

punto de predisponerlo a aceptar un pequeño alivio en vez de exigir plena igualdad. La evaluación distante está en el corazón de la imaginación literaria del espectador juicioso. Pero ello no significa que deba ignorar o negarse a reconocer sufrimientos y desigualdades que forman parte de la historia. La neutralidad literaria, como la luz del sol de Whitman, como la lectura de una novela, se acerca a la gente y a sus experiencias reales. Así puede ser justa y realizar correctamente su propia evaluación distante.

El igualador de su época y su tierra

Whitman llama "igualador" a su poeta-juez. ¿Qué quiere decir con ello? ¿Por qué la imaginación literaria estaría más asociada con la igualdad que con la desigualdad, o con ideales democráticos más que aristocráticos? ¿Por qué el sol de la visión judicial siente especial interés en la "criatura indefensa"?

Cuando leemos *Tiempos difíciles* como participantes compasivos, nuestra atención no se distribuye parejamente entre todos los componentes de la obra. Como los sufrimientos y angustias de los personajes constituyen vínculos centrales entre el lector y la obra, nuestra atención se dirige especialmente a los personajes que sufren y temen. Los personajes que no temen ninguna adversidad no nos atrapan como lectores; no hay dramatismo en una vida donde las cosas andan sin problemas. La sensibilidad trágica induce al lector a entrometerse, con una aguda combinación de identificación y piedad, en aquellas vidas donde las circunstancias han contribuido a crear obstáculos. Por supuesto que a veces las circunstancias calamitosas son necesarias e inevitables. Mueren seres amados, desastres naturales destruyen bienes y ciudades. Con frecuencia, sin embargo, la tragedia que nos conmueve es innecesaria. No todas las guerras son inevitables, ni lo son el hambre, la pobreza y las condiciones laborales opresivas. Cuando leemos una novela como *Tiempos difíciles* con la idea de que nosotros mismos podríamos estar en la situación de un personaje —pues nuestras emociones se basan parcialmente en esta identificación empática—, tendemos a preocuparnos más por la

suerte de quienes se encuentran en peor posición, y comenzamos a pensar en modos que podrían haber cambiado esa posición o que podrían mejorarla.

Una de las razones por las que la situación de los pobres o los oprimidos resulta especialmente oprobiosa es el hecho de que pudo haberse evitado. Lo vemos claramente cuando comparamos dicha situación con la de los ricos y prósperos. De este modo, nuestro pensamiento se orienta naturalmente hacia la meta de lograr que la suerte de los desamparados sea más similar a la suerte de los ricos y los poderosos; como nosotros podríamos ser cualquiera de esas personas, o convertirnos en ellas, queremos elevar el nivel general. Tal vez no se logre llegar a una plena igualdad (trátese de recursos, bienestar o capacidad de funcionamiento), pero por lo menos el pensamiento político adopta un rumbo tendiente a mitigar las persistentes desigualdades y brindar a todos un mínimo decoroso. Desde luego, podemos tener estos pensamientos sin ser "poetas". Pero, a mi entender, lo que Whitman señala es que la capacidad de imaginar vívidamente —y luego de evaluar judicialmente— el dolor de otra persona, de participar en él y preguntar por su significación, es un modo poderoso de aprender acerca de la realidad humana y de adquirir una motivación para modificarla. Si no podemos imaginar cómo se siente ser Stephen Blackpool, resulta muy fácil desear su situación, como lo hace Boudier al describir a los obreros como seres torpes e insensibles. Del mismo modo, y por tomar un caso que figurará en la próxima sección, si no podemos imaginar lo que sufren las mujeres a causa del acoso sexual en el trabajo no podremos sentir nítidamente que esa ofensa constituye una grave infracción social que la ley debería remediar. En ninguno de ambos casos el espectador juicioso se detiene en la experiencia del dolor de la otra persona. Es cierto que debemos preguntarnos, en cuanto espectadores, si ese dolor es apropiado para su objeto, si ese dolor, furor o temor es el que sentiría una persona razonable en esas circunstancias. Pero la percepción de lo que se experimentó es un paso crucial en el camino, sin el cual toda evaluación del espectador errará el rumbo.

El juez literario es también un igualador en un sentido que está muy emparentado con el anterior. He sostenido que la experiencia de la lectura de novelas induce a contemplar cada vida

como individual y singular. Este modo de ver las cosas es muy relevante para las cuestiones de bienestar que acabo de mencionar. La buena fortuna de *Bounderby* no compensa la miseria de Stephen. Pero también hay otra clase de relevancia. El odio y la opresión colectiva a menudo nacen de la incapacidad para individualizar. El racismo, el sexismo y muchas otras formas de prejuicio pernicioso se basan con frecuencia en la atribución de características negativas a todo un grupo. A veces —como en el caso de la descripción nazi de los judíos o el de gran parte del racismo estadounidense “pensante”—, se llega al extremo de presentar al grupo como totalmente subhumano, como alimañas, insectos, incluso “parásitos”, una actitud que no puede sobrevivir al conocimiento individual de uno o varios miembros de ese grupo. Ello no significa que en el contacto con un individuo no podamos hallar maneras de deshumanizarlo con el pensamiento, pero sí que el retrato deshumanizador es insostenible, al menos por un tiempo, cuando uno logra extender al individuo la actitud literaria de la imaginación compasiva.¹¹⁷ Hay un momento memorable en la película *La lista de Schindler*, en el que el comandante del campo de concentración alemán sostiene la barbita de su criada judía mientras ella lo mira aterrada y semidesnuda, y pregunta, desgarrado entre el dogma y el deseo: “¿Es ésta la cara de una rata?”

La comprensión literaria, pues, promueve hábitos mentales que conducen a la igualdad social en la medida en que contribuyen al [desmantelamiento de los estereotipos en que se basa el odio colectivo.] Para este propósito, en principio, toda obra literaria que posea las características que he comentado en el capítulo 1 sería valiosa: al leer a Dickens adquirimos hábitos de “fantasía” que luego podemos aplicar a otros grupos, aunque los mismos no estén retratados en las novelas que hemos leído. Pero también es muy valioso extender esta comprensión literaria buscando experiencias literarias donde nos identifiquemos compasivamente con miembros individuales de grupos marginados u oprimidos de nuestra sociedad, aprendiendo por un tiempo a ver el mundo a través de sus ojos y reflexionando como espectadores sobre el sentido de lo que hemos visto. Si uno de los aportes significativos de la novela a la racionalidad pública es su descripción de la interacción entre aspiraciones humanas comunes y circunstan-

cias sociales concretas, parece razonable buscar novelas que describan las circunstancias específicas de grupos con los cuales vivimos y que deseamos comprender, cultivando el hábito de ver el logro o la frustración de sus aspiraciones y deseos dentro de un mundo social que se puede caracterizar por desigualdades institucionales.

Una de esas novelas es *Native Son*, de Richard Wright. Cuando enseñé esta novela a un grupo de estudiantes mayoritariamente blancos, en el mismo lugar donde está ambientada la novela, debimos reconocer que la mayoría de nosotros nos hallábamos en la situación del personaje de Mary Dalton, bien intencionada pero muy ignorante y carente de compasión, deseosa de saber cómo se vivía del otro lado de “la frontera”, pero sin la capacidad o la voluntad de concretar ese deseo. La experiencia de leer y comentar la novela al menos permite a los lectores blancos ser conscientes de su ignorancia e introducir hábitos de “fantasía” que resultan cruciales si deseamos deliberar seriamente sobre el tema racial.

La novela de Wright es “igualadora” en los dos sentidos que he mencionado: llama la atención sobre la miseria y nos acerca al individuo. Desde el principio vemos el mundo a través de los ojos de una persona en particular, que sufre desventajas abrumadoras. Entramos en un sórdido inquilinato, donde Bigger Thomas vive con su madre y sus hermanos. “La luz que inundaba la habitación mostraba a un niño negro, de pie en un angosto espacio entre dos camastros de hierro.”¹¹⁸ Bigger, visto a la luz del sol —una imagen que evoca asombrosamente el sol “lamiendo una criatura indefensa” de Whitman—, ya está en prisión. Como la rata que pronto mata, está atrapado en una situación de desamparo. Vemos cuánto cuesta tratar de mantener la autoestima y el orden cuando no tenemos intimidad para cambiarnos de ropa, cuando nuestra patética “conspiración contra el pudor” puede ser interrumpida en cualquier momento por una rata que corretea por el piso. Vemos que la rata, arrinconada, contraataca fieramente y ello nos da una imagen de la relación de Bigger con el mundo que lo rodea. En suma, al presenciar el mundo por los ojos de Bigger, como testigos, vemos que sus esperanzas y temores, sus deseos sexuales, su percepción de sí mismo, están condicionados por la sordidez en que vive.

No sólo sordidez. La fuerza predominante en la autoimagen de Bigger y en su vida emocional es la desigualdad racial y el odio. Se percibe a sí mismo en imágenes tomadas de la denigración de los blancos, se define como indigno porque lo han definido así. Y, como la rata, contraataca, valiéndose de la violencia para escapar del desamparo y la vergüenza. La novela evita suscitar una compasión fácil que diría, a pesar de las diferencias de circunstancias, que todos somos hermanos bajo la piel. Al lector blanco le cuesta identificarse con Bigger; no sólo sus circunstancias externas, sino también sus emociones y deseos, son producto de factores sociales e históricos. Pero debajo de la compasión fácil yace la posibilidad de una comprensión más profunda, una que dice: He aquí un ser humano que lo tiene todo para llevar una vida productiva; no sólo las circunstancias externas sino también el furor, el temor y el deseo están distorsionados por el odio racial y por su expresión institucional. La diferencia que impide la identificación se convierte en objeto principal de nuestro interés.

Aquí la experiencia del lector muestra claramente el papel que desempeña la empatía en la actividad del espectador juicioso. No podemos seguir la novela sin tratar de ver el mundo a través de los ojos de Bigger. Al hacerlo asumimos hasta cierto punto sus emociones de furia y vergüenza. Por otra parte, también somos espectadores. Como espectadores reconocemos que algunas de sus emociones no son apropiadas para su objeto, como su vergüenza ante su color de piel, su trágica combinación de añoranza y temor por la familia blanca. Dichas emociones son absolutamente plausibles en su situación, pero la novela muestra su cruel y arbitrario fundamento social. Como espectadores, ellos nos induce a sentir una nueva gama de emociones: una profunda piedad ante el trance de Bigger, pero también indignación ante las estructuras racistas que lo han hecho como es.

"En ese momento supo que nunca podría decir por qué había matado. No porque no quisiera contarlo, sino porque al contar lo habría tenido que explicar su vida entera." Como "espectador juicioso" de la historia de Bigger, el lector —a diferencia de casi todos los personajes— asiste a la explicación de toda su vida y llega a comprender la génesis de su carácter violento. La novela sugiere que esta comprensión es esencial para la justa determinación del crimen y el castigo de Bigger. Así, adopta la posición

que he comentado en el capítulo 3 en relación con la deliberación de los jurados: es preciso ver al delincuente como a un individuo con una historia propia. Esta postura no determina ningún desenlace particular aunque, como sugieren *Woodson* y *California contra Brown*, a menudo se asocia con la misericordia en la sentencia. Los jurados y jueces deben tomar en cuenta gran cantidad de elementos, muchos de ellos de carácter técnico. Los conreñimientos propios del ideal del espectador juicioso deben acatar además los requerimientos legales específicos. Pero, aun- que el lector juzgue culpable a Bigger (y su grado de culpabilidad es ciertamente discutible), siendo todo lo demás igual, quizás se incline a la misericordia al imponer el castigo, viendo en qué medida su carácter es producto de circunstancias creadas por otros.¹¹⁹

Lo que muestra la narración, sin embargo, es que el mundo donde realmente vive Bigger Thomas —con sus barreras institucionales y legales a la movilidad social, con su alienación racial y el mutuo odio y temor—, este mundo, a diferencia del de la lectura, impide la individualización empática propia del lector de novelas cuando hay diferencias raciales de por medio. Ni Bigger ni los personajes blancos pueden ver a los miembros de la otra raza como individuos con una historia propia que contar. La marca racial de los individuos eclipsa la identidad personal. Para Bigger, los blancos son una "montaña de odio". No puede verlos por separado, y por cierto la perspectiva de una relación individual con Mary Dalton le despierta tanto miedo, vergüenza y resentimiento, que llega al borde de la violación y luego del homicidio. Mary Dalton intenta hacerse amiga de Bigger como individuo, pero de una manera torpe y desatinada, pues su percepción de él como individuo está habitualmente oscurecida por los estereotipos; para ella, Bigger representa apenas algo más que un medio para rebelarse contra sus padres. Resulta dudoso que hubiera sido posible una relación más personal, salvo en circunstancias muy insólitas. El legado de racismo derrota el juicio literario, y con él la esperanza de amistad y camaradería constructiva. En este sentido, *Native Son*, como la novela de Dickens, habla de sí misma y se recomienda a sí misma. Su más enérgica acusación contra la sociedad norteamericana es que ni siquiera puede encontrar sus propios modos de percepción.

La novela es célebre por los alegatos del abogado de Bigger, quien, siguiendo a Fanon, ve la violencia como una reacción inevitable contra la opresión y tal vez como una forma valiosa de autoafirmación. Pero la novela no termina en este tono, y nos muestra que el abogado es tan sordo a la historia personal de Bigger como muchos otros personajes blancos. La novela finaliza con el logro de la comprensión y la amistad. Durante su larga estancia en prisión, Bigger —conmovido por el valor y la decencia de Jan, un joven comunista que tiene muchos motivos para odiarlo, pero que es el único que parece escucharlo como persona— comienza a pensar como lector de novelas. Es decir, comienza a pensar en la profunda similitud de objetivos e inseguridades humanas que puede existir en ambos lados de la barrera racial, aunque oculta por la distorsión social del carácter y el deseo. Al final, en una repentina epifanía, es capaz de ver esta humanidad común:

Se preguntó si era posible que a fin de cuentas todos en el mundo sintieran igual. ¿Los que lo odiaban tenían dentro de sí lo mismo que Max había visto en él, lo mismo que había inducido a Max a hacerle esas preguntas? ¿Y qué motivo podía tener Max para ayudarlo? ¿Por qué Max se arriesgaría a enfrentar esa marejada de odio blanco para ayudarlo? Por primera vez en su vida había alcanzado una cima de sentimientos desde la cual podía otear para ver vagas relaciones con las que nunca había soñado. Si esa blanca y tonante montaña de odio no era una montaña, sino gente, gente como él y como Jan, entonces enfrentaba una gran esperanza que él jamás había concebido, y una desesperación cuyas honduras no se atrevía a concebir (...) Se paró en medio de la celda y trató de verse a sí mismo en relación con otros hombres, algo que siempre había temido hacer, tan profundamente manchada estaba su mente por el odio que otros le tenían.

El odio racial es una mancha y una peste que impide ver a los demás como seres individuales con quienes se comparte una humanidad común. (Estas dos percepciones están asociadas, porque ver a los demás como plena e igualmente humanos supone

verlos como individuos con sus propias historias que contar.) Ver a los blancos como personas, no como una tonante montaña de odio, es el principio de la esperanza. Pero, en las circunstancias de Bigger, pronto a enfrentar la muerte, también causa desesperación, pues él descubre que existe una vida humana real y una comunidad humana justo cuando sabe que está a punto de perderlo todo. La desesperación también incluye el conocimiento de que las fuerzas que lo han condenado siguen intactas, que la esperanza no se puede concretar ahora para nadie, que se requerirán vastos cambios institucionales y sociales que él ni puede imaginar para que la esperanza sea una realidad para los demás. Sus últimas palabras son "Dile hola a Jan", antes de su "Adiós". "Oyó la vibración del acero contra el acero cuando cerraron la puerta con estrépito".

Atrapando al lector en esta tragedia de opresión social, la novela construye un lector que es un juez cauteloso y neutro de Bigger Thomas, pero un juez cuya neutralidad es diferente de la de Wechsler y está mucho más cerca de Whitman, si bien, a diferencia de Whitman, está limitado por requerimientos institucionales propios de la función judicial. El estigma del odio racial y la vergüenza surge como una deformación fundamental de la personalidad y la comunidad humanas, y la lectura de la novela exige la igualdad política y social como condición necesaria de la humanidad plena para los ciudadanos de ambos lados de "la frontera".

Para demostrar que la asociación entre el espectador literario y la preocupación por la igualdad no es un fenómeno aislado, introduciré otro ejemplo, que se refiere a uno de los problemas de igualdad más urgentes de nuestros tiempos. E. M. Forster escribió *Maurice* en 1913-14, pero la novela sólo se publicó en 1971. No se pudo publicar antes, nos cuenta el autor, porque trata de dos amantes homosexuales con un final feliz. "La clave es la felicidad (...) Si hubiera tenido un final infeliz, con un joven colgado de una cuerda o un pacto suicida, todo estaría bien, pues no hay pornografía ni seducción de menores. Pero los amantes se salen con la suya y, en consecuencia, hacen apología del delito."²⁰

igualdad al permitirles ver a Maurice como alguien que ellos o sus seres queridos podrían ser.

Juicio poético

La tesis de este libro está bien sintetizada en la cita de la audiencia de confirmación de Stephen Breyer que uso como epígrafe de este capítulo. La capacidad para ver la vida de la gente a la manera del novelista, arguye Breyer, es parte importante de la preparación de un juez. Obviamente no es el todo, ni siquiera el eje, pero aun así es vital. Dicha afirmación cobra mayor relieve por venir de un juez que dista de ser un sentimental, es dueño de una gran destreza técnica y en todo caso es considerado más intelectual que emocional. Aun un juez tan poco propenso al sentimentalismo, pues, concede que la lectura de novelas es relevante para la imaginación judicial. Mi enfoque —como, a mi entender, el enfoque que Breyer bosqueja en su declaración— enfatiza la necesidad de dominio técnico tanto como de sentimiento e imaginación, e insiste también en que los segundos deben estar continuamente informados y contenidos por el primero.

Para seguir adelante necesitamos ejemplos de sentencias judiciales que manifesten o no las virtudes del juez literario. He escogido dos ejemplos positivos y uno negativo.

Hudson contra Palmer, Corte Suprema de los Estados Unidos, 1984.
[Dictamen del juez Stevens, en disidencia]

Esta causa fue iniciada por Palmer, un convicto que cumplía una sentencia por falsificación, incendio premeditado y asalto de bancos, contra Hudson, un agente de policía que había realizado una violenta inspección de su celda.¹²¹ Palmer afirmaba que la inspección no tenía más finalidad que la de acosarlo o humillarlo.¹²² Aunque Hudson sostenía que buscaba contrabando, destruyó intencionalmente efectos personales legítimos de Palmer,

como fotografías y cartas. Palmer afirmó que esa destrucción de bienes violaba su derecho, otorgado por la Cuarta Enmienda, contra inspecciones y confiscaciones indebidas, y que la privación no autorizada de propiedad atentaba contra los procedimientos legítimos que exige la Decimocuarta Enmienda.* En un dictamen redactado por el presidente del tribunal supremo, Burger, la mayoría sostuvo que un convicto en prisión no tiene “una razonable expectativa de intimidad en su celda que le garantice la protección de la Cuarta Enmienda contra inspecciones y confiscaciones indebidas” (398), y que por tanto aun la modesta notificación de que las inspecciones aleatorias deben respetar ciertos lineamientos establecidos (como sostiene la Cámara de Apelaciones) restringe excesivamente la autoridad carcelaria: “El reconocimiento de los derechos de privacidad a los prisioneros en sus celdas no se puede conciliar con el concepto de encarcelamiento y las necesidades y objetivos de las instituciones penales” (403). En cuanto a la destrucción deliberada de bienes, no atenta contra el procedimiento legal porque el estado provee “una significativa compensación” (406).

El juez Stevens (junto con los jueces Brennan, Marshall y Blackmun) consiente en parte y disiente en parte. Los disidentes están de acuerdo en lo concerniente al procedimiento legal, pero sostienen que el razonamiento de la Corte acerca de la Cuarta Enmienda contiene “graves defectos” e “incoherencias internas” (412-413). Es incoherente porque la Corte concede la posibilidad de inspecciones maliciosas y acoso intencional de los reos, diciendo que ello “no puede ser tolerado por una sociedad civilizada” (413, citando 404), pero sostiene que “por maliciosas, destructivas o arbitrarias que sean una inspección de la celda y una confiscación, no pueden constituir una invasión indebida de ninguna privacidad o interés posesorio que la sociedad esté dispuesta a reconocer como razonable”. Los disidentes exponen las implicaciones de esta incoherencia:

Medidos por las condiciones que prevalecen en una sociedad libre, las posesiones y el leve residuo de privacidad de que dispone un reo en su celda tienen apenas un valor mínimo. Desde el punto de vista del prisionero, sin embargo, ese trivial residuo puede marcar la diferencia entre la esclavitud y

la humanidad (...) Las cartas personales, las fotos de familiares, un recuerdo, un mazo de naipes, un juego, tal vez un diario o un manual para iniciarse en un nuevo oficio, incluso una Biblia, hay diversos artículos baratos que pueden permitir al reo mantenerse en contacto con una parte de su pasado y encarar la posibilidad de un futuro mejor. ¿Todos estos artículos quedan sujetos a una inspección, confiscación o mutilación irrestrictos por parte de un guardia posiblemente hostil?" (413).

Ahora Stevens continúa con un argumento legal. Primero distingue entre el interés de Palmer por sus bienes y su interés posesorio.¹²³ Aunque no admite la conclusión general de la Corte de que un prisionero no puede tener ninguna expectativa de privacidad en sus papeles o efectos, está dispuesto a aceptarlo en aras de la argumentación. Luego arguye que la Cuarta Enmienda protege el interés posesorio de Palmer en la propiedad, citando definiciones de "inspección" y "confiscación" en casos anteriores. Señala que la posesión del material destruido era totalmente legítima según la ley estatal, y por lo tanto la Corte se equivoca al llegar a la conclusión de que no podía tener intereses posesorios legítimos en cuanto prisionero. Puntualiza que, en su tratamiento del reclamo de Palmer por cuestiones de procedimiento, la Corte misma concede que el material destruido era "propiedad" que entraba dentro de la cláusula de procedimiento legal, y ello supone que el reclamo de Palmer sobre el material está encuadrado dentro de la legitimidad (415-416).¹²⁴

Los actos de Hudson, pues, constituyeron una "confiscación". ¿Era la confiscación "indebida"? Este problema sólo se puede resolver "sopesando la violación de garantías constitucionales contra los intereses institucionales que justifican esa conducta controvertida" (417). Stevens arguye que no hay justificación penal legítima para la apropiación de bienes. No se alega que la propiedad fuera contrabando o planteara un riesgo para la seguridad institucional. Hudson ya la había examinado antes de tomarla y destruirla. No se ha sugerido ningún motivo para esa conducta, salvo el despecho. Como la Corte misma ha reconocido que el acoso intencional de los prisioneros no se puede tolerar en una sociedad civilizada, la apropiación resulta indebida

aun a ojos de la Corte. Si ahora argumentáramos que los objetivos institucionales legítimos pesan más que los intereses de Palmer, no resultaría un argumento contundente: "Privar a los convictos de todo residuo de privacidad o derechos posesorios es lisa y llanamente *contrario* a los fines institucionales. Los sociólogos reconocen que los reos privados de todo sentido de la individualidad pierden el respeto por sí mismos y por los demás y en consecuencia son más proclives a la violencia hacia sí mismos o los demás" (420). Aunque Stevens cita varios estudios recientes que respaldan esta conclusión, en última instancia el argumento de que lo institucional debe pesar más que los derechos de Palmer no requiere dichas pruebas sociológicas para ser refutado. Queda refutado por el hecho de que las normas carcelarias permitían a Palmer la posesión de su propiedad. No pue-
larías necesidad institucional de apropiación o destrucción de artículos que las reglas mismas definen como no contrabando: "Otorgar menos protección a los prisioneros equivale a declarar que no tienen derecho a ninguna medida de dignidad humana o individualidad; ni una foto, ni una carta, nada quedaría exento de la apropiación y destrucción arbitrarias, excepto las ropas reglamentarias. Pero éste es el punto de vista que ha adoptado la Corte. Declara que los reos son poco menos que bienes muebles, una perspectiva que yo creía superada tiempo atrás por la sociedad" (428).

Stevens termina con algunas reflexiones más generales. Citando un caso de 1974 en el cual se aseveró que los reos no están del todo privados de las garantías constitucionales, insiste en que tradicionalmente los tribunales tienen un deber especial de proteger los derechos de los desvalidos y los marginados de cara a los reclamos más practicables:

Los tribunales, por cierto, tienen la obligación especial de proteger los derechos de los prisioneros. Los prisioneros son los parias de la sociedad. Expulsados, despreciados y temidos, a menudo merecidamente, excluidos de la vista del público, los prisioneros constituyen una "minoría singular e insular". En este caso, la destrucción de la propiedad de Palmer fue una apropiación; el poder judicial tiene el deber constitucional de determinar si fue justificada o no (...)

Al decir al reo que ningún aspecto de su individualidad está amparado por las garantías constitucionales, ni siquiera la foto de un hijo o una carta de la esposa, la Corte rompe con una tradición ética que yo creía estaba consagrada para siempre en nuestra jurisprudencia (420).

En este dictamen mi mayor interés no se centra en los méritos de su argumentación constitucional, sino en la relevancia de lo que podríamos denominar los aspectos literarios de las consideraciones de Stevens en torno de Palmer. Describamos tales aspectos. El dictamen de Stevens no es emocional. Tampoco es retórico ni rebuscado, no es "literario" en el sentido de que nos impresione por su estilo. Sin embargo, parece encarnar algunos de los rasgos más importantes del "espectador juicioso" literario que he imaginado. Como Louisa Gradgrind frente a frente a la individualidad de un peón de Coketown, Stevens aborda la singularidad y la individualidad del reo Palmer e imagina la significación de artículos triviales tales como cartas y fotos para su humanidad y su esperanza de una vida mejor. En vez de tratar al prisionero como un mero cuerpo que se debe manejar según normas institucionales, lo trata como un ciudadano que goza de derechos y de una dignidad que suscita respeto. Puede entrar en la existencia de alguien a quien la sociedad teme y aborrece (con justicia), viendo los intereses y derechos del prisionero, y sus circunstancias especiales, sin compartir plenamente sus emociones y motivaciones. Mientras el dictamen de la mayoría no demostraba interés por imaginar el legítimo interés del prisionero en su propiedad, Stevens imagina este interés de una manera que reconoce la diferencia entre el prisionero y los demás ciudadanos, pero también reconoce las preocupaciones humanas que los unen, preocupación por la familia, por los recordatorios de su hogar, por el mejoramiento de sí mismo. Stevens obra como un espectador neutro e imparcial; se cuida de indicar que su razonamiento no es *ad hoc* ni busca un resultado político inmediato. Más aún, generaliza acerca de los reos, enfatizando el carácter representativo de este caso y así el carácter universal de su juicio. De esta manera su dictamen se vincula de modo estrecho, literariamente hablando, con las estrategias generalizadoras del antiguo coro trágico: uno podría compararlo con el retrato que

hace Sófocles del paria Filoctetes, con su pequeña caverna sin sol, su taza rudimentaria, la herida deformante que repugnaba a todos los ciudadanos normales.

¿En qué sentido estos "aspectos literarios" son relevantes para la causa? La mayoría sostenía que el interés institucional cobra precedencia sobre los reclamos del prisionero, y con esta argumentación perdía de vista la humanidad del reo, los intereses y derechos que lo unen a otros miembros de la sociedad que gozan de garantías constitucionales. Stevens describe estos intereses comunes como respaldando vívidamente su argumento de que Palmer tenía intereses posesorios legítimos, que éstos fueron invadidos, y que en este caso la búsqueda era "indebida". Podría haber recurrido al mismo argumento sin estos detalles precisos, pero ellos nos recuerdan de forma elocuente el concepto general de que los prisioneros son ciudadanos y tienen derechos, y que no los podemos tratar como meros medios. Nótese que el dictamen de la mayoría concuerda con estos sentimientos generales, insistiendo en que una sociedad civilizada no debe tolerar inspecciones maliciosas. Stevens presenta el caso con imágenes que infunden vida a estas ideas, una vida que faltaba en las reflexiones de la mayoría, y así aclara la hondura del problema de la coherencia.

Al mismo tiempo, los aspectos literarios del dictamen abordan la cuestión de la malicia de Hudson. Si podemos imaginar los artículos secuestrados en esta inspección —una fotografía, una carta—, e imaginar no sólo el hecho de que Palmer los poseía legítimamente sino el carácter del interés que él debía tener en esos frágiles signos de humanidad, podemos valorar con mayor intensidad la índole maliciosa de la intrusión del guardia, cuya destrucción de una fotografía no servía a ninguna finalidad institucional concebible salvo la intimidación y la humillación. La mayoría declara que el acoso intencional y las inspecciones maliciosas no se pueden tolerar en una sociedad civilizada. Al imaginar el caso con precisión, Stevens puede exponer con seguridad el argumento de que esta causa trata precisamente sobre eso. El juez Stevens podría haber expuesto su argumento sin los elementos que he llamado "literarios", pero tales elementos refuerzan su idea de que la inspección era indebida y constituía un acoso intencional y malicioso tal como el que la mayoría había juzgado intolerable.

La reflexión general con que concluye Stevens se basa en su modo de imaginar la dignidad y la humanidad del reo. Reflexiona que, en general, la Constitución se interpone entre los seres humanos y los procedimientos institucionales desmedidos, que las libertades amparadas por la Cuarta Enmienda son tan valiosas que están protegidas contra la intrusión institucional por principio constitucional. Esto no es una perogrullada. Es una comprensión del razonamiento constitucional que está totalmente reñida, por ejemplo, con el enfoque económico de Posner, de acuerdo con el cual estas libertades se convertirían en una cuestión relativa.¹²⁵ El mismo Posner ha concedido recientemente que las libertades amparadas por la Constitución no se pueden explicar del todo en su modelo económico.¹²⁶ El juez Stevens defiende el modo más tradicional de encarar las libertades; el caso se apoya en su capacidad para ver y describir el valor de las libertades en cuestión y su asociación con la individualidad humana.

Mary J. Carr contra la Allison Gas Turbine Division de la General Motors Corporation, Cámara de Apelaciones de Estados Unidos para el Séptimo Circuito 26 de julio de 1994
[Dictamen de Richard Posner]

Mary Carr fue la primera mujer que trabajó en el taller de hojalatería de la división de turbinas de gas de General Motors, en su planta de Indiana. Durante cinco años enfrentó el acoso sexual de sus compañeros de trabajo masculinos. Durante cuatro de esos cinco años se quejó en vano ante el supervisor. En 1989, decidió que la situación se había vuelto insostenible y renunció. Entabló una querrela contra General Motors, exigiendo pagos e indemnizaciones. El juez de distrito Larry J. McKinney falló a favor de General Motors, aceptando el argumento de que el presunto acoso se limitaba a insinuaciones sexuales comunes en el ámbito laboral y que General Motors no podía impedirlos. En la apelación, el tribunal falló a favor de Mary Carr.¹²⁷

El caso es relativamente inusitado, en el sentido de que el tribunal impugnó los datos aportados por el juez de distrito. En

el principio del dictamen, Posner señala que los abogados de Carr, temiendo que la pauta del error positivo hiciera improbable ese resultado, intentaron persuadir al tribunal de que había existido un error legal en el dictamen del tribunal de distrito. Posner no halló ningún error legal, pero sí halló errores en los datos. La pauta del error positivo "nos exige a los jueces de apelación que distingamos, por una parte, entre la situación en que creemos que, de haber sido los que examinábamos los datos, habríamos decidido la causa de otra manera y, por la otra, la situación en que estamos firmemente convencidos de que habríamos obrado así". De este modo, Posner anuncia desde el principio (refiriéndose a una pauta habitual) que su dictamen se basa en esta clase de convicción firme. Su explicación de los hechos ahora debe respaldar ese juicio.

En este caso, cuando hablamos de "hechos", debemos tener presente que se trata de meros "hechos" en el sentido de que son distintos de los valores y la evaluación. No hay disenso en cuanto a los episodios que sucedieron en el taller de hojalatería. Hay disenso en cuanto a su sentido humano: en qué medida eran intimidatorios, cuán adversos eran para el clima en que trabajaba Carr. Los hechos relevantes, pues, son hechos humanos de la clase que el juez literario está bien dotado para indagar. Posner enfrentaba dos preguntas: "si la demandante fue, a causa de su sexo, sometida a una conducta hostil, intimidatoria o degradante, verbal o no verbal, al extremo de afectar adversamente las condiciones en que trabajaba", y "si, en tal caso, la reacción o falta de reacción del demandado de cara a la conducta de sus empleados fue negligente" (1009). (Una tercera pregunta, planteada por el juez de distrito, "si era un acoso indeseado", es desechada por Posner como inexistente: "Un 'acoso sexual deseado' es un oxímoro" [1008]). Entendemos que la resolución de estas interrogantes acerca de los "hechos" requiere de una buena dosis de "fantasía". Nótese que la relevancia de estas preguntas está dictada por el Título VII y no por la imaginación febril de Posner.* Si no hubiera existido una ley que lo autorizara a indagar datos humanos de esta índole, no habría tenido fundamento para nada de lo que sigue. Por otra parte, el Título VII, tal como está redactado, necesita claramente del suplemento del juez, que debe verificar los datos humanos de ese tipo.

• cia al abordar la cuestión de la intimidación y la hostilidad. Escribió: "Se debe tener en cuenta la asimetría de las posiciones".

Bowers contra Hardwick, Corte Suprema de los Estados Unidos, 1986.

[Dictámenes de los jueces White y Burger]

Tanto el caso como los dictámenes son famosos, así que resumiré más que en los otros casos.¹²⁹ Michael Hardwick estaba en un dormitorio de su apartamento practicando una felación a otro hombre; un agente de policía entró al apartamento para cumplir con una orden de arresto contra Hardwick por beber en público: arrestó a los dos hombres por infringir la ley de su estado contra la sodomía. Luego, ambos fueron liberados sin acusaciones. Hardwick entabló un pleito para invalidar la ley. La ley misma estaba formulada en términos de actos sexuales, y definía la sodomía como sexo oral o anal. Como sucede con muchos estatutos sobre la sodomía, la ofensa no se restringía a los homosexuales, y una pareja heterosexual, "John y Mary Doe", se sumó al pleito, aunque su causa no llegó a la Corte Suprema. El tribunal de distrito declaró que "no habían sufrido ni estaban en peligro inmediato de sufrir ningún perjuicio directo por la aplicación del estatuto". La Cámara de Apelaciones confirmó el dictamen del tribunal de distrito, desechando el reclamo de esa pareja por falta de mérito.¹³⁰ Así, el expediente virtualmente reconocía que el estatuto no se aplicaría a los heterosexuales.

Los dictámenes mayoritario y afirmativo de este caso se han criticado con frecuencia y desde muchos puntos de vista. Al evaluar los aspectos literarios de estos dictámenes, debemos tener claro que se trata ante todo de un problema de procedimiento, como de hecho se argumentó. Conviene preguntar, pues, en qué medida los aspectos de la imaginación literaria serían relevantes para presentar este caso o uno similar como un caso de protección igualitaria (una argumentación sugerida en el disenso del juez Blackmun, y en recientes trabajos judiciales sobre el tema).

El problema que la Corte debía resolver, puesto que el caso se presentaba como un problema de legitimidad del procedimiento, era si el presunto derecho a la sodomía homosexual con consenso

constituía un derecho de privacidad implícito en causas anteriores relacionadas con la Decimocuarta Enmienda. La Corte señala que la categoría de los derechos en cuestión se identifica con "aquellas libertades fundamentales que están implícitas en el concepto de libertad ordenada" [y aquellas que están] "profundamente arraigadas en la historia y las tradiciones de este país". Es importante señalar estas restricciones en el resultado y el razonamiento de la causa. Toda compasión o imaginación ejercida por cualquier dictamen será vana a menos que esclarezca la asociación entre este caso y ciertos precedentes relevantes, o nos ayude a decidir si hay concordancia entre esta causa y otras anteriores respecto de una o ambas descripciones generales.

En cuanto a los precedentes, el juez White reseña causas anteriores y encuentra que

ninguno de los derechos enunciados en esas causas guarda la menor semejanza con este presunto derecho constitucional de los homosexuales a participar en actos de sodomía que se menciona en esta causa. No se ha demostrado ninguna relación entre la familia, el matrimonio o la procreación, por una parte, y la actividad homosexual por la otra (...) más aún, toda pretensión de que estas causas representen la posición de que cualquier clase de conducta sexual privada entre adultos que la consienten esté constitucionalmente aislada de la prohibición estatal es insostenible (190-199).

Ello ciertamente ofrece una lectura plausible de las causas de privacidad. Es verdad que *Griswold* se centra en la decisión privada en el contexto de la relación marital, con referencia a las decisiones sobre maternidad. Aunque *Eisenstadt* extiende este derecho a los individuos solteros, y así reconoce un derecho de decisión privada para los individuos y no para las parejas, aún se centra en decisiones relacionadas con el acto de tener un hijo. Lo mismo sucede en *Roe contra Wade*. En *Eisenstadt* la mayoría sostiene que si "el derecho de privacidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a estar libre de una intrusión gubernamental indeseada en asuntos que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de engendrar o tener un hijo". Esta formulación sugiere que podría haber

• otros derechos fundamentales que afecten a la persona en este campo. Pero no se mencionan otros derechos, y como *Eisenstadt* era un caso de protección igualitaria, su argumentación central giró en torno a que los derechos de contraconcepción de las personas casadas pertenecen igualmente a las personas solteras. El paso que va de *Eisenstadt* y *Roe* al reconocimiento del derecho de los adultos a participar en la conducta sexual de su elección no es largo, pero debemos conceder que aún no se había dado.¹³¹

¿Cuál podría ser la relevancia de la imaginación literaria en la determinación de dar este paso? Lo que hallamos en las causas anteriores es una consideración del modo en que los derechos reconocidos brindan libertades de opción personal en cuestiones íntimas que afectan fundamentalmente a una persona. Dada la vaguedad del alcance de esta protección, cabe esperar que una inspección exhaustiva de la cuestión implícita en *Bowers* derive en una atenta consideración del carácter del derecho reclamado por Hardwick. El dictamen de la mayoría sostiene una alitiva distancia respecto de los datos de la situación de Michael Hardwick.¹³² El lenguaje distante ("el presunto derecho constitucional de los homosexuales a participar en actos de sodomía") expresa una negativa a pensar en el modo en que dicho tema afecta la personalidad de Hardwick, e incluso parece expresar una actitud sardónica acerca de la sugerencia de que dicho derecho merezca protección. El dictamen sugiere un marcado esfuerzo por mantener la historia humana a distancia, para no describir los hechos como si le hubieran sucedido a alguien que uno podría ser o conocer. Un examen más empático de la situación de alguien cuya conducta sexual es ilegal quizá no habría cambiado el juicio en cuanto a la lectura de los precedentes, pero habría alentado una reflexión cabal acerca de la cuestión del alcance del derecho a la intimidad, que no parece haberse dado aquí, por la rapidez con que se desechó la petición de Hardwick.

Incluso podemos notar que la relación de este caso con problemas fundamentales de la persona recibe menos comentarios de los que generó un caso mucho más trivial (por lo menos en el dictamen disidente). En *Kelley contra Johnson*, el problema residía en un reglamento del departamento de policía que limitaba la longitud del cabello de los agentes.¹³³ Ello ocasionó una sustancial deliberación (por parte de los disidentes) acerca de la rela-

ción entre la apariencia personal y la integridad y la identidad personal, y de todos ellos con el derecho a la intimidad. Sin duda el caso de Hardwick, además de su mayor apremio humano, estaba mucho más cerca de los precedentes e implicaba un derecho que estaba más plausiblemente relacionado con ellos.

Si pasamos a la siguiente pregunta, si el presunto derecho concuerda con una o ambas descripciones generales relevantes, de nuevo encontramos un enfoque distante y no narrativo, tanto en el dictamen de la mayoría como en el afirmativo. "La proscripción de esa conducta tiene antiguas raíces", escribe la mayoría, desechando la idea de que el derecho a cometer sodomía homosexual esté "implícito en el concepto de libertad ordenada" o "profundamente arraigado en la historia y tradiciones de este país". El dictamen afirmativo de Burger, presidente de la Corte, es aún más severo. Burger declara que "las decisiones individuales relacionadas con la conducta homosexual han estado sometidas a la intervención estatal en toda la historia de la civilización occidental". Señala que "Blackstone describió 'el nefasto delito contra natura, como una ofensa de 'malignidad más profunda' que la violación, un acto aborrecible 'cuya sola mención es una vergüenza para la naturaleza humana' y 'un crimen innombrable' (...). Sostener que el acto de sodomía homosexual está protegido como derecho fundamental sería desechar milenios de enseñanza moral". La severidad del lenguaje de Burger, así como su larga enumeración de condenas históricas, sirve para que la Corte y el lector se distancien aún más de la perspectiva y la historia de Michael Hardwick, un ser humano que procura vivir una vida plena y humana. Se nos insta a ver a Hardwick como un delincuente peligroso, similar al violador, y nada nos dice lo contrario en la exposición de los hechos.

Esta estrategia de distanciamiento se asocia con el hecho de que no hallamos en los dictámenes ninguna argumentación relacionada con la decisiva cuestión del nivel de generalidad. Es obvio que, descrito en un nivel específico como "derecho a cometer sodomía homosexual", aquel derecho no es tradicional, y que tradicionalmente no se ha considerado como implícito en el concepto de libertad ordenada. Por otra parte, si el derecho en cuestión se entendiera en forma general, como el derecho de determinar el rumbo de nuestra vida sexual siempre que no

• causemos daño a otros, al menos podría argumentarse que tal derecho quedó reconocido en varios casos anteriores, por ejemplo en los relacionados con el derecho a casarse con la persona de nuestra elección. Los disidentes argumentan así, asociando las leyes de sodomía con las leyes que prohibían el mestizaje: éste —descrito concretamente como “matrimonio con una persona de otra raza”, no como “matrimonio con la persona de nuestra elección”— no era por supuesto un derecho fundamental tradicionalmente reconocido, pero una descripción general lo habría implicado. Pero en este caso no se hace ningún intento por discutir este asunto vital, tan evidente le parece a la mayoría que el sexo homosexual no se relaciona con los intereses de la libertad en el campo de la sexualidad y el matrimonio. Se facilita esta elusión tratando al homosexual como un paria a quien siglos de historia coinciden en condenar. Si a Blackstone le parecía vergonzosa la sola mención de sus actos, es fácil justificar la negativa a inspeccionarlos con el pensamiento y la argumentación para elaborar adecuadamente su relación con otros actos.

¿Qué esperaríamos aquí de la imaginación literaria, y cuál podría ser su relevancia? Creo que podríamos esperar dos cosas lamentablemente ausentes en los dictámenes concordantes de la mayoría: una cuidadosa atención al contexto histórico y social, y un examen empático de la situación del homosexual en la sociedad estadounidense. La historia primero. Las afirmaciones históricas que se exponen en los dictámenes son imprecisas y en gran medida falsas. El estudio de la historia de las concepciones y prácticas sexuales es un campo floreciente en las humanidades y las ciencias sociales. Libros que no están fuera del alcance del lego han puesto en jaque esa imagen simplista de una historia de condenación en que se apoya la mayoría, en el caso de las tradiciones grecorromana, cristiana, judaica e inglesa.¹³⁴ El debate contemporáneo en las principales tradiciones religiosas y filosóficas del mundo es complejo, y no hay grupo importante donde no existan polémicas internas y efervescencia.¹³⁵ El juez literario tendría que “leer” el caso de Michael Hardwick en su pleno contexto histórico y social. Ello requiere de datos históricos veraces, si hemos de acudir a ellos.

El uso de datos históricos veraces puede afectar o no el resultado, pues aún se podría argumentar que el nivel de derecho en

el cual definir los derechos relevantes era el nivel más específico, y que las tradiciones legales angloamericanas todavía no tolerarían la clasificación del derecho en cuestión, definido específicamente como “implicito en el concepto de libertad ordenada” o “profundamente arraigado en la historia y tradiciones de este país”. Pero la comprensión del modo en que en otras épocas y lugares se han encarado conductas similares habría brindado un necesario fundamento para considerar la posible relevancia de un nivel de descripción más general. Este mismo proceso habría progresado bastante si se hubiera examinado empáticamente lo que había en juego para Hardwick. Dicho examen —del que hablamos un vívido ejemplo en el *Maurice de Forster*—, aunque no la zanjase, al menos habría planteado la cuestión de la relación entre este derecho y los derechos tradicionalmente protegidos de casarse y de controlar nuestras opciones reproductivas.

De esta manera el elemento literario habría contribuido a una deliberación más cabal acerca de ciertos aspectos del caso, aunque se haya presentado como una cuestión de debido proceso. Si se hubiera presentado como un caso de protección igualitaria, la relevancia de la imaginación habría sido aún más clara. El juez Blackmun, en disenso, reconoce que la causa tiene un importante aspecto de protección igualitaria y que se podría haber argumentado de esta manera. Cass Sunstein sostiene que esta vía habría sido preferible, puesto que según su visión la cláusula de legitimidad del procedimiento suele ser tradicionalista y conservadora, y la cláusula de protección igualitaria, progresista y reformista.¹³⁶ Como la decisión de *Bowers* ha bloqueado la vía de la legitimidad del procedimiento, también es importante señalar que todavía podrían dirimirse casos similares apelando a la protección igualitaria. El argumento de la protección igualitaria suele requerir consideraciones acerca de la historia de discriminación que ha padecido un grupo, así como sus circunstancias de impotencia política. Una consideración más detallada, empática y concreta habría contribuido a revelar una historia de discriminación que pusiera este caso en estrecha relación con otras historias de persecución de grupos marginados y despreciados.¹³⁷ De hecho, pareciera que esta clase de indagación no sólo es suficiente sino necesaria para la comprensión, pues sin ella resulta complicado establecer la importante distinción entre la situa-

*ción de Michael Hardwick y la de un criminal violento (el violador mencionado por Burger), cuyos actos son punibles por muy buenas razones. Para reflexionar bien sobre una argumentación de protección igualitaria es preciso distinguir entre la discriminación irracional y la condena de lo genuinamente peligroso. Ciertamente entendimiento de la historia del prejuicio contra los homosexuales en la sociedad estadounidense —combinado con algún conocimiento de las actitudes que han adoptado otras culturas y una comprensión compasiva de los objetivos e intenciones de los homosexuales reales— mostraría, a mi entender, que este grupo es más similar a las minorías raciales, las mujeres y las minorías nacionales que a los violadores y los abusadores de niños. Sería difícil obtener este resultado sin usar la imaginación o mientras se trate a los homosexuales con la distancia y la repugnancia que evidencia el dictamen concurrente de la mayoría.

Los problemas constitucionales relacionados con esta causa son muy complejos y controvertidos. Un juez que se pronuncia sobre ella está restringido en muchos sentidos por el texto, la historia y los precedentes. Sería tonto pretender que la imaginación literaria haga aquí todo el trabajo, e inadecuado recomendar que funcione fuera de las restricciones institucionales. Sin embargo, dentro de estas restricciones, puede aportar intuiciones que resultarían valiosas para una deliberación cabal.

¿La imaginación literaria establece una diferencia? No en todos los casos imaginables, obviamente. A veces los problemas legales indican con claridad una dirección, a veces los hechos son tan sencillos y poco controvertidos que la imaginación literaria no resulta importante. En todos los casos, la ley debe estar siempre presente, pues de lo contrario ningún juez puede hacer nada. El interés del juez Stevens por las fotos y cartas de Palmer no llegaría a ninguna parte sin el texto de la Constitución, sin una gama de precedentes específicos y sin la admisión por parte de la mayoría de que las inspecciones maliciosas son intolerables. El juez Posner no habría podido fallar a favor de Mary Carr sin una ley de derechos civiles, por mucho que aborreciera el acoso sexual. También los legisladores y los ciudadanos que los eligen deben ejercer la imaginación. Las notorias dificultades que rodean el

alcance y la existencia misma del derecho a la intimidad muestran cuánto cuesta a los jueces fallar de un modo innovador, incluso salvar lo que pareciera una laguna en el texto explícito de la Constitución; y, a pesar de esa historia de intervención judicial, no se determina un resultado claro en el caso de Hardwick. Los ciudadanos empáticos no deben confiar sólo en el poder judicial para exigir lo que consideren justo.

Pero, en estas tres causas —dos de las cuales implican cuestiones constitucionales controvertidas, y la tercera, un profundo desacuerdo en cuanto a la evaluación de los hechos—, el acto de imaginar en forma plena, precisa y minuciosa los datos humanos creó o pudo crear una diferencia en el resultado: en *Hudson*, al dar a Stevens un sentido de la importancia que tenía para Palmer el interés posesorio que Hudson había violado maliciosamente; en *Mary Carr*, al proponer a Posner un vívido sentido del acoso sufrido por Carr y de la inverosimilitud de la versión de General Motors; en *Bowers*, tal como se presentó, al dar al hipotético juez literario un sentido de la naturaleza fundamental de los derechos y libertades implícitos y de su relación con otras libertades fundamentales; en *Bowers*, visto como un caso de protección igualitaria, otorgando al juez una comprensión de las desventajas específicas que sufren los homosexuales masculinos y las lesbianas, de la historia de las leyes de sodomía como instrumentos de discriminación, del estigma social que recae sobre quienes son blanco de esas leyes.

En ninguno de estos casos sugiero que el razonamiento legal común, incluida la consideración de los precedentes, deba subordinarse a la sensiblería. El juez no es un legislador, y su imaginación debe conformarse a estrictas restricciones institucionales. En los dictámenes de *Carr* y *Hudson* los sentimientos de compasión e indignación que se expresan son valiosos precisamente porque se asocian con un cabal razonamiento legal de tipo tradicional y con una aprehensión sólida de los hechos. Pero en ambos casos podemos decir que el juez literario tiene una mejor comprensión de la totalidad de los hechos que el juez no literario. Sostengo, pues, que el juicio literario no es suficiente para juzgar bien y resultaría pernicioso si no estuviera restringido por otras virtudes puramente institucionales y judiciales pero, al margen de cualquier otra exigencia, en las circunstancias en que sea pertinente debemos reclamarlo.