anime, ya sea sus intereses egoístas. La distinción es una distinción entre preferencias, establecida en el contexto del análisis de un utilitarismo de preferencias. Lo único que discuto es que las preferencias externas, sean malévolas o altruistas, buenas o malas, hayan de contar en la justificación utilitarista de una decisión política. Es inevitable que la gente tenga muy diversas preferencias externas, y que en su vida privada actúe de acuerdo con ellas. Una persona buena tendrá preferencias externas buenas y la que es mala las tendrá malas. Y votarán sus preferencias externas; votarán, por ejemplo, por legisladores que compartan sus propias teorías de la justicia política. ¿De qué otro modo, si no, han de decidir por quién votan? Pero una vez elegidos, esos legisladores están sujetos a restricciones en cuanto a la medida en que el utilitarismo de preferencia proporciona justificación a sus decisiones; es decir, en cuanto a la medida en que el hecho de que una mayoría prefiera un determinado estado de cosas (lo que es distinto de lo que quiere la mayoría) cuenta como argumento en favor de una decisión política que lo promueva. El hecho de que, personalmente, una mayoría prefiera un estadio deportivo a una sala de ópera podría contar como argumento en favor del estadio. El hecho de que la mayoría piense que la homosexualidad es inmoral o que la crueldad con los niños es mala no debe, según mi punto de vista, contar como argumento para nada, aunque naturalmente el hecho —diferente— de que la crueldad hace daño a los niños sí cuenta, y mucho.

¿Es poco convincente esta distinción? Consideremos dos sociedades, en cada una de las cuales hay algunos inválidos incapaces de mantenerse solos. En la primera la mayoría es indiferente ante el destino de los inválidos, mientras que en la segunda, sus preferencias externas altruistas hacen que la mayoría considere que los sufrimientos de los inválidos deben ser aliviados. Lo que sostengo es que, en igualdad de toda otra circunstancia, la justificación para una acción política que ayude a los inválidos no es más sólida en la segunda sociedad que en la primera, aunque por supuesto es mucho más probable que una acción así sea emprendida en la segunda. Espero que casi no sea necesario añadir que el principio de justicia en que cree la segunda mayoría sí proporciona una buena razón para una decisión política. Pero como lo que provee la razón es la solidez del principio y no el hecho de su popularidad, la razón es igualmente fuerte en las dos sociedades.

Podría mencionar, finalmente, una objeción diferente que planteaba Nickel a cómo yo describo, en el capítulo sobre casos difíciles,⁸¹ la forma en que los jueces deciden y deben decidir los casos. Decía yo que Hércules, que tiene capacidades sobrehuma-

nas y por consiguiente trabaja con suma rapidez, podría preparar por anticipado toda una teoría política, muy ricamente detallada, con la cual podría luego enfrentar los casos particulares difíciles. Mi intención no era sugerir que el común de los jueces haga efectivamente lo mismo, aunque llevándolo sólo hasta donde lo permita el pleno uso de sus respectivas —y más limitadas— capacidades y de su tiempo.⁸² Más bien quería decir que hacen en forma muy fragmentaria la misma tarea, tal y como la ocasión lo exige, de manera que no elaboran una teoría general, sino en el mejor de los casos sólo esbozos de una teoría general o, como sin duda frecuentemente sucede, esbozos de diferentes teorías. Y al hacer aunque sólo sea eso, no se basan en un estudio filosófico formal, sino en ideas intuitivas de qué es lo que podría justificar un esquema más general, y que la experiencia, obtenida de su práctica, de defender tales intuiciones contra argumentos reales e hipotéticos les permite expresar con mayor precisión. Tal como dije en el caso paralelo de un árbitro ajedrecístico con formación filosófica, «esto no es, naturalmente, más que una reconstrucción imaginaria de un cálculo que jamás se dará en la realidad; el sentido del juego de un juez cualquiera se habrá desarrollado a lo largo de su carrera, y el hombre tenderá más bien a valerse de él que a expresarlo en juicios». Lo repito ahora porque otros, además de Nickel, han cuestionado mi descripción afirmando que las opiniones judiciales no se leen como ensayos de filosofía política. En algunos casos sí, y ojalá esos casos fueran más, pero no quisiera apostar la verosimilitud de la tesis de los derechos, como modelo para la comprensión de lo que subyace en una decisión judicial, contra la cantidad de opiniones en que el modelo se hace evidente en la superficie.

7. MACKIE Y EL JUEGO DE LAS DOS BARAJAS

Los comentarios principales de John Mackie sobre mi teoría de la adjudicación⁸³ son de índole política, pero antes de enunciar sus reservas políticas, Mackie señala lo que le parecen, por lo menos, problemas para mis puntos de vista. Algunos han sido planteados también por otros y recogidos ya en este apéndice, pero hay un problema que sólo Mackie plantea. En el capítulo 13 de este libro concedo que en ciertos casos (que supongo deben ser muy raros en los sistemas jurídicos complejos), es posible que la argumentación en defensa de una de las partes sea tan buena como la que favorece a la otra. A esos casos los llamo «empates». Mackie sostiene que mi afirmación de que los empates deben ser raros se basa en lo que él llama una «métrica» demasiado simple, y que supone un equilibrio ordinario entre dos pesos exactamente contrapesados, de modo que si a cualquiera de ellos se agregara un mínimo peso adicional, quedaría destruido el equilibrio y se haría oscilar la balanza. Pero, argumenta Mac-

kie, los casos que no tienen respuesta correcta pueden ser casos en los que no se puede elegir entre las dos partes, no porque estén exactamente en equilibrio en este sentido, sino porque los casos son desproporcionados. En su artículo, él da un ejemplo de parecido físico, pero es posible subrayar mejor el punto, como Mackie lo ha hecho en conversación [conmigo], refiriéndolo directamente a los casos difíciles. Imaginemos un caso que dé la sensación de ser un empate en el sentido en que yo lo uso. Creemos que dos teorías del derecho, que llevan a decisiones contrarias, ofrecen una justificación de valor exactamente igual de las leyes y precedentes anteriores. Pero supongamos ahora que encontramos un precedente antiguo, impreciso y de poca importancia, que está justificado en una teoría pero no en la otra. Si las dos teorías estuvieran en equilibrio exacto, el precedente recién descubierto, por poco favorable que fuese, debe ser decisivo. Pero en realidad es probable que el precedente recién descubierto no afecte a nuestra convicción de que no hay nada que escoger entre las teorías. Es posible que nos resistamos a decir que el descubrimiento de un caso tal pueda tener tanta importancia. Si es así, sostiene Mackie, entonces el punto muerto anterior no era un empate por equilibrio exacto, sino un caso de desproporción, y mis argumentos en el sentido de que los empates exactos deben ser raros no demuestran que las desproporciones deban ser raras.

El argumento de Mackie supone, sin embargo, una formulación del modo en que las teorías justifican la historia institucional que difiere de dos maneras de la formulación que yo recomendaba. Primero, supone que la justificación de determinado material mejora automáticamente, en cuanto justificación, cuando justifica un porcentaje mayor —incluso muy marginalmente mayor— de ese material. No veo razón por la cual haya de ser así. Cuando dos teorías compiten en lo que he llamado la dimensión de la adecuación, la cuestión no es ver cuántos fragmentos distintos de la historia institucional explica cada una. (De hecho, no contamos con un principio de individualización de fragmentos de la historia del tipo que exigiría una situación así. ¿Cuántos fragmentos de historia hay en una ley compleja? Un caso complejo y con muchas partes, o una acción de grupo, ¿cuenta como más fragmentos que un caso más simple?) La cuestión en esa dimensión [de la adecuación] supone una métrica que es menos precisa, y más bien asunto de caracterización. Es probable que cada una de las dos teorías se adecue «razonablemente», pero no muy bien, a la «masa» de los precedentes, y sin embargo que una sea la preferida porque resulta más convincente como explicación de la «tendencia» de las decisiones recientes. En ese caso, la justificación no mejora —ni para una ni para otra— por el simple descubrimiento de uno o dos casos más antiguos que una de ellas explica pero la otra no. En segundo lugar, la concepción de justificación que ofrecí no estipula que ninguna mejora [que se dé] en la dimensión de la adecuación sea automá-

ticamente una mejora en la justificación total. Estipula un umbral de adecuación que debe respetar cualquier teoría para, en última instancia, responder a las exigencias, pero sostiene que si dos teorías pasan ese umbral, la elección entre las dos deberá regirse por [criterios de] moralidad política. (En una ampliación reciente de *No Right Answer?*⁴ concedí que mi tesis de que los empates son raros presupone una concepción de la moralidad diferente de una concepción de acuerdo con la cual las diferentes teorías morales son con frecuencia desproporcionadas.)

La objeción principal de Mackie es, como ya dije, una objeción política. Señala que en una breve reseña bibliográfica decía yo que en ciertos casos de esclavitud previos a la Guerra Civil (yo pensaba principalmente en los casos de *proceso debido*), el mejor argumento jurídico justificaba una decisión en contra de los perseguidores y en favor de los presuntos esclavos, aunque los jueces llegaron a la decisión opuesta. Mackie construye un argumento jurídico, con la intención de seguir la forma de argumentación que yo recomiendo, que justificaría la decisión que tomaron los jueces, y señala que jueces razonables y de buena voluntad podrían haber aceptado tan fácilmente su argumentación como la mía. No quiere decir (creo) que cada uno de los dos argumentos tenga efectivamente el mismo peso. Indudablemente, él piensa que su argumento es de hecho mejor que el mío en los casos particulares de que se trata, pero lo que señala es simplemente que no es seguro que los jueces que tuvieron que decidir esas cuestiones hubieran encontrado mejor mi argumento, de modo que los lectores no deben creer que el método de adjudicación que recomiendo condicionaría necesariamente decisiones más atractivas, ni siquiera en Inglaterra o los Estados Unidos.

No me decido a coincidir ni siquiera con esta afirmación más limitada. Los jueces que decidieron esos casos estaban, en cuanto ciudadanos, comprometidos políticamente: eran antiesclavistas por principio. Por consiguiente, tenían opiniones sobre los derechos de los individuos, y en particular sobre los derechos de los negros en cuanto personas, que habrían hecho, creo, que mi argumentación les pareciera preferible como argumento jurídico, en caso de que hubieran reconocido el papel de tales principios en la argumentación jurídica. Mi afirmación histórica supone una posición jurídica que comparto con el profesor Cover (el autor del libro que reseñé), pero que Mackie cuestiona: supone que los casos de esclavitud que se habían de decidir según derecho eran casos difíciles, que no quedaban resueltos de antemano por el significado llano de las leyes y las disposiciones constitucionales. Pero naturalmente, si los jueces pensaban que el asunto estaba prescripto por el derecho positivo, no habrían considerado tampoco los argumentos que proponía Mackie.

Sin embargo, esto no es más que detenerse en sutilezas sobre casos históricos particulares, sin tocar el punto más general que señala Mackie, a saber, que mi teoría de la adjudicación da a los

jueces más poder político que el positivismo, y que sólo hemos de recomendar mi teoría si (o cuando) estemos convencidos de que queremos que sean los jueces y no los legisladores u otros funcionarios quienes tengan ese poder. ¿Es efectivamente así? Mackie prevé de mi parte la siguiente réplica: «El positivismo da a los jueces tanto poder político como mi teoría. El positivismo reconoce también la distinción entre los casos fáciles, en que hay jurisprudencia y el juez está obligado a decidir de acuerdo con el derecho, y los casos difíciles en que el juez es libre de ejercer su discreción legislativa. Mi teoría sólo recomienda que los jueces tomen decisiones políticas en los casos difíciles, y eso recomienda también el positivismo, porque el ejercicio de la discreción legislativa es el ejercicio del poder político.» Mackie se adelanta a responder que mi réplica falla porque mi teoría designa como casos difíciles —deja más margen para cuestionar lo que ha de entenderse como jurisprudencia— más casos que el positivismo. En este punto su argumentación se limita a citar mi punto de vista de que los casos de esclavitud que se habían de decidir según derecho no se regían por el derecho vigente, pero éste es un mal argumento. Sobre este punto, el propio Mackie dice que «dista mucho de estar claro que las disposiciones (pertinentes) van en contra de la cláusula de *proceso debido*». Eso no equivale a decir que esté claro que no lo hagan. Pero supongamos que en este caso él sea mejor constitucionalista en derecho norteamericano que Cover o yo, y que tenga razón. Lo único que de ello se infiere es que hemos cometido un error en nuestro análisis del derecho, no que mi teoría de la adjudicación legitime de algún modo ese error. Tampoco la historia jurídica da motivo para pensar que los juristas que se autodenominan positivistas, como por ejemplo Holmes, se muestren especialmente renuentes a estimar no instituido lo que otros consideraban claramente establecido.

De hecho es una cuestión difícil de resolver si mi teoría deja margen para cuestionar más derecho «vigente». Mucho depende de los detalles de doctrina y práctica en las diversas jurisdicciones; por ejemplo, de si éstas permiten desestimar precedentes indeseables. Pero Mackie podría haber presentado un argumento más fuerte; podría haber dicho que el positivismo permite que un juez muestre más deferencia hacia otras instituciones cuando «legisla» en los casos difíciles, y quizás incluso lo estimule a hacerlo. Como el positivismo sostiene que ninguna de las partes tiene derecho a una decisión determinada en un caso difícil, un juez positivista puede aceptar una responsabilidad general de llegar a la decisión a la cual piensa que habría llegado el legislador, ya sea por deferencia hacia alguna teoría de la democracia o en el interés de evitar dificultades al gobierno. (En la reseña del libro, yo sugería que posiblemente los jueces, en la época previa a la guerra civil, estuvieron influidos por ese sentido de la responsabilidad.) Mi teoría de la adjudicación, por lo demás, insiste

en que las partes tienen derechos jurídicos en los casos difíciles, y un juez que considere su deber tratar de identificar esos derechos no puede dejarse llevar por ninguna consideración concurrente de democracia o de eficiencia gubernamental que vaya en contra de tales derechos. De modo que, por esta razón, Mackie puede estar en lo cierto al suponer que las convicciones políticas de los jueces importan más en mi teoría.

Pero hay dos consideraciones en contrario. La primera, es un notorio motivo de queja tanto contra los jueces británicos como contra los norteamericanos que, con la idea de que intentan descubrir lo que «realmente» se proponía el legislador, o «lo que habría hecho de haber visto claramente el problema», dejan que en sus decisiones se infiltren sus convicciones políticas.⁶⁵ Algunos críticos consideran esta actitud deliberada; otros, inconsciente. De hecho, en muchos casos en que jueces aparentemente respetuosos apelan a la intención legislativa o a conjeturas de lo que habría hecho el legislador, es ingenuo suponer que consiguen encontrar la respuesta correcta a tales cuestiones, porque no hay respuestas correctas.

Estas acusaciones de hipocresía o autoengaño sirven para verificar la acusación del propio Mackie, de que mi teoría juega con dos barajas. Mackie cree que mi teoría hará que aumente el engaño, porque los jueces fingirán que buscan determinadas soluciones a problemas jurídicos cuando en realidad lo que hacen es imponer sus convicciones personales por vía judicial. Esta acusación, por cierto, da por respondida la cuestión de si el respaldo teórico de mis recomendaciones es sólido. Si lo es, entonces los jueces están efectivamente haciendo todo lo posible por descubrir los derechos de las partes y no hay engaño alguno. Pero incluso si mis afirmaciones teóricas son indefendibles, el fraude, si es que lo hay, parece estar en el otro campo. En sus opiniones, Hércules pone de manifiesto la influencia de la moralidad política sobre sus decisiones. Los positivistas que apelan a la intención legislativa o a conjeturas suelen ocultar la influencia de sus convicciones tras una pantalla ornamentada de trivialidades.

El segundo hecho en contra tiene implicaciones más complejas. El positivismo sostiene que los jueces, en el ejercicio de su discreción para establecer precedentes en los casos difíciles, son libres de hacerlo tanto en nombre de argumentos políticos como de principio. Mi teoría incluye la tesis de los derechos, que argumenta que, puesto que incluso en los casos difíciles el deber de los jueces es identificar los derechos de las partes, en esos casos deben apelar a argumentos de principio y no a argumentos políticos. La sección 2 de este apéndice estudia el problema de si, en la práctica, la tesis de los derechos significa gran diferencia. Sostengo que siempre significa alguna diferencia, cuya medida dependerá del área [que abarque] el derecho en cuestión, y particularmente de si el juez sostiene una teoría consecuencia-

lista de los derechos, que configure ese área. La cuestión viene ahora al caso porque los riesgos para la libertad individual son mucho mayores, creo, cuando se invita a los jueces a sentar precedentes basándose en juicios políticos (como el juicio de que cierta forma de conducta es lesiva para el bienestar público, o que se han de incrementar las penalidades para aumentar su poder de disuasión) que cuando se les pide que protejan los derechos morales y políticos que tienen los ciudadanos de su comunidad. El riesgo, en el primer caso, es que los jueces desgasten la libertad individual en mayor medida de lo que podría hacerlo el proceso político ordinario con sus verificaciones y su inercia. En el segundo caso, el riesgo es en buena parte negativo: que los jueces sean conservadores y se valgan de su poder menos de lo que podrían, negándose a reconocer derechos individuales que el proceso político no haya consolidado ya en el derecho positivo. Éstas son generalizaciones, y ninguna de ellas es válida de manera inevitable ni absoluta. No es difícil imaginarse casos en que los jueces puedan hacer mucho daño, incluso en casos civiles, al hacer valer una concepción falsa de los derechos de propiedad. Pero la tesis de los derechos plantea una cuestión práctica de Mackie debería, al menos, agregar a la lista de interrogantes políticos que mi teoría pone de relieve. Supongamos que es verdad que, cuando sus convicciones políticas son conservadoras, es improbable que los jueces limiten sustancialmente la libertad individual, más allá de lo que lo haya hecho el legislador, pero que incrementarán la libertad personal cuando sus convicciones sean liberales. Entonces los liberales, por lo menos, encontrarán que es mejor apostar por esa tesis que por el antiguo y poco ético juego de Mackie.

8. RAZ Y LA TRIVIALIDAD DE LOS DERECHOS

En su apretado ensayo,⁸⁶ el doctor Raz plantea muchísimos problemas, algunos de ellos analizados ya en este apéndice;⁸⁷ no así el que más atención le merece y cuyo planteamiento revela un importante malentendido, que otros pueden compartir. Yo sostengo que las pretensiones de derechos políticos deben ser entendidas funcionalmente, como pretensiones de triunfo sobre alguna justificación colectiva básica que normalmente es decisiva. La fuerza política de las pretensiones de derecho depende, por consiguiente, de la estructura general de la comunidad política donde se las formule. Depende, en particular, de qué tipo de justificación colectivista se tome como justificación general básica en esa comunidad política, ya sea explícitamente, en la moralidad que la comunidad comparte —en la medida en que tal cosa exista—, o implícitamente, en el diseño de sus principales instituciones legislativas.

Contemporáneamente, en los Estados Unidos y en Gran Bretaña se recurre en alguna medida al bienestar general, entendido

como un extremar con ánimo utilitarista las preferencias, en busca de una justificación general para las decisiones políticas; y la legislatura de cámaras y parlamentos está orientada a determinar y servir al bienestar general. Una pretensión de derecho político es, pues, una pretensión de triunfar sobre el bienestar general en interés de un individuo particular. Cuando alguien pretende [tener] derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, lo que sostiene es que sería injusto que el estado le prohibiera hablar sobre determinado tema, aun cuando impidiéndoselo se favoreciera el bienestar general. La naturaleza hipotética de la pretensión es importante. Subrayamos la especial injusticia de la tortura, por ejemplo, cuando hablamos de un derecho en contra de la tortura, porque sostenemos que la tortura sería injusta aun cuando favoreciera el interés general. Pero es apropiado hablar de un derecho a no ser torturado incluso cuando la tortura sólo sirviera a intereses privados o ilegítimos. En este último caso, la tortura es injusta *a fortiori*.

Concedo especial importancia a las pretensiones de derecho en cuanto pretensiones de triunfar sobre una justificación general utilitarista, en los capítulos explícitamente políticos de este libro, porque estoy analizando decisiones políticas en comunidades donde la justificación colectiva general es utilitarista. No quiero decir que los individuos sólo tengan derechos en una comunidad tal. Supongamos una comunidad política en donde la justificación general básica consiste en alguna apelación a la gloria o al mejoramiento de la posición militar del estado, o en el triunfo de cierta clase o en la riqueza absoluta de la nación, concebida cada una de ellas como un objetivo valorado por sí mismo. En una sociedad tal, la fuerza práctica de las pretensiones de derecho consistiría en la afirmación de que una decisión que ponga en desventaja a un individuo es injusta aunque favorezca aquellos objetivos políticos. Los argumentos del capítulo 12 demuestran, sin embargo, que incluso el contenido de los derechos puede variar con la justificación básica o con la estructura de las instituciones políticas diseñadas para hacer valer diferentes justificaciones básicas. Pues es posible que en una comunidad política cuya estructura legislativa presupone una justificación básica utilitarista, y cuyos miembros tienen prejuicios sistemáticos, sean necesarios derechos que excluyan del proceso político las preferencias externas, y que no serían necesarios en otra parte. La pretensión de que los miembros de alguna minoría tengan determinados derechos en una sociedad tal (como el derecho a una educación integrada, probablemente) apelaría a características que no necesariamente están presentes en otras partes. Pero muchos derechos son universales, porque en favor de ellos se dispone de argumentos que contradicen cualquier justificación colectiva, en cualquier circunstancia que sea razonablemente probable encontrar en la sociedad política, y es a ellos a los que cabe justificadamente llamar derechos humanos.

Raz señala que la idea de derechos como triunfos se puede usar de manera tal que conduzca a una inflación grotesca del número de derechos, con lo que la apelación a un derecho se volvería trivial. Es algo ciertamente posible; podríamos estipular que se diga que alguien tiene un derecho si su desventaja proporciona una razón más fuerte que *alguna* otra razón de *cualquier* clase que pudiera existir en favor de esa desventaja. La mayoría de los derechos no serían, por eso, de ninguna importancia práctica. Necesitaríamos entonces un nuevo concepto de los derechos como triunfos sobre importantes justificaciones colectivas, que es lo que propongo yo en primera instancia. Nadie tiene un derecho político, desde mi punto de vista, a menos que las razones para darle lo que pide sean más fuertes que alguna justificación colectiva que normalmente proporcione una plena justificación política para una decisión.²⁸ Que alguien tenga una fuerte preferencia por el helado de pistacho es ciertamente una razón para que la sociedad lo produzca, y es una razón más fuerte que otras que se podrían encontrar o inventar para no producirlo, como el hecho de que alguien más tiene cierta preferencia por la vainilla. Pero no tiene sentido hablar de un derecho a tener pistacho (o de un derecho más general a que se atienda a las preferencias fuertes), a menos que nuestra intención sea decir que esa preferencia procura una razón para producir pistacho aun cuando las preferencias *colectivas* de la comunidad estuvieran mejor servidas por la producción de vainilla. Digo que «no tiene sentido» en vez de decir que «es injusto» porque no pretendo (como ya tuve el cuidado de advertir) que mi formulación de los derechos capte con exactitud ni en forma completa el lenguaje ordinario. Mi formulación es, en ese sentido, una estipulación. (No es ciertamente, como a veces sugiere Raz que podría serlo una teoría de los derechos, un descubrimiento empírico.) Es, en cambio (o eso creo) una estipulación que aísla una idea netamente importante en teoría política, que es la idea de un triunfo individual sobre decisiones colectivamente justificadas. Es también una estipulación que capta la idea de los derechos individuales que está vigente en la práctica constitucional norteamericana.

Debo agregar (aunque sea una mera repetición de lo que está explícitamente dicho en el libro) que la teoría de los derechos que presento no niega que algunos derechos sean más importantes que otros. Ningún supuesto derecho es tal (desde mi punto de vista) a menos que invalide por lo menos un caso marginal de una justificación colectiva general; pero un derecho es más importante que otro si alguna justificación colectiva especialmente dramática o urgente, que supere ese umbral, es capaz de anular al segundo, pero no al primero.

El error de comprensión de Raz es causa de confusión en su análisis de lo que él llama «derechos al bienestar». Raz dice que yo niego que la gente pueda tener derechos al bienestar, y que eso es contrario a lo que muchos piensan. Pero él agrupa preten-

siones sumamente diferentes bajo la categoría única de pretensiones al bienestar. A partir de la formulación de derechos que sugiero, es ingenuo decir, en una sociedad cuya justificación general básica es utilitarista, que alguien tenga derecho precisamente al nivel de bienestar que recomienda esa justificación general básica. Es ingenuo porque ese derecho putativo funciona únicamente para confirmar la justificación colectiva y no para triunfar sobre ella. No pretende nada más que lo que le proporcionaría la justificación colectiva, sin la ayuda de idea alguna de derechos individuales. Pero supongamos que la pretensión de un derecho al bienestar que recomienda el utilitarismo se formula contra el telón de fondo de alguna otra justificación colectiva, como la justificación de la gloria nacional o del poder militar como fines en sí. Ahora la pretensión es demasiado fuerte para que cuente como una pretensión de derecho del tipo que contempla la teoría. Sostiene que la justificación colectiva básica debe ser aniquilada y reemplazada por el utilitarismo, no simplemente que en determinadas ocasiones debe ceder ante los derechos en cuanto triunfos. Por una vez se reconoce la idea de que si es injusto negar a los individuos el bienestar, sea el que fuere, que recomiende la justificación utilitarista, no queda margen para los cuestionados objetivos del poder militar o la gloria nacional como fines en sí mismos. Por consiguiente, quien pretenda un derecho tal no está usando la idea de derecho en el sentido en que yo la recomiendo, y (como insistía Bentham) podría aclarar mejor las cosas evitando, simplemente, toda idea de derechos.

Sin embargo, cuando habla de «derechos al bienestar», Raz no piensa simplemente en el supuesto derecho a cualquier nivel de bienestar que exija una justificación básica utilitarista. Piensa también en una pretensión [por la cual] una persona (o un grupo) tiene derecho a un determinado nivel mínimo de bienestar; o a no menos bienestar que alguna fracción especificada del bienestar de la persona (o el grupo) que tengan más; o, posiblemente, a exactamente tanto bienestar como tenga cualquier otra persona (o grupo). Pero estas pretensiones populares son muy diferentes de la pretensión de que una persona o grupo tiene derecho al bienestar que exige alguna justificación colectiva general. La pretensión de que alguien tenga derecho a un nivel de bienestar mínimo, por ejemplo, se puede entender fácilmente como la pretensión de que es injusto que el gobierno mantenga un sistema económico en el cual ciertos individuos, familias o grupos permanecen por debajo de un bienestar mínimo, aun cuando ese sistema económico produzca una utilidad promedio superior (un mayor bienestar general colectivo) que cualquier otro sistema. Esa clase de pretensión no queda excluida por la formulación de los derechos que yo propongo. Por el contrario, me parece que una virtud de esa formulación es que pone de manifiesto que es precisamente la competencia entre niveles mínimos de bienestar

y bienestar colectivo general lo que está en juego cuando se discute esta clase de «derecho» al bienestar.

Raz cree que hay un cambio importante entre la teoría política que presuponen los primeros capítulos de este libro y la que se sugiere en el capítulo 12. Los primeros capítulos suponen la formulación de los derechos que acabo de defender, en la que los derechos actúan como triunfos sobre alguna justificación básica que apela al bienestar colectivo. En el capítulo 12, este antagonismo entre los derechos particulares y el bienestar colectivo desaparece, dice Raz, porque se ve que tanto los unos como el otro son las consecuencias de un derecho muy general, al que llamo el derecho de todos los miembros de una comunidad política a ser tratados como iguales. Pero aquí no hay incongruencia alguna.

Los derechos políticos particulares sólo pueden ser entendidos funcionalmente, tal como he dicho, si se atiende al papel que desempeñan esos derechos en el proceso político, un papel que, en nuestra comunidad política, supone un antagonismo entre apelaciones a los derechos y apelaciones al bienestar general. Pero esa descripción plantea una cuestión importante. Ese antagonismo en el nivel de la discusión política, ¿refleja un antagonismo profundo en un nivel más fundamental? Los derechos particulares, ¿reflejan algún ideal político profundo, como la idea de dignidad o de autonomía individual, y el bienestar colectivo, *otro* ideal, concurrente, como la idea de que el placer es un bien en sí mismo? En ese caso, la teoría política (o por lo menos, la teoría política que sería necesaria para justificar instituciones, como las nuestras, que apelan tanto a los derechos como al bienestar colectivo) es pluralista en un nivel fundamental. O, por otra parte, el antagonismo superficial entre derechos y bienestar colectivo, ¿es producto de una teoría política que se unifica en un nivel más profundo? Tanto el capítulo 12 como partes de la Introducción y de este apéndice sustentan esta última hipótesis, defendida también en un ensayo posterior, *Liberalism*, al que ya me he referido. Sugiero que tanto los derechos políticos particulares como la idea del bienestar colectivo, como la idea de que ambos funcionan antagónicamente en el nivel de la discusión política, son consecuencias del ideal fundamental de una comunidad política que sea una comunidad de iguales. He hablado, efectivamente, de un «derecho» a ser tratado como igual, con igual consideración y respeto, pero señalé que se trata de «un derecho tan fundamental que no cabe dentro de la caracterización general de los derechos como valores superiores a las metas colectivas, excepto como caso límite, porque es a la vez la fuente de la autoridad general de los fines colectivos y de las limitaciones especiales a tal autoridad que se justifican en virtud de derechos más particulares».⁸⁹ Los comentarios de Raz hacen pensar, sin embargo, que resultó engañoso hablar de la idea de ser tratado como «igual» considerándola un «derecho».

Raz tiene algo que decir sobre el contenido de la idea de ser tratado como igual, independientemente de que se la describa o no como un derecho. Él dice, siguiendo al profesor Benn,⁹⁰ que en realidad, esta idea no apela en modo alguno a la igualdad. (Ya mencioné y comenté antes esa sugerencia.⁹¹) Dice también que la idea es vacía, porque es congruente con muchas pautas de distribución diferentes, pero esto es un error, en dos sentidos. Primero, incluso como enunciado abstracto, la proposición de que un gobierno debe tratar con igual consideración y respeto a aquellos sobre quienes pretende tener autoridad no es vacía, porque excluye posiciones políticas que fueron en algún momento dominantes, y que siguen siendo populares en algunos círculos. Segundo, la inferencia que sirve de base a la acusación de Raz —que si es posible defender con alguna verosimilitud dos concepciones diferentes de un concepto abstracto, entonces el concepto abstracto no recomienda a ninguna de las dos— interpreta mal el papel de los conceptos abstractos en la teoría y la discusión políticas. En *Liberalism* sostengo que las posiciones políticas más populares pueden ser entendidas, y reconocida la importante distinción existente entre ellas, cuando se ve que cada una representa una concepción diferente de la exigencia abstracta de igualdad. Es verdad que estas concepciones diferentes se encuentran en competencia, porque recomiendan, entre otras cosas, diferentes esquemas de distribución económica. Pero mal se puede inferir de ello que una de ellas no pueda ser, en cuanto concepción, superior a las otras.

Introducción

1. Véanse, por ejemplo, los prestigiosos materiales didácticos de H. M. Hart y A. Sachs, *The Legal Process* (materiales mimeografiados y publicados por la Facultad de Derecho de Harvard).

2. Véase, por ejemplo, Hayek, *Law, Liberty and Legislation*.

3. Véase también "No Right Answer", en *Law, Morality and Society: Essays in Honor of H. L. A. Hart*, Londres, 1977.

Capítulo 2

1. Véase *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

2. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832).

3. Véase H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 89-96 (1961).

4. *Id.*, 79-88.

5. *Id.*, 97-107.

6. *Id. passim*, especialmente cap. 6.

7. *Id.*, cap. 7.

8. Véase capítulo 4. Véase también Dworkin, "Wasserstrom: The Judicial Decision", 75 *Ethics* 47 (1964), reimpresión: "Does Law Have a Function?", 74 *Yale L. J.* 640 (1965).

9. 115 N.Y. 506, N.E. 188 (1889).

10. *Id.*, 509, 22 N.E. 189.

11. *Id.*, 511, 22 N.E. 190.

12. 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

13. *Id.*, 386, 161 A.2d 84.

14. *Id.*

15. *Id.*, 388, 161 A.2d 86.

16. *Id.*, 387, 161 A.2d 85.

17. *Id.*, 389, 161 A.2d 86 (cita de Frankfurter, J., en *United States v. Bethlehem Steel*, 315 U.S. 289, 326 [1942]).

18. *Id.*

19. *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1, 60 (1911); *United States v. American Tobacco Co.*, 22 U.S. 106, 180 (1911).

20. La distinción es sustancialmente la misma que establece Rawls, "Two Concepts of Rules", 64 *Philosophical Review* 3 (1955).

21. No he hablado de esa favorita de la jurisprudencia que es la discreción "limitada", porque ese concepto no presenta dificultades especiales si recordamos la relatividad de la discreción. Supongamos que al sargento se le dice que escoja de "entre" los hombres experimentados, o que "tenga en cuenta la experiencia". Tanto podríamos decir que tiene discreción (limitada) para seleccionar su patrulla, como que tiene discreción (plena) ya sea para escoger entre los hombres experimentados o decidir qué otro criterio tendrá en cuenta.

22. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 144 (1961).

23. Véase Wellington y Albert, "Statutory Interpretation and the Political Process: A Comment on Sinclair v. Atkinson", 72 *Yale L.J.* 1547 (1963).

24. R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* 56 (ed. rev. 1954).

25. Véase, p. ej., Dickinson, "The Law Behind Law" (partes 1 y 2), 29 *Col. L. R.* 112, 254 (1929).

26. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 92 (1961).

27. Véase nota, "Custom and Trade Usage: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law", 55 *Col. L. R.* 1192 (1955), y los materiales que allí se citan en 1193 n.l. Como se aclara en esa nota, las prácticas concretas de los tribunales en cuanto al reconocimiento de usos comerciales se ajusta al modelo

de aplicar una serie de principios y de directrices políticas de orden general más bien que a un criterio que pueda ser entendido como parte de una regla de reconocimiento.

28. H. L. Hart, *The concept of Law* 230 (1961). Una regla maestra podría especificar algún rasgo particular de una usanza que es independiente de la actitud de la comunidad; podría, por ejemplo, estipular que todas las usanzas de muy antigua data, o todas las que tienen que ver con instrumentos negociables, cuentan como derecho. Sin embargo, no se me ocurre ningún rasgo así que efectivamente distinga las usanzas que han sido reconocidas como derecho en Inglaterra ni en los Estados Unidos. Algunas que no son jurídicamente ejecutables son más antiguas que otras que sí lo son, algunas prácticas que se relacionan con el crédito comercial se hacen valer y otras no, y así sucesivamente. En todo caso, aun si se encontrara un rasgo distintivo que identificara todas las normas de derecho establecidas por el uso, seguiría siendo improbable que se pudiera encontrar un rasgo tal para principios que varían ampliamente en cuanto a sustancia y origen, y algunos de los cuales son de data muy reciente.

Capítulo 3

1. Véanse pp. 64 ss.

2. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", 81 *Yale L.J.* 823 (1972). También G. Carrió, *Legal Principles and Legal Positivism* (1971); Christie, "The Model of Principles", 1968, *Duke L.J.* 649; Gross, "Jurisprudence", 1968/69 *Annual Surv. of Am. L.* 575; Probert, "The Right Way", *Human Rights* 163 (E. Pollack ed. 1971); Sartorius, "Social Policy and Judicial Legislation", 8 *Am. Phil. Q.* 151 (1971); Tapper, "A Note on Principles", 1971 *Modern L. R.* 628. Hay un artículo anterior de MacCallum, "Dworkin on Judicial Discretion", 60 *J. Phil.* 638 (1963). No es mi intención replicar a todos los puntos e interrogantes presentados en estos artículos, ni mencionarlos siquiera. He elegido para analizarlos los puntos que se plantean con más frecuencia o que los estudiantes consideran más convincentes.

3. Véase, p. ej., Carrió 22.

4. Sartorius 155.

5. *Id.*, 156.

6. Raz 843 ss., Carrió 27; Christie 669; MacCallum, *loc. cit.*

7. Raz 834-54, Christie 656 ss.

8. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 79-88 (1961).

9. Hart, *loc. cit.*, analiza el concepto de "obligación". Uso aquí la palabra "deber" también porque es más habitual hablar del deber del juez de imponer el derecho, que de su obligación, y porque la intención de Hart es que su análisis sea aplicable a ambos términos; de hecho, en *The Concept of Law*, los usa de manera casi intercambiable. Véase *id.*, 27, 238.

10. Hart usa este ejemplo con diferente propósito. Véase Hart, *op. cit.*, 121. Yo he presentado el ejemplo de manera que la norma social que aquí interviene fuera una norma que impone una obligación (o deber), disponiendo, p. ej., que las presiones sociales en favor de la conformidad son fuertes.

11. Sartorius, *op. cit.*, 155.

12. Hart, *op. cit.*, 144.

13. Hart, 106.

14. Raz, 852. Carrió, 25, usa el mismo término e igual concepto.

15. 115 Nueva York 506, 22 N.E. 188 (1889).

16. Sartorius, 155.

17. *Id.*, 156, mi capítulo 2, 95.

18. Esta elaboración no es más que un resumen de la argumentación, más larga, del capítulo 4.

19. Sartorius, 156, citando mi capítulo 2, 65.

20. Raz, 843 ss. Véase MacCallum, *loc. cit.*

21. Se la observa en todos los artículos a que se hace referencia en la nota 6.

22. Presentada en Raz, 829 ss.

23. Raz, 825 ss.

24. Raz, 825.

25. Raz, 825, 827-8.

26. Raz, 838 ss.

27. Raz, 838.

28. *Ibid.*
29. Raz, 837-8.
30. Véase Raz, 837.
31. Raz, 850-1.
32. Raz, 828-9.

Capítulo 4

1. Véase capítulo 13.
2. Analicé la distinción entre principios y directrices políticas en el capítulo 2. La formulación más elaborada en este capítulo es una mejora; entre otras virtudes, impide el desmoronamiento de esta distinción por obra de los supuestos (artificiales) que se describen en el capítulo anterior.
3. *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, [1973] 1 Q.B. 27.
4. *Ibid.*, 36.
5. Véase capítulo 10.
6. Cuento como individuos a las personas jurídicas, para que las corporaciones puedan tener derechos; por ende, una teoría política que considere que los grupos especiales, como los grupos raciales, tienen cierta importancia corporativa en el seno de la comunidad, puede hablar de derechos de los grupos.
7. Una teoría política completa debe reconocer también otras dos distinciones que uso implícitamente en este capítulo. La primera es la distinción entre derechos contra el estado y derechos contra los conciudadanos. Los primeros justifican una decisión política que exige la acción de algún organismo gubernamental; los otros justifican una decisión de coaccionar a individuos particulares. El derecho a un alojamiento mínimo, si se lo acepta, se acepta como derecho en contra del estado. El derecho a percibir daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, o el de ser salvado de un gran peligro con un mínimo de riesgo para el salvador, es un derecho contra los conciudadanos. El derecho a la libertad de expresión participa, por lo común, de ambos. Parece raro definir como derechos políticos los que tienen, unos en contra de otros, los ciudadanos; pero en este momento nos interesan tales derechos sólo en la medida en que justifican diferentes tipos de decisiones políticas. La actual distinción trasciende la establecida entre los derechos básicos e institucionales; la última distingue entre personas o instituciones que deben tomar una decisión política, la primera entre personas o instituciones a quienes esa decisión manda actuar o abstenerse. En los casos de derecho civil ordinario, que son el tema principal de este ensayo, están en juego los derechos en contra de los conciudadanos, pero estudio también ciertos problemas de derecho constitucional y penal, de manera que me ocupo además de derechos en contra del estado.
- La segunda distinción es la establecida entre derechos universales y derechos especiales, esto es, los que una teoría política estipula para todos los individuos en la comunidad, con la sola excepción de fenómenos como la incapacidad o el castigo, y aquellos que estipula solamente para un sector de la comunidad, o incluso para un solo miembro. En este ensayo, daré por supuesto que todos los derechos políticos son universales.
8. Véase Brandt, "Toward a Credible Form of Utilitarianism", en H. Castenada y G. Nakhnikian (eds.), *Morality and the Language of Conduct* (1963) 107.
9. Véase, p. ej., R. Posner, *Economic Analysis of Law* (1972) 10-104.
10. Véase, p. ej., Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *J. L. Econ.* 1, 19-28 (1960).
11. Véase Posner, "A Theory of Negligence", 1 *J. Leg. Stud.* (1972) 29, 71.
12. Posner, *Economic Analysis*, 4.
13. *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947). Coase, 22-3, da otros ejemplos, principalmente de casos de perjuicio en que se interpreta la doctrina [en el sentido de] que una interferencia "razonable" con el uso que el querellante hace de su propiedad no es un perjuicio.
14. Un argumento de principio más elaborado podría proporcionar mejor justificación del criterio de Hand que este principio simple. Presenté una argumentación más elaborada en una serie de Rosenthal Lectures [conferencias] que di en la Facultad de Derecho de la Northwestern University en marzo de 1975. El principio simple, sin embargo, es una justificación suficientemente buena para el punto que aquí se trata.

15. 381 U.S. 618 (1965).
16. 367 U.S. 643 (1961).
17. Véase en general H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961) 121-32.
18. Véase Gallie, "Essentially Contested Concepts", 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* (1965) 167, 167-8. Véase también capítulo 10.
19. Véase capítulo 2.
20. Véase *Everson v. Board of Educ.*, 330 U.S. 1 (1947).
21. Véase *Chatwin v. United States*, 326 U.S. 455 (1946).
22. Un caso previo del uso de directrices políticas en la interpretación de leyes ejemplifica esta forma de constitución. En *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 24 Massachusetts (7 Pick.) 344 (1830), *aff'd*, 36 U.S. (11 Pet.) 420 (1837), el tribunal tuvo que decidir si se había de considerar excluyente una concesión que autorizaba la construcción de un puente a través del río Charles, de manera que no pudieran concederse nuevas concesiones. El juez Morton, de la Suprema Corte Judicial, sostuvo que la concesión no debía considerarse exclusiva, y en apoyo de esa interpretación argumentó que:

[Si] de la extendida interpretación liberal de las concesiones resultan consecuencias tan contradictorias con el mejoramiento y la prosperidad del estado, debemos más bien, si los términos usados lo admiten, adoptar una [interpretación] más limitada y restringida, que imputar a los legisladores semejante imprevisión.

...[Interpretar como excluyente la concesión] equivaldría sustancialmente a [establecer] un pacto por el cual durante [la validez] de la concesión del querellante, una parte importante de nuestra república, en lo que respecta a las comodidades de comunicación y transporte, debe permanecer *in statu quo*. Me siento irresistiblemente llevado a la conclusión de que esta interpretación no condice con la sana razón, con las autoridades judiciales, con el curso de la legislación ni con los principios de nuestras instituciones libres.

Ibid., 460.

23. [1866] L.R. 1 Ex. 265, *aff'd*, (1868) L.R. 3 H.L. 330.
24. Pero puesto que Hércules se verá llevado a aceptar la tesis de los derechos, véanse pp. 188-190 *infra*, su "interpretación" de las resoluciones judiciales será diferente de su interpretación de las leyes en un aspecto importante. Cuando interpreta las leyes, adscribe a algunos aspectos del lenguaje estatuido, como vimos, argumentos de principio o argumentos políticos que proporcionan la mejor justificación de dicho lenguaje a la luz de las responsabilidades de los legisladores. Su argumentación sigue siendo una argumentación de principio; se vale de elementos políticos para determinar qué derechos han creado ya los legisladores. Pero cuando "interpreta" resoluciones judiciales no adscribirá al lenguaje pertinente más que argumentos de principio, porque la tesis de los derechos sostiene que sólo tales argumentos descargan de responsabilidad al tribunal que las promulgó.
25. *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 Nueva York 382, 11 N.E. 1050 (1916).
26. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 121-32.
27. En *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483 (1955), el juez Douglas sugería que la legislación generada por [argumentos] políticos no es necesariamente uniforme ni congruente:

El problema de la clasificación legislativa es un problema permanente que no admite definición doctrinaria. En el mismo campo puede haber males de magnitudes y proporciones diferentes, que requieren diferentes remedios, o eso pueden pensar los legisladores. O bien la reforma puede avanzar paso a paso, orientándose a la fase del problema que parece más aguda al ánimo de los legisladores. Estos pueden escoger una fase de un campo para aplicarle un remedio, y descuidar las otras. La prohibición de la Cláusula de Igual Protección no va más allá de una discriminación injusta.

Ibid., 489 (se omiten las citas).

Naturalmente, lo que se destaca en este argumento —que las exigencias de congruencia son diferentes en los casos de principio y en los casos políticos— tiene gran importancia para entender la historia reciente de la cláusula de igual protección. Es lo que interesa en los intentos de distinguir lo [que es] "viejo" de lo [que es] "nuevo" cuando se habla de igual protección, o de establecer clasificacio-

nes "sospechosas", y proporciona una distinción más precisa y más inteligible que la que suministran estos intentos.

28. Véase más abajo, pp. 198-208.

29. 6 Nueva York 397 (1852).

30. Warren & Brandeis, "The Right of Privacy", 4 *Harv. L. R.* (1890) 193.

31. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

Capítulo 5

1. Es menos engañoso decir que las cláusulas amplias de la Constitución "delegan" en la Corte el poder de hacer valer sus propias concepciones de la moralidad política. Pero incluso esto es inexacto si lleva a pensar que la Corte no necesita justificar su concepción mediante argumentos que muestren las relaciones entre su concepción y los casos estándar, tal como se los describe en el texto. Si la Corte considera que la pena de muerte es cruel, debe basarse en algunos principios o grupos de principios que relacionan la pena de muerte con las empulgueras y el pogo.

2. Distingo esta objeción al argumento de Marshall de otra objeción, diferente y que aquí no viene al caso, según la cual se ha de interpretar que la Constitución impone al Congreso un *deber* jurídico de —por ejemplo— no aprobar leyes que restrinjan la libertad de expresión, pero no se ha de interpretar que desvirtúa el *poder* jurídico del Congreso conferir validez o una ley tal si infringe su deber. Según este punto de vista, el Congreso se halla en la posición jurídica de un ladrón que tiene el deber jurídico de no vender bienes robados, pero conserva el poder jurídico de hacer una transferencia válida si lo hace. Esta interpretación no tiene mucho que la recomiende, puesto que —a diferencia del ladrón— al Congreso, a no ser que se niegue validez a sus actos injustos, no se lo puede castigar, por lo menos de una manera que ofrezca protección a los individuos a quienes la Constitución está destinada a proteger.

3. El profesor Bickel sostuvo también, con la gran habilidad que le caracteriza, que muchas de las principales decisiones del Tribunal Warren no podían justificarse ni siquiera mediante razones convencionales, es decir, por los argumentos que el Tribunal invocó en sus opiniones. La crítica que él hace de tales opiniones suele ser convincente, pero los fallos artesanales del tribunal no afectan al argumento que considero en el texto. (Sus conferencias Holmes aparecieron, ampliadas, en su libro *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 1970.)

4. *A Theory of Justice*, 1972. Véase el capítulo 6.

Capítulo 6

1. John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972.

2. Pp. 48 ss.

3. Pp. 21-2.

4. P. 587.

5. P. 51.

6. Véase Feinberg, "Justice, Fairness and Rationality". 81 *Yale L. J.* 1004, 1018-21 (1972).

7. Pienso aquí en el famoso argumento de Brandeis y Warren. Véase Brandeis & Warren, "The Right to Privacy", 4 *Harv. L. R.* 193 (1890), que es un paradigma de la argumentación en el modelo constructivo. Véase capítulo 4, pp. 118-19.

8. El famoso debate entre el profesor Wechsler, "Towards Neutral Principles in Constitutional Law", 73 *Harv. L. R.* 1 (1959) y sus críticos puede resultar esclarecido por esta distinción. Wechsler propone un modelo constructivo para la adjudicación constitucional, mientras que quienes están en favor de un enfoque más tentativo o intuitivo del derecho constitucional se inclinan por el modelo natural.

9. Véase, p. ej., Hare, "Rawls' Theory of Justice — 1", 23 *Philosophical Quarterly* 144 (1973).

10. Rawls llama la atención sobre la distinción, p. 49.

11. W. V. Quine, "Two Dogmas of Empiricism", en *From a Logical Point of View* 20 (2a. ed. rev. 1964).

12. P. 48.

13. P. 581.

14. Pp. 580-1.

15. Capítulo 30.
16. P. 144 ss.
17. Rawls define estos términos en pp. 24-5 y 30.
18. No cuento como objetivos el de hacer respetar derechos o hacer valer obligaciones. De esta, y de otras maneras manifiestas, mi uso de los términos que defino es más estricto de lo que autoriza el lenguaje ordinario.
19. Cosa que no necesita una teoría "intuicionista", en el sentido en que Rawls usa el término. Véase p. 34, Rawls, *A Theory of Justice*.
20. Véase capítulo 10.
21. John Mackie presentó una forma convincente de dicho argumento en un seminario de Oxford, durante el otoño de 1972.
22. H. Sidgwick, *The Methods of Ethics* 489 ss. (7a. ed. 1907).
23. Capítulo 19.
24. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 507 (1964) (opinión en discrepancia).
25. Véase Hart, "Rawls on Liberty and Its Priority", 40 *U. Chi. L. R.* 534 (1973).
26. Cf. la definición de libertad de Rawls en p. 202.
27. P. 61.
28. P. 511.
29. *Id.*
30. Cap. 77.
31. P. 509.

Capítulo 7

1. Véase capítulo 8.
2. No es sorprendente que a veces usemos el concepto de tener derecho para decir que otros no deben interferir con un acto, y a veces para decir que no está mal que se lo lleve a cabo. Frecuentemente, cuando alguien *no* tiene derecho a hacer algo, como atacar físicamente a otra persona, no sólo es verdad que está mal que lo haga, sino *también* que otros tienen derecho a impedirlo, por el razonamiento si no por la fuerza. Por consiguiente, es natural decir que alguien tiene un derecho cuando lo que queremos es negar *cualquiera* de estas consecuencias, lo mismo que cuando queremos negar ambas.
3. No es necesario que considere tales ideas como axiomáticas. Esto es, puede tener razones para insistir en que la dignidad o la igualdad son valores importantes, y esas razones pueden ser utilitarias. Puede creer, por ejemplo, que *a la larga*, el bien general sólo resultará favorecido si tratamos la indignidad o la desigualdad como injusticias grandísimas, y jamás permitimos que nuestras *opiniones* sobre el bien general las justifiquen. No conozco ningún buen argumento en pro ni en contra de esta especie de utilitarismo "institucional", pero es congruente con lo que señalo, porque sostiene que debemos tratar toda violación de la dignidad y de la igualdad como delitos morales especiales, que van más allá de cualquier justificación utilitaria corriente.

Capítulo 8

1. No es mi intención dar a entender que el gobierno debe castigar siempre a un hombre que deliberadamente infringe una ley cuya validez conoce. Puede haber razones prácticas o de equidad, como las que enumeré en el tercer párrafo, para no procesar a esos infractores. Pero casos como los de reclutamiento permiten argumentos especiales en favor de la tolerancia; como deseo prestar especial atención a esos argumentos, he aislado consiguientemente los casos.

Capítulo 9

1. *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629, 70 S. Ct. 484.
2. *DeFunis v. Odegaard*, 94 S. Ct. 1704 (1974).
3. Véase capítulo 5.
4. Más adelante, en este mismo capítulo, sostendré que hay circunstancias en las cuales una política determinada viola el derecho de alguien a ser tratado como igual, pese al hecho de que pueda decirse que los beneficios sociales derivados de esa política compensan con creces las pérdidas. Estas circunstancias se dan cuando los beneficios que superan a las pérdidas incluyen la compensación de perjuicios

y otros tipos de preferencias que no es decente que los funcionarios o las instituciones tengan en cuenta. Pero los beneficios sociales hipotéticos que describo en este párrafo no incluyen este tipo de beneficios. Por supuesto que si, aparte del derecho a ser tratado como igual, DeFunis tuviera algún otro derecho que fuera violado por la política de Washington, entonces el hecho de que con esa política se pudiera alcanzar un beneficio social general no justificaría la violación (véase capítulo 6). Si el procedimiento de admisión de Washington incluyera, por ejemplo, un criterio religioso que violase su derecho a la libertad de culto, no serviría de excusa [decir que] el uso de un criterio tal podría dar mayor cohesión a la comunidad. Pero DeFunis no se apoya en ningún derecho definido, sino sólo en su derecho a la igualdad, protegido por la Cláusula de Igual Protección.

5. En la decisión del caso *Sweatt*, la Suprema Corte aplicó la antigua norma según la cual la segregación estaba constitucionalmente permitida si a los negros se les proporcionaban comodidades "separadas pero iguales". Texas había establecido una facultad de derecho aparte para los negros, pero la Corte sostuvo que la facultad no era en modo alguno equiparable a la de los blancos. El caso *Sweatt* se decidió antes del famoso caso *Brown*, en que la Corte terminó por rechazar la norma del "separado pero igual", y no cabe duda de que actualmente una facultad de derecho exclusivamente para blancos sería inconstitucional, incluso si se estableciera una facultad de derecho exclusivamente para negros que, en el sentido material, fuera equivalente a la destinada a los blancos.

6. Muchos economistas y filósofos cuestionan la inteligibilidad tanto del utilitarismo de las preferencias como del utilitarismo psicológico. Argumentan que no hay manera, ni siquiera en principio, de calcular y comparar la intensidad de las preferencias individuales. Como mi intención es establecer los diferentes fallos de ciertos argumentos utilitarios, a los fines de este ensayo doy por supuesto que se pueden hacer cálculos, por lo menos conjeturales y aproximados, sobre las preferencias generales de la comunidad.

7. El argumento de este párrafo es fuerte, pero en sí mismo no basta para descalificar todos los argumentos utilitarios que provocan desventajas sustanciales a las minorías que padecen a causa del prejuicio. Supongamos que, basándose en un argumento utilitario, el gobierno decide permitir un aumento del desempleo porque la pérdida que sufren quienes se quedan sin trabajo se ve compensada por lo que ganan quienes de otra manera sufrirían por la inflación. El peso de esta política [en los Estados Unidos] recaería desproporcionadamente sobre los negros, quienes serían los primeros despedidos porque el prejuicio los pone en situación de desventaja. Pero aunque el prejuicio afecte de esa manera a las consecuencias de la política de desempleo, no figura —ni siquiera indirectamente— en el argumento utilitario que sirve de base a dicha política. (Figura, en el mejor de los casos, como argumento utilitario en contra de ella.) Por consiguiente, no podemos decir que el daño especial que sufren los negros a causa de una política de incremento del desempleo sea injusto por las razones que se describen en este ensayo. Bien puede ser injusto por otras razones; si John Rawls tiene razón, por ejemplo, lo es porque esa política mejora la condición de la mayoría a expensas de los que ya desde antes están peor.

8. Es indudable que la preferencia por compañeros intelectuales que muestran algunas personas depende de preferencias externas: no valoran a tales compañeros como medios para ninguna otra cosa, sino porque piensan que la gente inteligente es mejor que otra, y merece ser más honrada y reconocida. Si tales preferencias fueran lo suficientemente fuertes y estuvieran lo bastante difundidas, podríamos llegar aquí a la misma conclusión que sacamos respecto de la segregación: que no se puede confiar en la justicia de ningún argumento utilitario que se proponga justificar la discriminación contra las personas menos inteligentes. Pero no hay razón para suponer que en los Estados Unidos exista semejante intelectualismo; y ciertamente, no las hay para pensar que sea un país intelectualista en la misma medida en que es racista.

Capítulo 10

1. *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Cmd. no. 247 (1957).

2. *Memoirs v. Massachusetts (Fanny Hill)*, 383 U.S. 413 (1966), *Ginzburg v. United States*, 383 463 U.S. (1966), *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 (1966).

3. Devlin, *The Enforcement of Morals* (1959). Reimpresión en Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965). [Este último citado en lo sucesivo como Devlin.]

4. Devlin 17. Esta posición fue cuidadosamente enunciada como hipotética. Aparentemente, lord Devlin no considera ahora que la condición se cumpla, porque desde la publicación del libro ha instado públicamente a la modificación de las leyes sobre homosexualidad.

5. Lord Devlin incluye referencias a estos comentarios en una bibliografía. Devlin xiii.

6. Devlin.

7. *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 9-10, 24.

8. Devlin, vii.

9. Expuesto principalmente en Devlin 7-25.

10. *Ibid.*, 11.

11. *Ibid.*, 16.

12. *Ibid.*, 17.

13. H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* 51 (1963).

14. Devlin 13.

15. Esta lectura encontraba gran apoyo en el texto, incluso sin la nueva nota al pie: "Pienso, por consiguiente, que no es posible poner límites teóricos al poder del Estado para legislar en contra de la inmoralidad. No es posible establecer por adelantado excepciones a la norma general, o definir de manera inflexible ámbitos de moralidad dentro de los cuales no se permita en ninguna circunstancia la entrada al derecho." (Devlin 12-13).

Los argumentos presentados confirman esta construcción. Pertenecen a la variedad *reductio ad absurdum*, y explotan la posibilidad de que lo que es inmoral pueda, teóricamente, generar subversión social. "Pero supongamos que un cuarto —o la mitad— de la población se emborrachase todas las noches; ¿qué clase de sociedad sería ésa? No se puede poner un límite teórico a la cantidad de personas que pueden emborracharse antes de que la sociedad esté autorizada para legislar en contra de la ebriedad. Lo mismo puede decirse del juego de azar." (*Ibid.*, 14.)

Cada ejemplo sostiene que no se puede trazar límite jurisdiccional alguno, no que cada borracho o cada episodio de juego de azar constituya una amenaza para la sociedad. No se da a entender que la sociedad esté realmente autorizada para considerar prácticas delictivas la ebriedad o el juego, si de hecho la práctica no llega a un nivel de peligro. De hecho, lord Devlin cita la [decisión de la] Royal Commission sobre Apuestas, Loterías y Juego para fundamentar su ejemplo sobre el juego: "Si estuviéramos convencidos de que, cualquiera que fuese la difusión de los juegos de azar, este efecto [sobre el carácter del jugador en cuanto miembro de la sociedad] debe ser dañoso, nos inclinaríamos a pensar que era deber del estado restringir el juego [de azar] en la mayor medida practicable." (Cmd. no. 8190 en parágrafo 159 (1951), citado en Devlin 14). Lo que esto implica es que la sociedad puede indagar y estar dispuesta a regular, pero que de hecho no debe hacerlo mientras la amenaza no se concrete realmente.

16. Devlin 13, n.l.

17. La mayor parte de la argumentación aparece en Devlin, caps. 5, 6 y 7. Véase también un artículo publicado después del libro: "*Law and Morality*", 1 *Manit. L.S.J.* 243 (1964/65).

18. Devlin 15.

19. *Ibid.*, 22-3.

20. Rostow, "The Enforcement of Morals", 1960 *Camb. L.J.* 174, 197; reimpresión en E. V. Rostow, *The Sovereign Prerogative* 45, 78 (1962). Citado en Devlin 95.

21. *Ibid.*, 17.

22. En el prefacio (*Ibid.*, viii), lord Devlin reconoce que quizás el lenguaje de la conferencia original hubiera puesto "demasiado el acento en el sentimiento y acentuado demasiado poco la razón", y expresa que el legislador está autorizado para hacer caso omiso de creencias "irracionales". Da, como ejemplo de estas últimas, la creencia en que la homosexualidad causa terremotos, y asevera que la exclusión de la irracionalidad "es por lo común un proceso fácil y comparativamente sin importancia". Me parece justo llegar a la conclusión de que esto es todo lo que lord Devlin le permitiría excluir. Si me equivoco, y lord Devlin quisiera pedirle que excluya también los prejuicios, las aversiones personales, actitudes arbitrarias, etc., debería haberlo dicho y debería haber intentado elaborar algunas de estas distincio-

nes. De haberlo hecho, sus conclusiones habrían sido diferentes y habrían generado, sin duda, una reacción diferente.

23. Véase n. 2 de este capítulo.

24. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

25. *Memoirs v. Massachusetts (Fanny Hill)*, 383 U.S. 413, 418 (1966).

Capítulo 12

1. En este capítulo hablo de "libertad" en el sentido que Isaiah Berlin llamaba "negativo".

2. Véase capítulo 7.

Capítulo 13

1. Véase capítulo 4.

2. "No Right Answer", en *Law, Morality and Society: Essays in Honor of H. L. A. Hart*, Londres, 1977.

Apéndice

1. "Liberalism" en S. Hampshire (ed.), *Public and Private Morality*, Cambridge University Press, 1978 (traducción castellana de Mercedes Córdoba en Fondo Cultura Económica, 1983).

2. H. L. A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Georgia L. R.* 968, 983 (1977).

3. *Ibid.*, 983.

4. Greenawalt, "Policy, Rights and Judicial Decision", 11 *Georgia L. R.* 991, 992 (1977).

5. M. Horwitz, *The Transformation of American Law* (1977), Harvard University Press.

6. Véase capítulo 4.

7. Greenawalt, *op. cit.* ("Policy..."), 1012 (signo de admiración del autor).

8. *Ibid.*, 1013 (nota al pie del autor).

9. Véase p. 168.

10. En la sección 3B del capítulo 4 estudié solamente casos (como el criterio de negligencia de Hand) que se valían de las consecuencias para las partes en el proceso para adjudicar los derechos concurrentes. No mencioné (aunque tampoco excluí) los casos analizados aquí, en que —por diferentes razones— las consecuencias para terceros pesan en la decisión de cuáles son los derechos de las partes. En cambio, estudié ese tipo de casos en las Conferencias Rosenthal a que me refiero en la nota 14, del cap. 4, y el párrafo presente ha sido tomado en esa conferencia. Véase también mi análisis de las teorías utilitarias de los derechos en p. 164.

11. Véase *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children* (1977) 1 All E. R. 589.

12. Véase *Miller v. Miller*, 22 N.Y.2d 12, 237 NE.2d 877, 290 N.Y.S.2d 734 (1968), analizado en Greenawalt, *op. cit.*, 1014.

13. Véase *Reich v. Purcell*, 67 Cal.2d 551, 432 P.2d 727, 63 Cal. Rptr. 31 (1967), citado en Greenawalt, 1014, n. 64.

14. Véase Greenawalt, 1015.

15. Véase p. 170.

16. Véanse pp. 158, 198.

17. Véase pp. 171-176.

18. Véase Lyons, "Human Rights and the General Welfare", 6 *Phil. Pub. Aff.* 113 (1977) y los artículos allí citados.

19. Véase p. 185, citado en Greenawalt, *op. cit.*, 1008.

20. Greenawalt, 1008.

21. *Ibid.* (nota al pie omitida).

22. Véanse pp. 186-187.

23. Greenawalt, 997-8.

24. *Ibid.*, 1009.

25. Véase capítulo 7.

26. Tanto esta frase como la que la precede plantean cuestiones referentes al alcance adecuado de la cláusula de "igual protección" de la decimocuarta enmienda

a la Constitución de los Estados Unidos. ¿Hasta qué punto prohíbe dicha cláusula la distribución desigual de los beneficios o cargas de una legislación generada en razones políticas? Su alcance, ¿se limita a casos de legislación desigual en cuestiones de política sólo en cuanto esta legislación desconozca un derecho político independiente, incluyendo el derecho a no verse sometido a discriminación en cuanto miembro de un grupo impopular? Mi intención era plantear esa cuestión en una breve nota al pie más arriba, en la n. 27 del cap. 4. Greenawalt considera a esa nota "confusa"; admito que es, por lo menos, opaca. No proporciona argumento alguno en contra del punto de vista más convencional respecto de la cláusula de igual protección, que ahora Greenawalt reafirma, sino que se limita a suponer que el punto de vista convencional es insatisfactorio.

27. Véase Greenawalt, 1004.
28. *Ibid.*, 1005.
29. Véase Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *J. L. Econ.*, 1, 19-28 (1960).
30. Véase, p. ej., Baker, "The Ideology of the Economic Analysis of Law", 5 *Phil. Pub. Aff.* 3 (1975).
31. Véase J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971).
32. Véase Greenawalt, 1052.
33. Véase Greenawalt, 999-1001.
34. Véase Greenawalt, 998-9.
35. Véase más abajo, sección 3.
36. Véase Greenawalt, 1048.
37. Greenawalt sostiene en su ensayo que los jueces deben usar argumentos políticos para interpretar las leyes. No parece haber advertido mi argumentación en el mismo sentido. Véase p. 179.
38. 379 U.S. (1965), analizado en Greenawalt, 1049.
39. Véase Greenawalt, 1050.
40. Véase Dworkin, "The Law of the Slave Catchers" (reseña de R. Cover, *Justice Accused*, 1975), *Times Literary Supplement*, 5 dic. 1975, p. 1437.
41. Véase Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harv. L. R.* 593 (1958).
42. Véase Greenawalt, 1051.
43. Greenawalt, "Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges", 55 *Col. L. R.* 359 (1975).
44. Véase p. 131.
45. Véase Dworkin, "No Right Answer?", en P. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, pp. 58 ss., nueva impresión aumentada en un número de la *New York Univ. L. R.*, próx. a aparecer.
46. Véase Munzer, "Right Answers, Pre-existing Rights and Fairness", 11 *Georgia L. R.* 1055, 1060 (1977).
47. *Ibid.*, 1957.
48. *Ibid.*, 1059.
49. *Ibid.*, 1059-60.
50. Si la intención de la crítica es externa y se basa en alguna teoría filosófica referente a la verdad, entonces el gran número de controversias insolubles no sería la prueba de que "en los casos" difíciles faltan, con frecuencia, respuestas correctas; sería el hecho mismo.
51. Munzer, *op. cit.*, 1063.
52. Véase Brilmayer, "The Institutional and Empirical Basis of the Rights Thesis", 11 *Georgia L. R.* 1173, 1198-9 (1977).
53. Richards, "Rules, Policies and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication", 11 *Georgia L. R.* 1069, 1095-6 (1977).
54. Véanse pp. 125-130.
55. Véase p. 146.
56. Véase Sartorius, "Social Policy and Judicial Legislation", 8 *Am. Phil. Q.* 151 (1971).
57. Véanse pp. 125-130.
58. Richards, *op. cit.*, 1096.
59. Véase capítulo 10.
60. Véanse pp. 179-182.
61. Véase Richards, 1098.
62. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

63. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).
64. Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Legislation", 89 *Harv. L. R.* 1281 (1976).
65. Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", 75 *Mich. L. R.* 473 (1977).
66. Lyons, "Principles, Positivism and Legal Theory - Dworkin, *Taking Rights Seriously*", 87 *Yale L. J.* 415 (1977).
67. Véase Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong* (1978), cap. 1.
68. Véase capítulo 6.
69. Nickel, "Dworkin on the Nature and Consequences of Rights", *Georgia L. R.* 1115, 1137 (1977).
70. *Ibid.*
71. *Ibid.*
72. *Ibid.*, 1140.
73. Véase capítulo 7.
74. Nickel, 1129.
75. Véase Dworkin, "Liberalism", en S. Hampshire (ed.), *Public and Private Morality* (1978).
76. Véase p. 388.
77. Véase p. 41.
78. Véase también Williams, "The Idea of Equality", en P. Laslett y W. Runciman (eds.), *Philosophy, Politics and Society* (1962), reimpresso en B. Williams, *Problems of the Self* (1973).
79. Desde que escribí el capítulo 12 he descubierto que algo semejante a mi distinción entre preferencias externas y personales es necesario, en economía política, para evitar lo que se ha dado en llamar la "paradoja de Sen". Véase Sen, "Liberty, Unanimity and Rights", 43 *Economica* 217 (1976) y la bibliografía que allí se comenta.
80. En S. Hampshire (ed.), *Public and Private Morality* (1978).
81. Véase p. 146.
82. Véase Nickel, 1135.
83. J. L. Mackie, "The Third Theory of Law", *Phil. Pub. Aff.*, vol. 7, n. 1 (1977).
83. De próxima publicación en la *New York Univ. L. R.*
84. Véase, p. ej., Griffith, *The Politics of the Judiciary* (1977).
85. Raz, "Professor Dworkin's Theory of Rights", *XXVI Political Studies* 123 (1978).
87. Con respecto a su análisis de las preferencias externas y personales, por ejemplo, véase pp. 484-485. Gran parte de la reseña analiza la teoría jurídica en cuanto difiere de la política. Raz sostiene que la tesis de los derechos está "vacía de contenido". Pero basa este cargo en su interpretación errónea de mi descripción de los derechos, que se analiza en lo que sigue del texto, y —además— en el supuesto (que se estudia detalladamente en la sección 2 de este apéndice) de que si en ocasiones los derechos dependen de las consecuencias, entonces toda argumentación [que tenga en cuenta] las consecuencias es una argumentación sobre derechos. Su análisis de lo que él llama mi "tesis conservadora" (una descripción que me deleita en cuanto antídoto del difundido supuesto, que se refleja en la crítica de Mackie, según el cual mi teoría jurídica es radical) ignora la distinción que establezco entre derechos jurídicos y derechos morales básicos con los cuales pueden entrar en conflicto los derechos jurídicos; e ignora también el impacto de esa distinción sobre la cuestión de qué debe hacer un juez, en un sistema jurídico inmoral, al final del día (véanse pp. 450-451). Respecto de esta discusión de lo que él llama mi argumento de equidad (véanse pp. 444-446), Raz describe mi afirmación de que las condiciones de verdad de las proposiciones de derecho incluyen en ocasiones condiciones de moralidad, como una "tesis de derecho natural". Pero enuncia incorrectamente diversos argumentos que aporté en favor de esa afirmación (véase capítulos 2, 4 y 13, y las secciones 3, 4 y 5 de este apéndice) y defiende su afirmación en contrario sin más apoyo que una referencia a su artículo anterior, sin analizar para nada la réplica que doy a ese artículo en el capítulo 3, y con la enunciación lisa y llana de una versión especialmente simple del positivismo jurídico.
88. Véanse, p. ej., pp. 160-161, 384.

89. Véase p. 41.

90. Véase Benn, "Egalitarianism and the Equal Consideration of Interests", en Pennock y Chapman (eds.), *Nomos IX: Equality* (1967), pp. 66-7.

91. Véanse pp. 483-484.

INDICE

<i>Ensayo sobre Dworkin</i> , por ALBERT CALSAMIGLIA . . .	7
Introducción	31
1. La jurisprudencia	43
2. El modelo de las normas (I)	61
3. El modelo de las normas (II)	102
4. Los casos difíciles	146
5. Los casos constitucionales	209
6. La justicia y los derechos	234
7. Los derechos en serio	276
8. La desobediencia civil	304
9. La discriminación inversa	327
10. Libertad y moralismo	349
11. Libertad y liberalismo	372
12. ¿Qué derechos tenemos?	380
13. ¿Pueden ser controvertibles los derechos? . . .	396
Apéndice: Réplica a los críticos	412
Notas	497

Impreso en el mes de diciembre de 1989
en Talleres Gráficos HUROPE, S. A.
Recaredo, 2
08005 Barcelona

Ronald Dworkin es actualmente el sucesor de Hart en su cátedra de la Universidad de Oxford y uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona. El libro que se presenta a los lectores de habla castellana está formado por un conjunto de artículos escritos en la última década.

Crítico implacable y puntilloso de las escuelas positivistas y utilitaristas, Dworkin —basándose en la filosofía de Rawls y en los principios del liberalismo individualista— pretende construir una teoría general del derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico. En este sentido Dworkin es el *antiBentham* en tanto considera que una teoría general del derecho no debe separar la ciencia descriptiva del derecho de la política jurídica. Por otra parte —y también frente a Bentham que consideraba que la idea de los derechos naturales era un disparate en zancos— propone una teoría basada en los derechos individuales, lo cual significa que sin derechos individuales no existe «el Derecho».

La obra de Dworkin ha originado una polémica muy importante que ha trascendido más allá de los círculos académicos. Las tesis de Dworkin han tenido más detractores que seguidores. Un lector imparcial se encontrará con la paradoja de que sus críticos le hayan dedicado tanta atención y, sin embargo —si se atiende al contenido de sus críticas—, sostengan que no merece la pena tomárselo en serio. Es muy posible que la paradoja sea más aparente que real porque la filosofía jurídica de Dworkin constituye un punto de partida interesante para la crítica del positivismo jurídico y de la filosofía utilitarista. Por otra parte pretende fundamentar la filosofía política liberal sobre unas bases más sólidas, progresistas e igualitarias. Todo ello explica el impacto de su obra en el marco de la filosofía jurídica actual.

ARIEL DERECHO

930404-8



9 788434 415089