

ARIEL DERECHO

RONALD DWORKIN

**LOS DERECHOS
EN SERIO**



UNIVERSIDAD DE CHILE



3560 100429 1229

**EDITORIAL ARIEL, S. A.
BARCELONA**

1. / 30026.

340.112
D993d
1989
2a. ed.
33

LOS CASOS DIFÍCILES

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

2. LA TESIS DE LOS DERECHOS

A. Principios y directrices políticas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. *Los principios y la democracia.*

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

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

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

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

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

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

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

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

C. *La jurisprudencia*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. Tres problemas

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

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

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

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

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

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

3. DERECHOS Y OBJECIONES

A. Tipos de derechos

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

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

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

Comienzo con la idea de una finalidad política como justificación política genérica. Una teoría política toma, cierto estado de cosas como finalidad política si, para esa teoría, dicho estado de cosas cuenta en favor de cualquier decisión política que pueda promoverlo o protegerlo, y en contra de una decisión que demore o ponga en peligro su establecimiento. Un derecho político es una finalidad política individualizada. Un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso o libertad si [tal cosa] tiende a favorecer una decisión política [en virtud de la cual] resultará favorecido o protegido el estado de cosas que le permita disfrutar del derecho, aun cuando con esa decisión política no se sirva a ningún otro objetivo político, e incluso cuando se lo perjudique; y si cuenta en contra de tal decisión, aun cuando con ella se sirva algún otro objetivo político, el que retrase o ponga en peligro ese estado de cosas.⁵ Un objetivo es una finalidad política no individualizada, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa o recurso o libertad en particular para individuos determinados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Principios y utilidad

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

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

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

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

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

5. LOS DERECHOS LEGALES

A. La legislación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Es, pues, válida? Es posible que, personalmente, Hércules desprecie el matrimonio celestial o que abomine de la corrupción de menores o celebre que los hijos obedezcan a sus padres. Sin embargo, el muchacho tiene derecho a su libertad, a menos que la ley, adecuadamente entendida, le prive de tal derecho; es incoherente con cualquier teoría plausible de la constitución que los jueces tengan el poder de establecer retroactivamente que una conducta es delictiva. ¿Lo priva la ley de ese derecho? Hércules debe empezar por preguntar por qué una ley, la que fuere, tiene el poder de alterar los derechos. Hallará la respuesta en su teoría constitucional, que puede estipular, por ejemplo, que un parlamento elegido democráticamente es el órgano adecuado para tomar decisiones colectivas referentes a qué comportamientos serán considerados delictivos. Pero esa misma teoría constitucional impondrá ciertas responsabilidades al legislador: no sólo impondrá restricciones que reflejan los derechos individuales, sino también algún deber general de procurar los objetivos colectivos que definen el bienestar público. Ese hecho representa para Hércules un criterio útil en este caso difícil. Nuestro abogado podría preguntar qué interpretación vincula de manera más satisfactoria el lenguaje que usó el legislador con las responsabilidades constitucionales de éste. Es como la pregunta del árbitro sobre el carácter del juego. No requiere la construcción de una hipótesis sobre el estado mental de los legisladores en cuanto individuos, sino la de una teoría política especial que justifique esa ley, a la luz de las responsabilidades más generales de los legisladores, mejor que cualquier teoría alternativa.²

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

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

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

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

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

B. El derecho consuetudinario

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

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

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

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

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

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

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

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

6. OBJECIONES POLÍTICAS

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

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

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

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

En ocasiones, como razón de su decisión, un funcionario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5

LOS CASOS CONSTITUCIONALES

1

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

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