

# EL IMPERIO DE LA JUSTICIA

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

**Ronald Dworkin**

gedisa  
editorial

# 1. ¿Qué es el derecho?

## ¿Por qué importa?

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

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

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

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

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

## Desacuerdo sobre el derecho

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## La perspectiva del hecho evidente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Una objeción inicial

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

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

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

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

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

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

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

## El mundo real

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

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

### *El caso Elmer*

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

#### *El caso del snail darter\**

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

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

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

\* Variedad de perca norteamericana.

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

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

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

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

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

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

#### McLoughlin

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### *Brown*

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

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

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

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

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

## Teorías semánticas del derecho

### *Propuestas y fundamentos del derecho*

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

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

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

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

### *El positivismo legal*

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

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

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

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

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



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

#### *Otras teorías semánticas*

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

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

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

#### *En defensa del positivismo*

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

## El verdadero debate sobre las teorías semánticas

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

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

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