

DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia" (traducción de Claudia Ferrari).
Barcelona: Gedisa. 1988. pp. 15- 71.

EL IMPERIO DE LA JUSTICIA

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

Ronald Dworkin

gedisa
editorial

1. ¿Qué es el derecho?

¿Por qué importa?

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

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

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

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

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

Desacuerdo sobre el derecho

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La perspectiva del hecho evidente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una objeción inicial

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

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

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

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

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

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

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

El mundo real

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

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

El caso Elmer

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*El caso del snail darter**

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

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

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

* Variedad de perca norteamericana.

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

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

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

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

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

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

McLoughlin

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Brown

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

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

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

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

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

Teorías semánticas del derecho

Propuestas y fundamentos del derecho

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

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

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

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

El positivismo legal

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

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

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

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

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

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

Otras teorías semánticas

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

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

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

En defensa del positivismo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El verdadero debate sobre las teorías semánticas

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

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

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

2. Conceptos interpretativos

El aguijón semántico

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

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

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

Un ejemplo imaginario

La actitud interpretativa

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

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

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

Cómo cambia la cortesía

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

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

Una primera mirada a la interpretación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La interpretación y la intención del autor

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

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

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

El arte y la naturaleza de la intención

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La intención y el valor del arte

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

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

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

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

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

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

Intenciones y prácticas

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

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

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

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

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

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

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

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

Etapas de la interpretación

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

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

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

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

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

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

Los filósofos de cortesía

Identidad institucional

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

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

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

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

Concepto y concepción

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

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

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

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

Paradigmas

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

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

Una digresión: la justicia

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

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

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

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

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

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

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

Escepticismo sobre la interpretación

Una objeción

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

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

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

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

Escepticismo interno y externo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Qué forma de escepticismo?

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

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

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

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

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

Conclusiones y programa

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

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

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

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