

crucial ese hecho que debe acomodarse de la misma manera que tratamos a otros eventos en nuestro pasado político.

El derecho como integridad entonces, comienza en el presente y continúa el pasado sólo en la forma que lo dicte su foco contemporáneo. Su objetivo no es recapturar, ni siquiera para la actual ley, los ideales o propósitos prácticos de los políticos que primero lo crearon. Su objetivo es más bien justificar lo que hicieron (a veces incluyendo, tal como lo veremos, aquello que dijeron) en una historia general que ahora valga la pena contar, una historia con un complejo reclamo: que la actual práctica puede ser organizada y justificada con principios lo suficientemente atractivos como para proporcionar un futuro honorable. El derecho como integridad deplora el mecanismo de la antigua opinión "la ley es la ley" y el cinismo del nuevo "realismo". Considera que ambas opciones se basan en la misma dicotomía falsa de hallar e inventar la ley. Cuando un juez declara que un principio en particular está imbuido en la ley, no está denunciando un reclamo ingenuo acerca de los motivos de los anteriores legisladores, un reclamo que un buen cinico puede rechazar con facilidad, sino una propuesta interpretativa: que el principio se ajusta y justifica como una parte compleja de la práctica legal, que proporciona un modo atractivo de ver, en la estructura de dicha práctica, la coherencia de principio que exige la integridad. El optimismo del derecho es en esa forma conceptual; los reclamos del derecho son endémicamente constructivos, en virtud del tipo de reclamos que constituyen. Este optimismo puede estar mal colocado: la práctica legal puede terminar cediendo a nada más que una interpretación profundamente escéptica. Pero eso no es inevitable sólo porque la historia de una comunidad sea de grandes cambios y conflictos. Una interpretación imaginativa puede ser construida sobre un terreno complicado desde el punto de vista moral e incluso ambiguo.

La cadena del derecho

La novela en cadena

En el Capítulo 2 declaré que la interpretación creativa adquiere su estructura formal de la idea de intención, no (al menos no necesariamente) porque apunte a descubrir los propósitos de cualquier persona o grupo histórico en particular sino porque intenta imponer un propósito al texto, dato o tradición que se esté interpretando. Dado que toda interpretación creativa comparte esta característica y tiene por lo tanto un aspecto o componente normativo, podemos sacar provecho de la comparación del derecho con otras formas u ocasiones de interpretación. Podemos comparar al juez que decide qué es la ley en una cuestión no sólo con los ciudadanos de cortesía que deciden qué requiere la tradición, sino con el crítico literario que despedaza las distintas dimensiones de valor en una obra o poema complejo.

Sin embargo, los jueces son autores, al igual que los críticos. Un juez que decide el caso *McLoughlin* o *Brown* aumenta la tradición que interpreta; los futuros jueces confrontan una nueva tradición que incluye lo que éste ha hecho. Por supuesto que la crítica literaria contribuye a las tradiciones del arte en las que

trabajan los autores; el carácter e importancia de dicha contribución son en sí cuestiones dentro de una teoría crítica. Pero la contribución de los jueces es más directa, y la distinción entre autor e intérprete, más una cuestión de distintos aspectos del mismo proceso. Podemos hallar una comparación aun más fructífera entre literatura y derecho al construir un género artificial de literatura que podríamos llamar la novela en cadena.

En este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible, y la complejidad de esta tarea muestra la complejidad de decidir un caso difícil bajo el derecho como integridad. Este proyecto literario imaginario es fantástico, pero no irreconocible. Algunas novelas han sido realmente escritas en esta forma, a pesar de que, por un propósito de prestigio, y algunos juegos de salón para los fines de semana lluviosos en las casas de campo inglesas, tienen algo de la misma estructura. Los melodramas de televisión abarcan décadas con los mismos personajes y una mínima continuidad de personalidad y argumento, a pesar de estar escritos por diferentes grupos de autores aun en diferentes semanas. Sin embargo, en nuestro ejemplo, se espera que los novelistas asuman la responsabilidad de continuidad con más seriedad; su objetivo es crear en conjunto una sola novela que sea la mejor novela posible. (1)

El objetivo de cada novelista es crear una sola novela a partir del material que le han dado, lo que él le agregue y (hasta donde pueda controlarlo) lo que querrán o podrán agregar sus sucesores. Debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varias manos diferentes. Esto requiere un juicio de su parte, o una serie de juicios generales a medida que escribe y vuelve a escribir. Debe tener una visión de la novela que se está formando, alguna teoría acerca de sus personajes, argumento, género, tema y objetivo para poder decidir qué poner a continuación y que lo que escriba no parezca una nueva novela. Si es un buen crítico, su opinión acerca de estas cuestiones será complicada y multifacética, porque el valor de una novela decente no puede capturarse desde una sola perspectiva. Tratará de hallar capas y corrientes de significado en lugar de un solo tema exhaustivo. Sin embargo, podemos dar una estructura, en nuestra forma habitual, a cualquier interpretación que adopte, al distinguir dos dimensiones sobre las que debe ser probada. La primera es la que hemos denominado la dimensión de concordancia. No puede adoptar cualquier interpretación, por compleja que sea, si cree que ningún autor que empieza a escribir una novela con las distintas lecturas de personajes, argumento, tema y objetivo que describe dicha interpretación pudo haber escrito en forma sustancial el texto que le han entregado. Eso no significa que su interpretación deba adaptarse a cada parte del texto. No queda inhabilitada sólo porque afirme que algunas líneas o trozos sean accidentales o que algunos sucesos del argumento sean erróneos porque van en contra de las ambiciones literarias que declara la interpretación. Sin embargo, la interpretación que elija debe fluir a través del texto; debe poseer algún poder explicativo general, y es defectuosa si deja sin explicación algún aspecto estructural importante del texto, un argumento secundario que tenga gran importancia dra-

mática o una metáfora dominante y repetitiva. Si no se puede hallar ninguna interpretación que no posea estas falencias, entonces, el novelista en cadena no podrá cumplir con su tarea por completo; tendrá que buscar una interpretación que capture la mayor parte del texto, reconociendo que no es del todo lograda. Tal vez, ni siquiera pueda alcanzar ese éxito parcial; tal vez, cada interpretación que considere no concuerde con el material que le han proporcionado. En ese caso, debe abandonar el proyecto, pues la consecuencia de adoptar una actitud interpretativa con respecto al texto en cuestión es entonces una pieza de escepticismo interno: que nada puede ser considerado como continuación de la novela y en cambio parezca una nueva.

Puede suceder que ninguna interpretación se adapte a la totalidad del texto, pero sí más de una. La segunda dimensión de interpretación requiere entonces que juzgue cuál de las posibles interpretaciones es la que mejor se adapta al trabajo en desarrollo, tomando todo en cuenta. En este punto, sus juicios estéticos más sustantivos, sobre la importancia, perspicacia, realismo o belleza de las distintas ideas que se podría interpretar que expresa la novela, entran en juego. Pero las consideraciones formales y estructurales que dominan la primera dimensión figuran también en la segunda, pues, incluso cuando no se descalifica ninguna de las dos interpretaciones por expresar demasiado poco, se puede mostrar el texto desde una mejor perspectiva porque se adapta a una mayor parte del texto o proporciona una integración más interesante de estilo y contenido. De modo que la distinción entre las dos dimensiones es menos crucial o profunda de lo que podría parecer. Es una útil estratagema analítica que nos ayuda a dar estructura a la teoría o estilo de cualquier intérprete. Sabrá cuando una interpretación no se adapta bien de modo que resulta innecesario considerar su atractivo sustantivo, porque sabe que esto no puede importar más que sus problemas de concordancia al decidir si mejora la novela más que sus rivales. Este sentido definirá para él la primera dimensión. Sin embargo, no es necesario que reduzca su sentido intuitivo a una fórmula precisa; es raro que necesite decidir si alguna interpretación apenas sobrevive o fracasa porque un mero sobreviviente, sin importar cuán ambicioso o interesante considere el texto, casi con seguridad fracasaría en la comparación total con otras interpretaciones cuya concordancia resulta evidente.

Ahora podemos apreciar los distintos tipos de juicios que se mezclan en esta comparación total. Los juicios sobre la coherencia y la integridad textuales, que reflejan distintos valores literarios formales, están entremezclados con juicios estéticos más sustantivos que asumen diferentes objetivos literarios. Sin embargo, estos diferentes tipos de juicios siguen siendo lo bastante diferentes como para probarse entre sí en una evaluación total, y es esta posibilidad de competencia, en particular entre juicios textuales y sustantivos, lo que distingue la tarea de un novelista en cadena de otra escritura creativa más independiente. No podemos trazar una distinción bien marcada entre la etapa en la que un novelista en cadena interpreta el texto que ha recibido y la etapa en la cual agrega su propio capítulo, guiado por la interpretación que ha elegido. Cuando comienza a escribir podría descubrir en lo que ha escrito una interpretación diferente, tal vez radicalmente diferente. O podría resultarle imposible escribir en el tono o tema que eligió en primer lugar, y eso lo llevará a reconsiderar otras interpre-

taciones que en un principio rechazó. En cualquiera de los casos, regresa al texto para reconsiderar las líneas que lo hacen elegible.

Scrooge

Podemos ampliar esta descripción abstracta del juicio del novelista en cadena a través de un ejemplo. Suponga que usted es un novelista muy conocido en la cadena. Suponga que Dickens jamás escribió *A Christmas Carol*, y el texto que le proporcionan, a pesar de haber sido escrito por varias personas, es la primera parte de esa novela corta. Considere entonces las dos siguientes interpretaciones del personaje central: Scrooge es irredimible e inherentemente malo, la encarnación de la maldad de la naturaleza humana sin los disfraces de la convención que rechaza; o Scrooge es inherentemente bueno, pero se va corrompiendo en forma progresiva por los valores falsos y los perversos requerimientos de la sociedad capitalista. Es obvio que habrá una enorme diferencia en la forma que continúe la historia según la interpretación que adopte. Si le hubiesen dado *A Christmas Carol* para escribir sólo el final (Scrooge ya ha tenido sus sueños, se ha arrepentido y hecho su discurso) ya es demasiado tarde como para que lo haga malo en forma irredimible, suponiendo que usted, como la mayoría de los intérpretes, piensa que el texto no soportará esa interpretación sin un gran esfuerzo. No me refiero a que ningún intérprete consideraría a Scrooge inherentemente malo después de su supuesta redención. Alguien podría pensar que esa redención putativa es un acto final de hipocresía, a pesar de que sólo a expensas de no tomar otras cosas del texto en su significado literal. Esto podría ser una mala interpretación, no porque nadie podría considerarla buena sino porque en realidad y sobre la base de todos los criterios descritos hasta el momento, es una interpretación mala. (2)

Pero ahora supongan que sólo les han dado la primera parte de *A Christmas Carol*. Descubren que ninguna de las dos interpretaciones que están considerando queda excluida por alguna parte del texto hasta el momento; tal vez, una explique mejor algunos incidentes menores del argumento que en la otra quedan desconectados, pero puede considerarse que cada interpretación fluye a través del texto abreviado. Un novelista competente que comienza a escribir una novela a partir de cualquiera de las líneas sugeridas podría haber escrito lo que ustedes pueden hallar en sus páginas. En ese caso, tendrían que tomar una decisión más. Su asignación es hacer lo mejor posible del texto y por lo tanto, elegirán la interpretación que consideren que mejora el texto o que lo hace más importante. Esa decisión dependerá probable pero no inevitablemente de si creen que las personas reales que se parecen a Scrooge nacen malas o las corrompe el capitalismo. Pero también dependerá de otras cosas, porque sus convicciones estéticas no son tan simples como para hacer que sólo este aspecto de la novela sea relevante para su total éxito. Imaginen que piensan que una interpretación no sólo integra el argumento sino también la imagen y el ambiente; por ejemplo, la interpretación social explica el gran contraste entre los muebles y la distribución individualista del escritorio de Scrooge y la amorfia comunitaria de la casa de Bob Cratchit. Ahora, su juicio estético (sobre qué interpretación resulta mejor para la novela en cadena, como novela) es más complejo porque debe identificar y trocar distintas dimensiones de valor en la novela. Supongan que creen que la interpretación del pecado original es la descripción más

precisa de la naturaleza humana pero que la interpretación sociorrealista proporciona una estructura formal más profunda e interesante para la novela. Entonces, debe preguntarse cuál de las interpretaciones es la que mejora la obra. Puede ser que nunca haya reflexionado antes en este tipo de cuestión (tal vez, la tradición de la crítica donde ha sido entrenado da por sentado que una o la otra de estas dimensiones es la más importante) pero ésa no es la razón para que usted lo dé por sentado ahora. Una vez que se decida creará que la correcta interpretación del personaje de Scrooge es aquella que mejora toda la novela, juzgada de esta manera.

Este ejemplo artificial es lo suficientemente complejo como para provocar la siguiente pregunta de aparente importancia. ¿Su juicio acerca de la mejor manera de interpretar y de continuar las secciones que le han entregado de *A Christmas Carol* es un juicio libre o forzado? ¿Se siente libre como para dar efecto a sus propias suposiciones y actitudes acerca de cómo deberían ser las novelas? ¿O está obligado a ignorarlas porque se siente esclavizado por un texto que no puede alterar? La respuesta es bastante simple: ninguna de estas dos crudas descripciones (de una total libertad creativa o de una represión textual mecánica) capta su situación, porque en cierta forma, cada una debe ser limitada por la otra. Sentirá libertad creativa cuando compare su tarea con otra más mecánica, como la traducción directa de un texto a otro idioma. Pero sentirá represión cuando la compare con una tarea menos guiada, como el hecho de empezar una novela por sus propios medios.

No solo es importante destacar este contraste entre los elementos de la libertad artística y la represión textual sino también no malinterpretar su carácter. No es un contraste entre esos aspectos de la interpretación que dependen de aquellos que son independientes de las convicciones estéticas del intérprete. Y no es un contraste entre aquellos aspectos que pueden y no pueden ser causa de controversia. La represión que siente como límite a su libertad de leer *A Christmas Carol* así como la de convertir a Scrooge en malo en forma irredimible son cuestiones de juicio y convicción sobre qué diferentes novelistas en cadena podrían estar en desacuerdo, como las convicciones y actitudes a las que apela al decidir si la novela habría sido mejor, si él hubiese sido malo en forma irredimible. Si estas últimas convicciones son "subjetivas" (utilizo el lenguaje del escepticismo externo, con renuencia, porque a algunos lectores les resultará útil), también lo son las primeras. Los dos tipos principales de convicciones que tiene un intérprete (acerca de qué interpretaciones se adaptan mejor o peor al texto y cuál de las dos hace que la novela sea sustantivamente mejor) son parte de su esquema global de creencias y actitudes; ningún tipo es independiente de ese esquema de una forma que la otra no lo sea.

Esta observación nos lleva a la siguiente objeción. "Si un intérprete debe por fin basarse en lo que le parece correcto, tanto al decidir si una interpretación es adecuada como al decidir si hace más atractiva a la novela, en realidad, no está sujeto a ninguna restricción, porque ningún juicio puede sufrir restricciones excepto por hechos externos y duros sobre los que todos están de acuerdo." La objeción fue concebida en forma equivocada porque se basa en una parte del dogmatismo. Algunas de nuestras creencias y convicciones que forman parte de nuestra experiencia cognoscitiva operan como pruebas para decidir hasta dónde podemos o debemos aceptar o dar efecto a otros, y la prueba es

efectiva aun cuando las creencias y actitudes represivas sean polémicas. Si un científico acepta normas más estrictas como procedimiento de investigación que otro, creará menos de lo que querría creer. Si un político tiene escrúpulos que otro rechaza de buena fe, el primero se sentirá reprimido mientras que el segundo, no. Insisto en que no hay nada malo en utilizar el lenguaje subjetivo que favorece el escepticismo externo. Podríamos decir que en estos ejemplos la represión es "interna" o "subjetiva". Sin embargo, es genuina desde el punto de vista fenomenológico, y esto es lo que importa aquí. Tratamos de ver qué interpretación es posible desde la perspectiva del intérprete, y desde esta perspectiva, la represión que experimenta es tan genuina como si fuera indiscutible, como si todos la sintieran con la misma fuerza que él. Imaginen que alguien insiste que desde un punto de vista "objetivo" no existe ninguna represión, que la represión es meramente subjetiva. Si consideramos esta acusación como la queja habitual del escepticismo externo, entonces es inútil y engañoso, de la forma que señalamos en el Capítulo 2. No le da al novelista en cadena ninguna razón para dudar o abandonar las conclusiones a las que llega, sobre qué interpretaciones se adaptan al texto lo suficiente como para tener peso, o se adaptan tan mal que deben rechazarse si existen otras interpretaciones, aunque resulten menos atractivas.

Sin embargo, la objeción escéptica puede tornarse más interesante si la debilitamos de la siguiente manera. Ahora insiste en que una represión puede ser a veces ilusoria, no por la razón dogmática del escepticismo externo, que una verdadera represión debe ser indiscutible e independiente de otras creencias y actitudes, sino porque no puede ser lo suficientemente desarticulada, dentro del sistema de las convicciones artísticas más sustantivas del intérprete, como para verificarlas o detenerlas, incluso desde su punto de vista. (3) Esta es una viva posibilidad y debemos cuidarnos de ella cuando criticamos los argumentos interpretativos de otras personas o los propios. Hice algunas suposiciones acerca de la estructura de sus opiniones estéticas cuando imaginé su juicio general acerca de *A Christmas Carol*. Supuse que los distintos tipos de juicio que combina en su opinión son lo bastante independientes unos de otros, dentro del sistema de sus ideas, como para permitir que algunos repriman otros. Se niega a interpretar la supuesta redención de Scrooge como hipócrita por razones "formales" acerca de la coherencia y la integración del argumento, dicción y figura. Usted cree que una novela decente no haría una redención hipócrita del resultado de un suceso tan dramático y frustrante como la terrible noche de Scrooge. Estas convicciones formales son independientes de sus opiniones más sustantivas sobre el valor de los diferentes objetivos literarios: aun si creen que una novela sobre el pecado original sería más excitante, esto no transforma su convicción formal en una más dispuesta a aceptar la interpretación del pecado original. Pero imaginen que mis suposiciones acerca de su vida mental son erróneas. Supongan que en el proceso del argumento descubrimos que sus convicciones formales están ligadas y son dirigidas por otras más sustantivas. Cada vez que prefiera la interpretación de un texto sobre una base sustantiva, sus convicciones formales se ajustan automáticamente para aprobarla como una interpretación decente de ese texto. Por supuesto que podrían fingir que esto es así, en cuyo caso estarían actuando de mala fe. Pero la adaptación puede ser inconsciente, en cuyo caso piensan que están reprimidos pero, en el sentido que

importa, en realidad no lo están. El hecho de que las convicciones de un intérprete se verifiquen entre sí, tal como deben hacerlo si está interpretando realmente, depende de la complejidad y la estructura de sus opiniones pertinentes.

Nuestro ejemplo de la novela en cadena está distorsionado por la suposición irreal de que el texto que le fue entregado milagrosamente tenía la unidad de algo escrito por un solo autor. Aun si cada uno de los novelistas previos de la cadena hubiera asumido su responsabilidad con mucha seriedad, el texto debería mostrar rastros de su historia, y usted tendría que adaptar su estilo de interpretación a dicha circunstancia. Podría suceder que no hallara una interpretación que fluya a través del texto, que se adapte a todo lo que el material que le han entregado considera importante. Puede bajar sus aspiraciones (tal como lo harían los escritores concienzudos que se unen al equipo de un interminable melodrama) al tratar de construir una interpretación que se adapte a lo que considere más importante en el texto desde el punto de vista artístico. Más de una interpretación puede sobrevivir a esta prueba menos dura. Para elegir entre éstas, debe volverse hacia sus convicciones estéticas, incluyendo aquellas que considera formales. Es posible también que ninguna interpretación sobreviva a esta prueba más relajada. Esa es la posibilidad escéptica que antes mencioné; y entonces, terminará abandonando el proyecto y rechazando la tarea por imposible. Pero no puede saber de antemano que llegará a ese resultado escéptico. Primero debe probar. La fantasía de la novela en cadena resultará útil en este último argumento, de distintas maneras, pero esa es la lección más importante que enseña. El sabio juicio de que ninguna interpretación podría ser ganada y defendida mejor que cualquier otro reclamo interpretativo.

Una objeción engañosa

Un novelista en cadena tiene entonces varias decisiones difíciles que tomar, y puede esperarse que distintos novelistas en cadena tomen decisiones diferentes. Pero sus decisiones no incluyen, y tampoco están resumidas como la decisión de sí debe o no, y hasta qué punto partir de la novela-en-ejecución que le han entregado. Pues no tiene nada de lo cual partir o a lo cual aferrarse hasta que haya construido una novela-en-ejecución a partir del texto, y las distintas decisiones que hemos examinado son decisiones que debe tomar para hacerlo. Supongan que han decidido que la interpretación sociorrealista de la primera parte de *A Christmas Carol* es la que hace del texto la mejor novela hasta el momento, de modo que continúan la novela como una exploración de la degradante relación amo-serviente bajo el capitalismo en lugar de un estudio sobre el pecado original. Ahora supongan que alguien los acuse de haber reescrito la "verdadera" novela para producir una distinta que es más de su agrado. Si se está refiriendo a que la "verdadera" novela puede hallarse en otra forma que no sea por un proceso de interpretación del tipo que ustedes llevaron a cabo, entonces no sólo ha malinterpretado el proyecto de la novela en cadena sino también la naturaleza de la literatura y la crítica. Por supuesto que sólo puede querer decir que no está de acuerdo con las convicciones estéticas e interpretativas sobre las cuales se basaron. En dicho caso, su desacuerdo no es que esa persona piense que deberían respetar el texto mientras que ustedes piensan que son

libres para interpretarlo. Su desacuerdo es más interesante: disienten acerca de lo que significa respetar este texto.

Derecho: la cuestión de los daños morales

El derecho como integridad requiere que un juez que decide un caso de derecho consuetudinario como el de McLoughlin se considere como un autor en la cadena del derecho consuetudinario. Sabe que otros jueces han decidido casos que, a pesar de no ser iguales al suyo, tratan sobre problemas parecidos; debe considerar sus decisiones como parte de una larga historia que debe interpretar y luego continuar, según su propio juicio acerca de cómo hacer de la historia en desarrollo lo mejor posible. (Por supuesto que para él, la mejor historia se ve desde el punto de vista de la moralidad política y no de la estética.) Podemos hacer una distinción entre las dos dimensiones principales de este juicio interpretativo. La decisión del juez (sus conclusiones posinterpretativas) debe provenir de una interpretación que se adapte y justifique lo que ha sucedido antes, hasta donde sea posible. Pero tanto en derecho como en literatura, el juego entre adaptación y justificación es complejo. Así como la interpretación dentro de una novela en cadena es para cada intérprete un delicado equilibrio entre distintos tipos de actitudes literarias o artísticas, en derecho, es un delicado equilibrio entre convicciones políticas de diferentes tipos; tanto en derecho como en literatura éstos deben estar lo suficientemente relacionados aunque desunidos para permitir un juicio general que cambia el éxito de una interpretación sobre un tipo de norma contra su fracaso sobre otro. Debo tratar de mostrar esa compleja estructura de la interpretación legal y para ello utilizaré un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos que acepta el derecho como integridad.

Llamémoslo Hércules. (4) En éste y los siguientes capítulos seguiremos su carrera al notar los tipos de juicios que debe hacer y las tensiones que debe resolver al decidir una variedad de casos. Pero antes haré una advertencia. No debemos suponer que sus respuestas a los distintos tipos de cuestiones que enfrenta *definen* el derecho como integridad como una concepción general del derecho. Son las respuestas que considero mejores. Pero el derecho como integridad consiste en un enfoque, en preguntas en lugar de respuestas, y otros abogados y jueces que lo aceptan darían distintas respuestas a las preguntas que plantea. Podrían pensar que otras serían mejores. (También yo, después de reflexionarlo un poco más.) Podrían, por ejemplo, rechazar la opinión de Hércules acerca de hasta qué punto los derechos legales de las personas dependen de las razones que otros jueces ofrecieron por sus decisiones que hacían cumplir estos derechos, o podrían no compartir su respeto por lo que denominaré "prioridad local" en las decisiones del derecho consuetudinario. Si rechazan estas discretas opiniones porque creen que son malas interpretaciones constructivas de la práctica legal, no han rechazado el derecho como integridad sino que se han unido a su empresa.

Seis interpretaciones

Hércules debe decidir el caso McLoughlin. Ambas partes en dicho caso citaron precedentes; cada parte argumentó que una decisión a su favor sería continuar con las decisiones tomadas en el pasado, continuar la historia que comenzaron los jueces que decidieron dichos casos de precedente.

Hércules debe formarse su propia opinión acerca de esa cuestión. Al igual que un novelista en cadena debe encontrar, si puede, algún punto de vista coherente sobre los personajes y el tema, como el que hubiera tomado un sólo autor hipotético que hubiese escrito toda la parte de la novela que le fue entregada; Hércules debe encontrar, si puede, alguna teoría coherente sobre los derechos legales acerca de la compensación por daños morales, de modo tal que un funcionario político con esa misma teoría podría haber alcanzado los mismos resultados que los que aparecen en el informe de precedentes.

Es un juez cuidadoso, un juez metódico. Comienza por seleccionar a varios candidatos para la mejor interpretación de los casos de precedente aun antes de leerlos. Imaginen que conforma la siguiente lista: 1) nadie tiene el derecho moral a recibir compensación salvo en el caso de lesiones físicas; 2) las personas tienen el derecho legal a recibir compensación por daños morales sufridos en la escena de un accidente por la persona cuyo descuido causó el accidente, pero no tienen derecho a recibir compensación por daños morales sufridos después; 3) las personas deberían recibir compensación por daños morales cuando la práctica de requerir compensación en sus circunstancias disminuiría los costos totales de accidentes o de lo contrario, enriquecería a la comunidad a largo plazo; 4) las personas tienen el derecho moral a recibir compensación por cualquier daño, moral o físico, que sea consecuencia directa de una conducta negligente, sin importar que sea improbable o imprevisible que dicha conducta produzca ese daño; 5) las personas tienen el derecho moral a recibir compensación por daños morales o físicos que son consecuencia de una conducta negligente, pero sólo si ese daño era razonablemente previsible por la persona que actuó con negligencia; 6) Las personas tienen el derecho moral a recibir compensación por daños razonablemente previsibles pero no en circunstancias donde reconocer dicho derecho impondría cargas financieras masivas y destructivas para las personas que han sido negligentes por su falta moral.

Estas son declaraciones relativamente concretas acerca de los derechos y, admitiendo una complejidad en 3) que exploraremos a continuación, se contradicen entre sí. En la interpretación de casos de daños morales no puede figurar más de una. (Pospongo el caso más complejo en el que Hércules construye una interpretación a partir de principios competitivos en lugar de contradictorios, es decir, a partir de principios que pueden convivir en una teoría moral o política general a pesar de que a veces tiran en direcciones opuestas.) (5) A pesar de ello, ésta es sólo una lista parcial de las interpretaciones contradictorias que alguien podría desear considerar; Hércules la elige como su lista inicial porque sabe que los principios captados en estas interpretaciones han sido discutidos en la literatura legal. Es obvio que habrá una gran diferencia según cuál de estos principios piense que proporciona la mejor interpretación de los precedentes y por lo tanto, la fuerza de su juicio posinterpretativo. Si se decide por 1) o 2), tendrá que fallar a favor del señor O'Briant; si se decide por 4), a favor de la señora McLoughlin. Cada una de las otras requiere una mayor reflexión, pero la

línea de razonamiento que cada una sugiere es diferente. La 3) invita a un cálculo económico. ¿Reduciría el costo de los accidentes extender la responsabilidad a los daños morales fuera de la escena del accidente? ¿O existe alguna razón para pensar que la línea más eficiente es la que se traza entre los daños morales y aquellos fuera de la escena del accidente? La 5) requiere un juicio acerca de la previsibilidad de los daños, lo que parece ser una cuestión muy diferente, y la 6) un juicio sobre previsibilidad y el riesgo acumulativo de la responsabilidad financiera si se incluyen algunos daños fuera de la escena del accidente.

Hércules comienza la verificación de cada interpretación de su lista preguntándose si un funcionario político podría haber dado los veredictos de los casos de precedente si ese funcionario hubiera estado haciendo cumplir en forma consciente y coherente los principios que conforman dicha interpretación. Por lo tanto, descartará la interpretación 1) de inmediato. Nadie que creyera que las personas nunca tuvieron derecho a recibir compensación por daños emocionales podría haber llegado a los resultados de esas decisiones anteriores citadas en el caso McLoughlin que permitieron la compensación. Hércules también descartará la interpretación 2), aunque por una razón diferente. Contrariamente a 1), 2) se adapta a las decisiones anteriores; una persona que haya aceptado 2) como norma habría llegado a esas decisiones porque todos otorgaban la compensación por daños morales sufridos en la escena del accidente y ninguna, fuera de ella. Sin embargo, 2) fracasa como interpretación del tipo requerido porque no establece ningún principio de justicia. Traza una línea que la deja desconectada con cualquier consideración moral o política más general.

¿Y qué sucede con 3)? Podría adaptarse a las decisiones anteriores, pero sólo de la siguiente manera. Hércules podría descubrir a través de un análisis económico que alguien que haya aceptado la teoría económica descrita en 3) y que deseara reducir los costos por accidentes de la comunidad, habría tomado esas mismas decisiones. Pero está lejos de ser obvio que 3) exprese cualquier principio de justicia o equidad. Recuerden la distinción entre principios y políticas que tratamos en la última parte del capítulo anterior. 3) supone que es deseable reducir los costos generales de los accidentes. ¿Por qué? Hay dos explicaciones posibles. La primera insiste en que las personas tienen el derecho a recibir compensación cuando una regla que otorga la compensación produzca un mayor bienestar para la comunidad que una regla que la niega. Esto tiene por lo menos forma de principio porque describe un derecho general que se supone todos debemos tener. No le pediré a Hércules que considere la interpretación 3) entendida en esa forma ahora, porque la estudiaremos con mayor detenimiento en el Capítulo 8. La segunda explicación, bastante diferente, sugiere que a veces, incluso siempre, está en el interés general de la comunidad promover el bienestar general de esta manera, pero no supone que alguien tenga derecho a que ese bienestar social siempre se incremente. Por lo tanto, establece una política que el gobierno podría o no poner en práctica en circunstancias particulares. No establece un principio de justicia y por lo tanto no puede figurar en una interpretación del tipo que ahora busca Hércules. (6)

El derecho como integridad requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada

persona sea justa y equitativa según las mismas normas. Ese estilo de adjudicación respeta la ambición que supone la integridad, la ambición de ser una comunidad de principio. Pero tal como lo señalamos en la última parte del Capítulo 6, la integridad no recomienda qué es lo que sería perverso, que todos deberíamos estar gobernados por los mismos objetivos y estrategias políticas en todas las ocasiones. No insiste en que una legislatura que sanciona un conjunto de reglas sobre la compensación hoy, para enriquecer a toda la comunidad, está comprometida a seguir con ese mismo objetivo político el día de mañana. Porque entonces podría tener otros objetivos que alcanzar, no necesariamente en lugar del bienestar, sino junto a él, y la integridad no desaprueba esta diversidad. Nuestra descripción de la interpretación y nuestra consecuente eliminación de la interpretación 3), vista como un llamado a la política, refleja una discriminación latente en el ideal de la integridad misma.

Llegamos a la misma conclusión en el contexto del caso McLoughlin, aunque a través de un camino diferente, si seguimos reflexionando sobre lo que aprendimos acerca de la interpretación. El objetivo de una interpretación es mostrar lo que se está interpretando desde la mejor perspectiva posible, y una interpretación de cualquier parte de nuestro derecho no sólo debe prestar atención a la sustancia de las decisiones tomadas por funcionarios anteriores sino también a la manera (qué funcionarios y en cuáles circunstancias) en que fueron tomadas estas decisiones. Una legislatura no necesita razones de principio para justificar las reglas que sanciona acerca del manejo, incluyendo reglas sobre compensación por accidentes, a pesar de que estas reglas crearán derechos y deberes para el futuro que entonces serán puestos en vigor por medio de la amenaza coercitiva. Una legislatura puede justificar su decisión de crear nuevos derechos para el futuro mostrando cómo éstos contribuirán, como una cuestión de política sólida, al bienestar general de toda la comunidad. Tal como lo señalamos en el Capítulo 6, este tipo de justificación tiene sus límites. No se puede utilizar el bienestar general para justificar la pena de muerte por manejar en forma negligente. Sin embargo, la legislatura no necesita mostrar que los ciudadanos ya poseen el derecho moral a la compensación por daños en ciertas circunstancias en particular para poder justificar un estatuto que otorgue compensación por daños y perjuicios en dichas circunstancias.

El derecho como integridad supone, sin embargo, que los jueces se hallan en una situación muy diferente de aquella de los legisladores. No encaja en el carácter de una comunidad de principio el hecho de que un juez tenga la autoridad de hacer responsables a las personas por daños y perjuicios por actuar en una forma que, según él mismo acepta, no tienen ningún derecho legal que les prohíba hacerlo. De modo que cuando los jueces redactan reglas de responsabilidad antes no reconocidas, no tienen la misma libertad que señalé con respecto a los legisladores. Los jueces deben tomar sus decisiones sobre derecho consuetudinario, sobre fundamentos de principio, no de política: deben presentar argumentos de por qué las partes tenían derechos y deberes legales "nuevos" que pusieron en vigor en el momento en que las partes actuaban o en algún otro momento pertinente del pasado. (7) Un pragmático legal rechazaría ese reclamo. Pero Hércules rechaza el pragmatismo. Está a favor del derecho como integridad y por lo tanto quiere una interpretación acerca de lo que hicieron los jueces en casos anteriores de daños morales que los muestre actuar en una forma

que aprueba, y no en la forma que, según él, los jueces no deben actuar. Esto no sugiere que deba desechar la interpretación 3) considerada en la forma que describí en primer lugar, como si supusiera que jueces anteriores actuaron para proteger un derecho legal general a la compensación cuando esto enriquecería a la comunidad. Si es verdad que las personas poseen dicho derecho, otros tienen un deber correspondiente, y los jueces no actúan en forma injusta al ordenar a la policía que lo haga cumplir. El argumento incapacita la interpretación 3) sólo cuando se considera que niega ese deber general y se basa nada más que en fundamentos políticos.

Expansión de límites

Las interpretaciones 4), 5) y 6) parecen pasar estas pruebas iniciales. Los principios de cada una se adaptan a las decisiones sobre daños morales del pasado, por lo menos a primera vista, aunque sólo sea porque ninguno de estos precedentes haya presentado hechos discriminatorios entre ellos.

Hércules debe ahora preguntarse como el siguiente paso de su investigación, si debe eliminar alguna de las tres por ser incompatible con la totalidad de la práctica legal en forma más general. Debe probar cada interpretación con respecto a otras decisiones judiciales anteriores, más allá de aquellas que se refieren a los daños morales, que podrían pensarse que las comprometen. Imaginen, por ejemplo, que descubre que las decisiones del pasado otorgan compensación por daños físicos causados por manejo negligente, sólo si la lesión fue lo suficientemente previsible. Eso dejaría sin efecto la interpretación 4) a menos que pudiera hallar una distinción basada en principios entre los daños físicos y los emocionales que explicara por qué las condiciones para la compensación deben ser más restrictivas para los primeros que para los segundos, lo que parece muy poco probable.

El derecho como integridad requiere entonces que un juez verifique su interpretación de cualquier parte de la gran red de estructuras y decisiones políticas de su comunidad preguntándose si ésta podría formar parte de una teoría coherente que justificase toda esa red. Ningún juez real podría componer algo que se aproximara a una completa interpretación de todo el derecho de su comunidad. Es por eso que imaginamos a un juez tipo Hércules, con talentos sobrehumanos y un tiempo infinito: Sin embargo, un juez verdadero sólo puede imitar a Hércules en forma limitada. Puede permitir que el alcance de su interpretación se despliegue a partir de los casos oportunos a casos del mismo campo general o departamento del derecho y aun más lejos, tan lejos como resulte prometedor. En la práctica, hasta este proceso limitado será bastante inconsciente: un juez experimentado tendrá el sentido suficiente del terreno que rodea su problema inmediato como para saber, por instinto, qué interpretación de un conjunto reducido de casos sobreviviría si se expandieran los límites a los que debe adaptarse. Sin embargo, en ocasiones, esa expansión será deliberada y polémica. Los abogados celebran docenas de decisiones de ese tipo, incluyendo varias sobre las que se construyó la ley sobre negligencia. (8) La colegiatura ofrece otros importantes ejemplos. (9)

Supongan que una modesta expansión de los límites de las averiguaciones de Hércules demuestra que los demandantes no pueden percibir compensa-

ción si su daño físico no fue razonablemente previsible en el momento en que actuó el negligente acusado, dejando entonces de lado la interpretación 4). Pero esto no elimina la 5) ni la 6). Debe ampliar aun más su investigación. Debe estudiar también, aquellos casos que abarcan los daños económicos en lugar de los físicos o morales, donde los daños son potencialmente muy grandes: por ejemplo, tiene los casos donde se les entabla juicio a los consejeros profesionales como investigadores o contadores, por los daños que otros sufren a causa de su negligencia. La interpretación 5) sugiere que dicha responsabilidad tiene que ser ilimitada, siempre que el daño sea previsible, y la 6) sugiere, por el contrario, que esa responsabilidad es limitada debido a las aterradoras sumas que puede alcanzar. Si casos de ese tipo contradicen una interpretación y ésta no encuentra apoyo en ninguna otra área de la doctrina que más tarde Hércules podría llegar a examinar, y la otra queda confirmada por la expansión, considerará que la primera es inelegible y que sólo la última habrá sobrevivido. Pero supongan que encuentra, al expandir así su estudio, una pauta mixta. Las decisiones anteriores permiten una responsabilidad que se extiende a los miembros de algunas profesiones, pero no a aquellos de otras, y esta pauta mixta es válida para otras áreas de la doctrina que Hércules, en el ejercicio de su imaginativa capacidad, considera pertinentes.

A pesar de que la contradicción que ha descubierto es genuina, no es en sí tan profunda o penetrante como para justificar una interpretación escéptica de la práctica legal en su totalidad, pues el problema de la indemnización de perjuicios ilimitada, a pesar de ser importante, no es tan fundamental como para que la contradicción dentro de ella destruya la integridad del sistema mayor. De modo que Hércules se vuelca entonces hacia la segunda dimensión, pero aquí, al igual que en el ejemplo de la novela en cadena, vuelven a surgir cuestiones de adaptación, porque una interpretación es por tanto más satisfactoria si muestra un menor daño de la integridad que su rival. Por lo tanto, considerará si la interpretación 5) se adapta al registro legal ampliado mejor que la 6). Sin embargo, ésta no puede ser una mera decisión mecánica; no puede simplemente contar el número de decisiones anteriores que pueden ser consideradas como "errores" de cada interpretación. Pues es posible que estas cifras reflejen sólo accidentes como el número de casos que han llegado a la corte y no han sido solucionados antes del veredicto. No sólo tiene que tener en cuenta el número de casos que son relevantes para cada interpretación sino también si las decisiones que expresan un principio parecen más fundamentales, importantes o amplias que las decisiones que expresan el otro. Imaginen que la interpretación 6) sólo se adapta a aquellas decisiones judiciales del pasado que abarcan cargos de negligencia en contra de una profesión en particular (abogados, por ejemplo) y la interpretación 5) justifica todos los demás casos, abarcando a todos los demás profesionales, y por lo tanto se adapta a otros tipos de casos también de daños económicos. La interpretación 5) se adapta entonces al registro legal mucho mejor, aun si el número de casos que abarca a los abogados es por alguna razón mayor desde el punto de vista numérico, a menos que el argumento vuelva a cambiar, como podría suceder, cuando el campo de estudio se extienda aun más.

Ahora piensen en una posibilidad diferente: a pesar de que la responsabilidad ha sido limitada en muchos y variados casos a una cantidad menor de aquellos que la interpretación 5) permitiría, las opiniones sobre este caso no hicieron

mención alguna del principio de interpretación 6), que de hecho, nunca antes había sido reconocido en la retórica judicial oficial. ¿Eso demuestra que la interpretación 5) se adapta mejor al registro legal, o que después de todo, la interpretación 6) es inelegible? Los jueces están divididos sobre esta cuestión de adaptación. Algunos no considerarían seriamente la interpretación 6) si una opinión judicial o declaración legislativa del pasado no hubiera mencionado su principio en forma explícita. Otros rechazan esta restricción y aceptan que la mejor interpretación de algunos tipos de casos puede yacer en un principio que nunca ha sido reconocido de manera explícita, pero que sin embargo ofrece una brillante descripción de las decisiones actuales, mostrándolas bajo una mejor perspectiva que antes. (10) Hércules se enfrentará a esta cuestión como una cuestión especial de moralidad política. La historia política de la comunidad es por tanto mejor si muestra a los jueces señalando a su público, a través de sus opiniones, el camino que futuros jueces seguirán guiados por la integridad, y si muestra a los jueces tomando decisiones que darán voz y efecto a las convicciones sobre moralidad difundidas en la comunidad. Más aun, las opiniones judiciales formalmente anunciadas en los registros legales son en sí actos de la comunidad personificada que, en especial si son recientes, deben considerarse dentro del campo de la integridad. (11) Estas son algunas de las razones por las que prefiere una interpretación que no es demasiado nueva, ni tampoco está demasiado divorciada de lo que dijeron e hicieron los jueces y otros funcionarios anteriores. Sin embargo, debe comparar estas razones con sus convicciones políticas más sustantivas sobre el valor moral relativo de las dos interpretaciones, y si cree que la interpretación 6) es superior desde dicha perspectiva, pensará que mejora el registro legal al elegirla, aun al costo de más valores procesales. Adaptarse a lo que hicieron los jueces es más importante que adaptarse a lo que dijeron.

Imaginen ahora un registro aun menos pautado. Hércules piensa que se ha puesto en vigor la responsabilidad ilimitada contra un número de profesiones, pero no contra un número casi igual de otras, que ningún principio puede explicar la distinción, que la retórica judicial está tan dividida como las decisiones actuales y que esta división se extiende a otros tipos de acciones por daños económicos. Podría extender aun más su campo de estudio y el cuadro podría cambiar si lo hace. Pero supongamos que está satisfecho y que no lo hará. Entonces decidirá que la cuestión de concordancia o adaptación ya no juega ningún papel útil en sus deliberaciones, incluso en la segunda dimensión. Ahora debe enfatizar los aspectos sustantivos más obvios de esa dimensión: debe decidir qué interpretación muestra que el registro legal es mejor desde el punto de vista de la moralidad política sustantiva. Compondrá y comparará dos historias. La primera supone que la comunidad personificada ha adoptado y hace cumplir el principio de previsibilidad como su prueba de responsabilidad moral por los daños causados por negligencia, que el objetivo de las distintas decisiones que ha tomado es dar efecto a dicho principio, a pesar de que a menudo ha alcanzado decisiones que la previsibilidad condenaría. La segunda supone, en cambio, que la comunidad ha adoptado y hace cumplir el principio de previsibilidad limitado por algunos toques máximos en la responsabilidad, a pesar de que a menudo se ha apartado de dicho principio. ¿Cuál de las dos historias muestra a la comuni-

dad desde una mejor perspectiva, tomando todo en cuenta, desde el punto de vista de la moralidad política?

La respuesta de Hércules dependerá de sus convicciones acerca de las dos virtudes constituyentes de la moralidad política que hemos considerado: justicia y equidad. (12) Es decir que no sólo dependerá de sus creencias sobre cuál de estos principios es superior como una cuestión de justicia abstracta sino también, sobre cuál debe seguirse, como una cuestión de equidad política, en una comunidad cuyos miembros tienen las mismas convicciones morales que sus conciudadanos. En algunos casos, los dos tipos de juicio (el juicio de la justicia y el de equidad) estarán juntos. Si Hércules y el público comparten la opinión de que las personas tienen derecho a ser compensadas plenamente cuando resultan dañadas por la negligencia de otras, sin importar lo duro que este requerimiento pudiera resultar, entonces pensará que la interpretación 5) es la mejor de las dos en juego. Sin embargo a veces, los dos juicios tirarán en direcciones opuestas. Puede pensar que la interpretación 6) es mejor sobre fundamentos de justicia abstracta, pero sabrá que ésta es una opinión radical no compartida por una porción sustancial del público y desconocida en la retórica moral y política de la época. Podría entonces llegar a la conclusión de que la historia en la cual el Estado insiste en la perspectiva que considera correcta, pero en contra de los deseos de todo el pueblo, es una historia más pobre. En esas circunstancias, estaría prefiriendo la equidad a la justicia, y esa preferencia reflejaría un nivel de mayor orden de sus propias convicciones políticas, a saber, sus convicciones sobre cómo un gobierno decente comprometido con la equidad y la justicia debería decidir entre las dos, en este tipo de casos.

Los jueces tendrán distintas ideas de equidad, acerca del rol que la opinión de cada ciudadano debería jugar idealmente en las decisiones del Estado sobre qué principios de justicia hacer cumplir a través de su poder policial central. Tendrán distintas opiniones de mayor nivel acerca de la mejor resolución de conflictos entre estos dos ideales políticos. Es poco probable que un juez apruebe la teoría simplista de que se prefiere automáticamente la equidad en lugar de la justicia, o viceversa. La mayoría de los jueces pensará que el equilibrio entre las opiniones de la comunidad y las demandas de la justicia abstracta se encontrará de distintas formas en distintos tipos de casos. Quizás, en casos de derecho privado o comercial ordinarios, como el McLoughlin, una interpretación apoyada por la moralidad popular será considerada superior a otra que no lo está, siempre que no se la considere muy inferior como una cuestión de justicia abstracta. Sin embargo, muchos jueces pensarán que la fuerza interpretativa de la moralidad popular es mucho más débil en casos constitucionales como el Brown, porque creerán que el objetivo de la Constitución es en parte proteger a los individuos de lo que la mayoría considera correcto. (13)

Prioridad local

Debo llamar la atención sobre una característica de la práctica de Hércules que hasta el momento no surgió con claridad. Sus juicios acerca de la concordancia se expanden a partir del caso inmediato ante él en una serie de círculos concéntricos. Pregunta cuáles son las interpretaciones de su lista inicial que concuerdan con los casos de daños morales del pasado, luego cuáles concuer-

dan con casos de daños accidentales a la persona en forma más general, y luego cuáles concuerdan con daños a los intereses económicos y así sucesivamente, entrando en campos cada vez más alejados del caso McLoughlin original. Este procedimiento otorga una especie de prioridad local a lo que podríamos llamar "departamento" del derecho. Si Hércules llega a la conclusión de que los casos sobre daños causados por accidentes en su jurisdicción no contradicen plenamente ninguno de los dos principios, amplía su estudio e incluye los casos contractuales para ver cuál de estos principios, o ninguno, concuerda mejor con las decisiones de contratos. Pero, según la opinión de Hércules, si uno de los principios no concuerda en absoluto con la ley sobre accidentes, si cada decisión en ese campo que podría haberla confirmado la contradice, esto juega en su contra como una interpretación elegible de ese cuerpo de ley, aun si concuerda con otros campos de la ley en forma extraordinaria. Sin embargo, no considerará que esta doctrina de prioridad local es absoluta; estará dispuesto a pasarla por alto en algunas ocasiones, tal como tendremos oportunidad de ver.

La división del derecho en departamentos separados es una característica prominente de la práctica legal. Las escuelas de derecho dividen sus cursos y las bibliotecas dividen tratados para distinguir los daños morales de los económicos o físicos, los agravios intencionales de los no intencionales, los agravios de los crímenes, los contratos de otras partes del derecho consuetudinario, el derecho privado del derecho público, y el derecho constitucional de otras partes del derecho público. Los argumentos legales y judiciales respetan estas divisiones tradicionales. Las opiniones judiciales suelen comenzar por asignar el caso a tratar a algún departamento del derecho, y los precedentes y estatutos considerados provienen por lo general en forma exclusiva de dicho departamento. A menudo la clasificación inicial es a la vez polémica y crucial.

La división favorece tanto al convencionalismo como al pragmatismo, aunque por razones diferentes. Los departamentos del derecho se basan en la tradición, lo que parece apoyar el convencionalismo, y proveen la estrategia que un pragmático puede manipular al decir sus nobles mentiras: puede explicar que su nueva doctrina no necesita ser coherente en principio con decisiones del pasado porque éstas, bien entendidas, pertenecen a otro departamento. El derecho como integridad posee una actitud más compleja hacia los departamentos del derecho. Su espíritu general los condena, porque el principio adjudicativo de la integridad requiere que los jueces hagan que la ley sea coherente, tanto como puedan, y esto podría lograrse mejor si ignoraran los límites académicos y reformaran algunos departamentos del derecho en forma radical para que sean coherentes en principio con otros. (14) Pero el derecho como integridad es interpretativo, y la división es una característica de la práctica legal que ninguna interpretación competente puede ignorar.

Hércules responde a estos impulsos contrarios buscando una interpretación constructiva de la división. Trata de hallar una explicación de la práctica de dividir el derecho en departamentos que muestra dicha práctica desde la mejor perspectiva. Los límites entre los departamentos suelen igualar la opinión popular; muchas personas creen que el daño intencional es más censurable que el daño por negligencia, que el Estado necesita un tipo de justificación muy diferente para poder declarar a alguien culpable de un crimen de la que necesita para pagar compensación por el daño que esta persona ha causado, que las pro-

mesas y otras formas de acuerdo o consentimiento explícito son un tipo de razón especial para la coerción estatal, y así sucesivamente. Dividir los departamentos del derecho para que estén de acuerdo con ese tipo de opinión promueve la previsibilidad y sirve de protección contra repentinas reinterpretaciones oficiales que desarraigan grandes campos del derecho, y lo hace en una forma que promueve un propósito más profundo del derecho como integridad. Si las divisiones legales tienen sentido para el público, éstas alientan la actitud protestante que favorece la integridad, porque permiten que tanto personas ordinarias como jueces apremiados interpreten el derecho dentro de los límites prácticos que parecen naturales e intuitivos.

Hércules acepta esta descripción del objetivo de la división, y formula su doctrina de prioridad local de acuerdo con ella. Le otorga mayor fuerza a la doctrina cuando los límites entre los departamentos tradicionales del derecho investigan principios morales ampliamente reconocidos que distinguen tipos de falta o de responsabilidad, y la sustancia de cada departamento refleja esos principios morales. La distinción entre derecho penal y derecho civil cumple con esta prueba. Supongan que Hércules, contrariamente a la opinión general del público, piensa que ser obligado a pagar compensación es tan malo como ser obligado a pagar una multa, y por lo tanto, la distinción entre derecho penal y derecho civil no es sólida en principio. Sin embargo, lo deferirá a la prioridad local. No declarará que el derecho penal y el derecho civil deberían ser tratados como un solo departamento; no argumentará que la culpabilidad del acusado criminal sólo necesita ser establecida como probable en lugar de más allá de toda duda razonable porque la norma probable se adapte al departamento combinado tan bien como cualquier otra.

Sin embargo, Hércules no estará tan dispuesto a ceder a la prioridad local cuando no se cumpla su prueba, cuando los límites tradicionales entre departamentos se hayan tornado mecánicos y arbitrarios, ya sea porque la moralidad popular ha cambiado o porque la sustancia de los departamentos ya no refleja la opinión popular. (15) Las divisiones del derecho crecen a veces en forma arbitraria y aislada de la convicción popular en ese sentido, en particular cuando las principales reglas de los departamentos fueron desarrolladas en periodos diferentes. Supongan que la tradición legal de una comunidad ha separado durante varias épocas la ley sobre perjuicios, que hace referencia a la incomodidad por la interferencia que las actividades sobre la tierra de una persona causan a los vecinos, de la ley sobre negligencia, que hace referencia a los daños físicos, económicos o morales que la negligencia de una persona puede causarle a otras. Supongan que los jueces que decidieron los casos cruciales sobre perjuicios desdeñaron cualquier prueba económica para perjuicios; dijeron que una actividad era considerada un perjuicio y por lo tanto debía ser detenida, cuando el uso de la tierra no es el "natural" o tradicional, de modo que una persona que abre una fábrica en una tierra que tradicionalmente se usa para sembrar es culpable de perjuicio a pesar de que la fábrica constituya un uso más efectivo de la misma desde el punto de vista económico. Pero supongan que en los últimos años, los jueces han comenzado a considerar el costo económico como crucial para los casos de negligencia. Sostienen que una persona que no toma las precauciones necesarias para evitar dañar a otra es negligente y por lo tanto, responsable del daño resultante si la precaución era "razonable" en dichas cir-

cunstancias, y el costo económico de la precaución cuenta al decidir si era de hecho razonable.

La distinción entre ley sobre negligencia y ley sobre perjuicio ya no cumple con la prueba de Hércules, si es que alguna vez lo hizo. Tiene sentido distinguir el perjuicio de la negligencia si consideramos que el perjuicio es intencional mientras que la negligencia no lo es; esta distinción descubre el principio popular de que es peor herir a alguien en forma intencional que en forma inadvertida. Sin embargo, los desarrollos en la ley sobre negligencia que acabo de describir no son coherentes con respecto a esa perspectiva de la distinción, porque el hecho de no poder prevenir un accidente no necesariamente es no-intencional, en el sentido requerido. De modo que Hércules podría estar dispuesto a ignorar el límite tradicional entre estos dos departamentos del derecho. Si pensara que la prueba del "uso natural" es tonta, y que la prueba del costo económico es mucho más justa, estaría entonces de acuerdo en que los precedentes de negligencia y perjuicio deberían ser considerados como un cuerpo de ley, y que la prueba del costo económico es una interpretación superior de ese cuerpo unificado. Otros sucesos legales ya ocurridos harían mucho más fácil su argumento. El clima intelectual producido por las últimas decisiones sobre negligencia habría comenzado a erosionar la suposición de los casos anteriores sobre perjuicios, de que las nuevas empresas que molestan a la gente son necesariamente errores legales. Tal vez, la legislatura habría adoptado estatutos especiales que cambiaran la responsabilidad por nuevas formas de inconveniencias, como el ruido de los aeropuertos, por ejemplo, que la teoría "natural" haya decidido o decidiría en lo que aparenta ser el camino equivocado, por ejemplo. O quizá los jueces habrían decidido los casos de aeropuerto deformando el significado histórico de "natural" para llegar a decisiones que parecieran sensatas de acuerdo con la tecnología en desarrollo. Si convence a la profesión de su punto de vista, el perjuicio y la negligencia ya no tendrán departamentos separados del derecho sino que compartirán una nueva provincia que en poco tiempo tendrá un nuevo nombre junto con nuevas escuelas de derecho y nuevos tratados. Este proceso ya está en marcha en el derecho anglo-norteamericano, aunque con menor seguridad, una nueva unificación del derecho privado que borra hasta el límite más antiguo y firme entre contrato y agravio.

Un resumen provisorio

En los tres capítulos siguientes continuaremos construyendo la teoría de trabajo de Hércules sobre el derecho como integridad al explorar con más detalle cuestiones que surgieron en los tres departamentos de la adjudicación: casos de derecho consuetudinario, casos sobre estatutos y casos de dimensión constitucional. Pero en primer lugar, haremos una evaluación, aunque esto signifique repetición, y luego pasaremos a considerar ciertas objeciones al argumento presentado. Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación construc-

tiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad. Ellos tratan de realizar esa estructura y expediente complejos lo mejor que pueden. Resulta útil desde el punto de vista analítico distinguir diferentes dimensiones o aspectos de cualquier teoría de trabajo. Esto incluirá convicciones acerca de la concordancia y la justificación. Las convicciones sobre concordancia proporcionarán un requisito inicial que una interpretación de alguna parte del derecho deberá cumplir para ser elegible. Cualquier teoría de trabajo posible invalidaría una interpretación de nuestro propio derecho que negara la competencia legislativa, la supremacía absoluta o que sostuviera un principio general de derecho privado que requiriese que los ricos compartan su riqueza con los pobres. Esa prueba inicial eliminará interpretaciones que algunos jueces preferirían, de modo que los hechos reales de la historia legal limitarán de esta manera el papel que puedan desempeñar las convicciones personales sobre justicia en las decisiones de cualquier juez. Distintos jueces establecerán esta prueba inicial en forma diferente. Pero cualquiera que acepte el derecho como integridad debe aceptar que la actual historia política de su comunidad verificará a veces sus otras convicciones políticas en su juicio interpretativo general. Si no lo hace, si su prueba inicial de concordancia deriva por completo o es ajustable a sus convicciones sobre justicia, de modo que la última proporcione de manera automática una interpretación legible, no puede reclamar de buena fe estar interpretando su práctica legal. Al igual que el novelista en cadena cuyos juicios sobre concordancia se ajustan automáticamente a sus opiniones literarias sustantivas, está actuando de mala fe o se está engañando.

Cuando la prueba inicial no discrimina entre dos o más interpretaciones de algún estatuto o línea de casos, surgirán casos difíciles para cualquier juez. Deberá entonces decidir entre las interpretaciones elegibles al preguntarse qué es lo que muestra la estructura de la comunidad de las instituciones y decisiones, bajo un mejor enfoque desde la perspectiva de la moralidad política. Sus propias convicciones morales y políticas están ahora comprometidas. Sin embargo, el juicio político que debe pronunciar es en sí complejo y a veces, pondrá un departamento de su moralidad política en contra de otro: su decisión no sólo reflejará sus opiniones acerca de la justicia y la equidad sino también sus convicciones del más alto orden sobre la manera en que deberían comprometerse los ideales cuando éstos rivalizan. En esta etapa de interpretación surgen también cuestiones sobre la concordancia, porque aun cuando una interpretación sobrevive al requisito de la prueba inicial, cualquier desacierto de concordancia pesará en su contra, en las formas que hemos señalado, en el balance general de las virtudes políticas. Distintos jueces disentirán sobre cada una de estas cuestiones y por lo tanto, adoptarán diferentes puntos de vista acerca de lo que realmente es el derecho de cada comunidad.

Cualquier juez desarrollará, en el curso de su entrenamiento y experiencia, una concepción del derecho bastante individualizada sobre la cual se basará, tal vez en forma inconsciente, para tomar estas diferentes decisiones y formar sus juicios, y éstos serán entonces para él una cuestión de sentimiento o instinto en lugar de una de análisis. A pesar de ello, nosotros como críticos podemos imponer una estructura a su teoría de trabajo al desmenuzar su método práctico sobre concordancia (sobre la importancia relativa de la coherencia con la retórica y la opinión popular del pasado, por ejemplo) y sus opiniones o conocimientos

más sustantivos sobre justicia y equidad. La mayoría de los jueces será como las demás personas de su comunidad, y por lo tanto, la equidad y la justicia no rivalizarán a menudo para ellos. Sin embargo, aquellos jueces cuyas opiniones políticas son más excéntricas o radicales descubrirán que los dos ideales entran en conflicto en ciertos casos en particular, y tendrán que decidir qué resolución de dicho conflicto mostrará el registro de la comunidad desde una mejor perspectiva. Sus concepciones de trabajo incluirán principios del más alto orden que son necesarios para dicha decisión. Un juez en particular puede pensar o asumir, por ejemplo, que las decisiones políticas deberían respetar en primer lugar la opinión de la mayoría y sin embargo creer que este requisito se torna menos severo e incluso desaparece cuando están en juego serios derechos constitucionales.

Deberíamos ahora recordar dos observaciones generales que hicimos al elaborar el modelo de la novela en cadena, porque también aquí son aplicables. La primera, los distintos aspectos o dimensiones del enfoque de trabajo de un juez (las dimensiones de concordancia y sustancia y de los diferentes aspectos de la sustancia) son, en el último análisis, sensibles a su juicio político. Sus convicciones acerca de la concordancia, tal como aparecen en su requisito de la prueba inicial o más adelante, en forma analítica, en competencia con la sustancia, son políticas y no mecánicas. Ellas expresan su compromiso con la integridad: el juez cree que una interpretación que está por debajo de su prueba inicial de concordancia muestra el registro de la comunidad desde una mala perspectiva, porque proponer esa interpretación sugiere que la comunidad ha deshonrado sus principios en forma característica. Cuando una interpretación pasa la prueba inicial, los defectos de concordancia restantes pueden ser compensados, en su juicio general, si los principios de dicha interpretación son en particular atractivos, porque entonces confrontará los lapsos infrecuentes de la comunidad al respetar estos principios contra su virtud al respetarlos en general. La restricción que la concordancia impone sobre la sustancia, en cualquier teoría de trabajo, es la restricción de un tipo de convicción política por encima de otro en el juicio general acerca de cuál es la interpretación que más favorece un registro político, tomando todo en cuenta. Segunda, el método de esta restricción es el método que identificamos en la novela en cadena. No es la restricción de los difíciles hechos externos ni del consenso interpersonal. Es la restricción estructural de distintos tipos de principios dentro de un sistema de principios, y sin embargo, es genuino por eso.

Ningún juez mortal puede o debería tratar de articular su teoría de trabajo instintiva o hacer esa teoría tan concreta y detallada que no fuera necesario pensar nada más en ningún caso. Debe considerar provisorio cualquier principio general o método práctico que haya seguido en el pasado y estar preparado para abandonarlos en favor de un análisis más sofisticado cuando la ocasión lo requiera. Estos serán los momentos de especial dificultad para cualquier juez, pedir nuevos juicios políticos que pueden ser difíciles de elaborar. Sería absurdo suponer que siempre tendrá a mano las convicciones de moralidad política necesarias para tales ocasiones. Los casos muy difíciles lo obligarán a desarrollar su concepción del derecho junto con su moralidad política en una forma que se apoyen mutuamente. Sin embargo, es posible que cualquier juez enfrente cuestiones nuevas y desafiantes como una cuestión de principio, y esto es lo que el

derecho como integridad le exige. Debe aceptar que al elegir por fin una interpretación por encima de otra de una línea de precedentes muy competitiva, tal vez después de pensarlo y cambiar de convicción, está desarrollando su concepción del derecho en una dirección y no en la otra. Esta le debe parecer la dirección correcta como una cuestión de principio político, y no una atracción del momento porque recomienda una decisión atractiva para el caso inmediato. En este consejo cabe la decepción, incluyendo la auto-decepción. Pero en la mayoría de las ocasiones, los jueces podrán reconocer cuándo han sometido una cuestión a la disciplina que describe. Y también, reconocer cuándo otro juez no lo ha hecho.

Algunas objeciones familiares

Hércules juega a la política

Hércules ha completado su tarea en el caso McLoughlin. Declara que la mejor interpretación de los casos sobre daños morales, tomando todo en cuenta, es la 5): la ley otorga compensación por cualquier daño moral causado por el manejo negligente y previsible por cualquier automovilista razonablemente precavido. Pero acepta que para llegar a esa conclusión se ha basado en su propia opinión de que este principio es mejor (más justo y equitativo) que cualquier otro elegible según lo que considera el criterio de concordancia adecuado. También acepta que esta opinión es polémica: no todos sus colegas jueces la comparten, algunos de ellos piensan que otra interpretación es mejor, como por ejemplo la 6). ¿Qué quejas pueden atraer sus argumentos? La primera en la lista que propongo considerar acusa a Hércules de ignorar el verdadero derecho por daños morales y de sustituir sus propias opiniones acerca de cómo debería ser el derecho.

¿Cómo entendemos esta objeción? Podríamos interpretar la de dos maneras distintas. Podría significar que Hércules se equivocó al tratar de justificar su interpretación acudiendo a la justicia y la equidad porque ni siquiera pasa la prueba inicial de concordancia. No podemos asumir, sin volver a revisar los casos que Hércules consultó, que este argumento es erróneo. Quizás esta vez, Hércules cometió un pequeño desliz; tal vez, si hubiera extendido su campo de estudio de precedentes, habría descubierto que sólo una interpretación pudo sobrevivir, y este descubrimiento habría establecido entonces la ley para él, sin comprometer su opinión acerca de la justicia de requerir compensación por accidentes. Sin embargo, es improbable que hasta la prueba inicial de concordancia más estricta siempre permita sólo una interpretación, de modo que la objeción, así entendida, no sería una objeción general con respecto a los métodos de adjudicación de Hércules sino una queja por haber aplicado en forma equivocada sus métodos en ese caso en particular.

Por lo tanto, deberíamos considerar la segunda interpretación de la objeción, que es a su vez la más interesante: ésta sostiene que un juez nunca debe basarse en sus convicciones personales sobre equidad o justicia en la forma en que Hércules lo hizo en este caso. Supongan que el crítico dice: "La correcta in-

terpretación de una línea de decisiones anteriores puede descubrirse a través de medios moralmente neutrales, porque la correcta interpretación es sólo cuestión de descubrir qué principios intentaban establecer los jueces que tomaron estas decisiones, y ésta es una cuestión de hecho histórico." Hércules señalará que este crítico necesita una razón política para su dictamen de que las interpretaciones deben estar de acuerdo con las interpretaciones de los jueces anteriores. Esta es una forma extrema de la posición que ya hemos considerado, de que una interpretación es mejor si concuerda con lo que dijeron e hicieron los jueces del pasado, y hasta este débil reclamo depende de los argumentos especiales de moralidad política que describí. El crítico supone que estas razones especiales no sólo son fuertes sino también dominantes; que son tan poderosas que un juez siempre se equivoca al considerar una interpretación que no cumple con la norma que establece, sin importar lo bien que esta interpretación relacione, explique y justifique decisiones del pasado.

De manera que el crítico de Hércules, si es que su argumento tiene alguna fuerza, no se basa después de todo en convicciones interpretativas moralmente neutrales. El también ha comprometido sus propias convicciones de moralidad política. Cree que los valores políticos que apoyan este estilo interpretativo tienen una importancia tan fundamental que eliminan cualquier autoridad de justicia. Esa puede ser una posición posible, pero es polémica y no es neutral en absoluto. Su diferencia con Hércules no es, tal como sugirió en un principio, sobre si la moralidad política es relevante al decidir qué es el derecho, sino sobre qué principio de moralidad es sólido, y por lo tanto, decisivo en esa cuestión. De modo que la primera, cruda objeción, de que Hércules ha sustituido sus propias convicciones políticas por la correcta interpretación, neutral desde el punto de vista político, de la ley del pasado, es un conjunto de confusiones.

Hércules es un fraude

La segunda objeción es más sofisticada. Ahora, el crítico declara: "Es absurdo suponer que exista una sola interpretación correcta sobre los casos de daños morales. Dado que hemos descubierto dos interpretaciones de estos casos, ninguna de las cuales está por encima de la otra sobre la base de una concordancia 'neutral', ningún juez se vería forzado por el principio adjudicativo de integridad a aceptar cualquiera de las dos. Hércules ha elegido una sobre una franca base política; su elección refleja sólo su propia moralidad política. En estas circunstancias no le queda más que elegir legislar en esa forma. Sin embargo, para él es fraudulento sostener que ha descubierto, a través de su elección política, qué es el derecho. Sólo ofrece su propia opinión acerca de lo que debería ser."

A muchos lectores, esta objeción les parecerá poderosa y debemos prestar atención para no debilitarla al tratar de que parezca reclamar más de lo que reclama. No trata de volver a instaurar la idea del convencionalismo, que cuando se termina la convención un juez está libre para mejorar la ley según las normas legislativas correctas; y mucho menos la idea del pragmatismo de que siempre puede hacer esto, obstaculizado sólo por consideraciones de estrategia. Reconoce que los jueces deben elegir entre las interpretaciones que pasen la prueba de concordancia. Insiste en que no puede haber una mejor interpretación cuando más de una pasa esta prueba. Es una objeción, tal como lo he planteado,

desde dentro de la idea general del derecho como integridad; trata de proteger esa idea de la corrupción por fraude.

¿Esta objeción es acertada? ¿Por qué resulta fraudulento, e incluso confuso que Hércules ofrezca su juicio como un juicio de ley? Una vez más, hay dos respuestas distintas posibles, dos formas de elaborar la objeción, y no podemos dar crédito a la objeción a menos que distingamos y consideremos cada una de ellas. La primera elaboración es la siguiente: "La declaración de Hércules es fraudulenta porque sugiere que puede haber una respuesta a la pregunta de si la interpretación 5) o 6) es más equitativa o justa; dado que la moralidad política es subjetiva no puede haber una sola respuesta correcta a esa pregunta, sino sólo respuestas." Esta es la objeción del escepticismo moral que discutimos en detalle en el Capítulo 2. No puedo dejar de decir algo más sobre ello, pero utilizaré a un nuevo crítico, con una sección propia, para hacerlo. La segunda elaboración no se basa en el escepticismo: "Hércules es un fraude aun si la moralidad es objetiva y aun si tiene razón acerca de que el principio de previsibilidad al que llega es objetivamente más equitativo y justo. Es un fraude porque pretende haber descubierto qué es el derecho, pero sólo ha descubierto lo que debería ser." Esa es la forma de objeción que consideraré a continuación.

De una concepción del derecho pedimos que proporcione una descripción de los fundamentos del derecho (las circunstancias bajo las cuales los reclamos sobre qué es el derecho deben ser aceptados como verdaderos o válidos) que demuestren por qué el derecho permite la coerción. El derecho como integridad responde que los fundamentos del derecho se basan en la integridad, en la mejor interpretación constructiva de las decisiones legales del pasado y que el derecho es por lo tanto sensible a la justicia de la manera que Hércules reconoce. De modo que no hay forma de que Hércules pueda divulgar su conclusión acerca del caso McLoughlin excepto para decir que la ley, tal como él la entiende, está a favor de la señora McLoughlin. Si dijera lo que el crítico recomienda, que no posee el derecho legal a ganar pero que posee el derecho moral que él propone honrar, estaría realizando una aserción errónea de su perspectiva sobre el problema. Pensaría que es una verdadera descripción de algunas situaciones (si pensara que la ley es demasiado inmoral como para hacerla cumplir, por ejemplo) pero no de ésta. Un crítico podría disentir con Hércules en muchos niveles. Podría rechazar el derecho como integridad en favor del convencionalismo, el pragmatismo o alguna otra concepción del derecho. O podría aceptarlo pero llegar a distintas conclusiones que Hércules porque tiene ideas diferentes acerca de los requisitos necesarios para la concordancia, o diferentes convicciones sobre equidad, justicia o la relación entre ellas. Sin embargo, puede considerar fraudulento el uso del "derecho" de Hércules (o gramaticalmente incorrecto) sólo si sufre por el vigor semántico, sólo si supone que los reclamos de derecho están, de alguna manera, fuera de lugar cuando no provienen en forma directa del conjunto de criterios reales para el derecho que todo abogado competente acepta.

No obstante, un aspecto de la presente objeción podría ser considerado inmune a mis argumentos en contra del resto. Aun si estamos de acuerdo en que las conclusiones de Hércules sobre la señora McLoughlin están correctamente presentadas como conclusiones de derecho, podría parecer extravagante sostener que estas conclusiones provienen de la integridad entendida como un ideal

político bien definido. ¿No sería más apropiado decir que la integridad forma parte de las conclusiones de Hércules hasta el punto donde ha rechazado toda interpretación que no pase la prueba inicial de concordancia, pero que la integridad no participa en la selección entre aquellas que pasaron la prueba? ¿No deberíamos decir que su concepción del derecho está constituida en realidad por dos concepciones: el derecho como integridad complementado, cuando la integridad se agota, por alguna versión de la teoría de derecho natural? Esta no es una objeción muy importante; sólo sugiere una manera distinta de dar parte de las conclusiones que ya no desafía. Sin embargo, la observación que la impulsa es demasiado cruda. Es un error pensar que la idea de integridad es irrelevante con respecto a la decisión de Hércules una vez que esa decisión ya no trata sobre sus convicciones sobre concordancia, sino que gira sobre su sentido de equidad o también de justicia.

El espíritu de integridad, que situamos en la fraternidad, se vería ultrajado si Hércules tomara su decisión de otra manera que no fuera eligiendo la interpretación que considera mejor desde el punto de vista de la moralidad política. Aceptamos la integridad como un ideal político porque queremos tratar a nuestra comunidad política como una comunidad de principio, y los ciudadanos de una comunidad de principio no sólo apuntan a principios simples, como si la uniformidad fuese lo único que quisieran, sino a los mejores principios comunes que la política pueda encontrar. La integridad es diferente de la justicia y la equidad, pero está unida a ellas de esa manera: la integridad sólo tiene sentido entre personas que quieren equidad y justicia. De modo que la elección final de Hércules de la interpretación que considera más acertada (más equitativa y justa en la relación correcta) proviene de su compromiso inicial con la integridad. Realiza esa elección en el momento y en la forma que la integridad lo permite y requiere, y por lo tanto es erróneo decir que ha abandonado el ideal justo en ese punto.

Hércules es arrogante, pero no deja de ser un mito

Hablaré ahora, brevemente, de dos críticos menos importantes pero que sin embargo, deben ser escuchados. He descrito los métodos que utiliza Hércules en lo que algunos denominarán una manera subjetiva, al describir las preguntas que debe responder y los juicios que debe hacer para sí mismo. Otros jueces responderían a esto de un modo distinto y podrían estar de acuerdo con uno de ellos en lugar de coincidir con Hércules. En un momento, consideraremos si algo de esto significa que ni Hércules ni ningún otro juez o crítico pueda tener "realmente" razón acerca de lo que es el derecho. Sin embargo, la opinión de Hércules será polémica sin importar la forma en que respondamos esa pregunta filosófica, y su nuevo crítico se aferra al hecho de esa controversia, sin mancha de escepticismo externo o interno. "Haya o no respuestas correctas a las preguntas interpretativas de las cuales dependen los juicios de Hércules, es injusto que la respuesta de un juez (o de una mayoría de jueces en un panel) sea aceptada como decisiva, cuando no tiene forma de *probar* que su opinión es mejor que la de aquellos que están en desacuerdo."

Para obtener una respuesta, debemos regresar a nuestro caso más general del derecho como integridad. Queremos que nuestros funcionarios nos consi-

deren unidos en una asociación de principio, y lo queremos por razones que no dependen de una identidad de convicción entre estos funcionarios, ya sea sobre concordancia o sobre los principios más sustantivos que compromete una interpretación. Nuestras razones perduran cuando los jueces disienten, al menos en detalle, acerca de la mejor interpretación del orden político de la comunidad, porque cada juez sigue confirmando y reafirmando el carácter de principios de nuestra asociación al luchar, a pesar del desacuerdo, para alcanzar su propia opinión en lugar de volcarse a la tarea más simple de una nueva legislación. Pero aun si esto no fuera así, la actual objeción no podría ser considerada una objeción al derecho como integridad, porque se aplicaría con toda su fuerza al pragmatismo o al convencionalismo, que se convierte en pragmatismo en cualquier caso lo suficientemente difícil como para llegar ante un tribunal de apelación. ¿Cómo puede ser más equitativo para los jueces hacer cumplir sus propios puntos de vista acerca del mejor futuro, sin las restricciones de cualquier requisito de coherencia con el pasado, que los más complejos pero no menos polémicos juicios que requiere el derecho como integridad?

Aparece otro crítico menor, su objeción es diferente. Sostiene: "Hércules es un mito. Ningún juez verdadero posee sus poderes y es absurdo considerarlo un ejemplo que otros deben seguir. Los verdaderos jueces deciden los casos difíciles en una forma más instintiva. No construyen y prueban varias interpretaciones rivales contra una matriz compleja de principios morales y políticos. Su pericia los lleva a ver una estructura en hechos y doctrina de inmediato; eso significa realmente pensar como un abogado. Si deciden imitar a Hércules, tratando de asegurar en cada caso alguna teoría general del derecho, estarían paralizados mientras que su sumario se obstruiría." Este crítico no entiende nuestro ejercicio. Hércules nos resulta útil porque es más reflexivo y cohibido de lo que cualquier juez verdadero necesita ser o, dada la presión del trabajo, podría ser. No hay duda de que los verdaderos jueces deciden la mayoría de los casos en una forma menos metódica. Pero Hércules nos muestra la estructura oculta de sus sentencias, y las deja abiertas al estudio y a la crítica. Mas aun, debemos tener cuidado en hacer la distinción de los dos sentidos en los que podría decirse que tiene mayores poderes que cualquier juez real. Trabaja mucho más aprisa (y por lo tanto, tiene más tiempo disponible) y eso le permite explorar caminos e ideas que los demás no pueden; puede seguir no sólo una o dos líneas evidentes al extender el campo de estudio de casos sino todas las líneas posibles. Ese es el sentido en el que puede aspirar a mucho más que ellos: puede aspirar a una teoría comprensiva, mientras que la de ellos debe ser parcial. Sin embargo, no puede internarse en los misterios trascendentales que son opacos para ellos. Sus juicios de concordancia y de moralidad política están hechos de la misma materia y tienen el mismo carácter. Hace lo que harían los demás si tuvieran que dedicar su carrera a una sola decisión; ellos no necesitan una concepción del derecho diferente de la suya sino habilidades de manejo y de eficiencia que él nunca necesitó cultivar.

Ahora, este crítico adapta su juicio. "De todas formas, Hércules tiene demasiada teoría para casos simples. Los buenos jueces saben que el significado evidente de un estatuto simple, o una regla precisa que se aplica siempre y que jamás se puso en duda en un precedente, es la ley y que no hay nada más que agregar. Sería ridículo y no sólo una pérdida de tiempo; someter estas verdades

indiscutibles a pruebas interpretativas en cada ocasión. De modo que el derecho como integridad, con su pesada y elaborada estructura, es a lo sumo una concepción para casos difíciles. Algo más parecido al convencionalismo es una mejor interpretación de lo que hacen los jueces en los casos fáciles." En derecho, la distinción entre casos fáciles y casos difíciles no es tan clara ni tan importante como pretende el crítico, tal como lo veremos en el Capítulo 9, pero Hércules no necesita ese punto ahora. El derecho como integridad explica y justifica tanto los casos fáciles como los difíciles; y también demuestra por qué son fáciles. Es obvio que el límite de velocidad en California es de 88 km por hora porque es obvio que cualquier interpretación competente del código de tránsito de California lleva a esa conclusión. De modo que los casos fáciles son, para el derecho como integridad, sólo casos especiales de casos difíciles, y la queja del crítico es la única que Hércules podría conceder: que no es necesario hacer preguntas cuando ya conocemos la respuesta.

Escepticismo en el derecho

La objeción del escepticismo interno

Ningún aspecto del derecho como integridad ha sido tan malinterpretado como su rechazo a aceptar la opinión popular de que no existen respuestas correctas únicas en los casos difíciles del derecho. He aquí una declaración representativa de la opinión que Hércules rechaza: "Los casos difíciles son difíciles porque diferentes grupos de principios se adaptan a decisiones anteriores lo suficientemente bien como para ser consideradas interpretaciones elegibles. Abogados y jueces disienten acerca de cuál de las dos es más equitativa o justa, pero ninguna de las dos partes puede estar "realmente" en lo cierto porque no existen normas de equidad y justicia objetivas que un observador neutral pueda utilizar para decidir entre ellas. De modo que el derecho como integridad llega a la conclusión de que en los casos como el McLoughlin, la ley no existe. Hércules es un fraude porque pretende que sus propias opiniones objetivas son mejores que las de aquellos que disienten con él. Sería más honesto de su parte que admitiera que no tiene fundamentos para su decisión excepto sus preferencias subjetivas."

En el Capítulo 2, hicimos la distinción entre lo que denominé escepticismo externo y escepticismo interno. Aun si el escepticismo externo es acertado como posición filosófica, no representa una amenaza para nuestro caso del derecho como integridad o para los métodos de Hércules de adjudicación bajo el mismo. He sido cuidadoso, tal como dije, al describir el derecho como integridad de una manera impecable desde el punto de vista del escéptico externo. Describí las preguntas que los jueces deberían plantearse, según esa concepción del derecho, y que deberían contestar según sus propias convicciones. El escepticismo externo no niega que estas preguntas tengan sentido; el escéptico externo tendrá sus propias respuestas, las que preferirá a las respuestas de los demás y podrá desempeñar el papel de Hércules tan bien como cualquiera de sus opositores. Sólo objeta ante lo que cree que es una mala descripción del pro-

ceso que busca descubrir verdades interpretativas o morales "allí afuera" o "encerradas en la red del universo". Sin embargo, estas metáforas son representaciones engañosas de lo que alguien quiere expresar cuando dice, por ejemplo, que los principios de la interpretación 5) son en realidad mejor que los de la interpretación 6); esa declaración es una aclaración de su propia opinión interpretativa y no una clasificación filosófica de ella. Así que Hércules podría aceptar no utilizar nunca palabras redundantes tales como "objetivo" o "realmente" para decorar sus juicios, que para él tienen el mismo significado sin estas palabras, y entonces, los escépticos externos ya no tendrían ninguna queja o argumento en contra de su manera de decidir el caso McLoughlin.

Admiti, sin embargo, que el escepticismo interno ofrece una objeción mucho más poderosa a nuestro proyecto, y utilizaré a un nuevo crítico para desarrollar y evaluar dicha sugerencia. ¿Qué formas podría adoptar su escepticismo interno? Hay varias posibilidades. Podría estar de acuerdo, por ejemplo, en que las interpretaciones 5) y 6) pasan la prueba inicial de concordancia correspondiente, pero podría negar que una fuera superior a la otra en moralidad política porque ambas son moralmente incorrectas o porque son irrelevantes en alguna forma fundamental. Sin embargo, el argumento parece inverosímil. Tal vez, rechaza la idea misma de responsabilidad en la negligencia; piensa que nadie causa un mal sin hacerlo en forma maliciosa. Esto no justificaría el escepticismo local acerca de las interpretaciones 5) y 6); aprueba la 6) como superior a la 5), aunque dudosa en sí misma. De modo que debemos imaginarlo pensando que es inapropiado preguntar si las personas tienen el deber de compensar a otras por su negligencia; es el tipo de pregunta equivocado, como preguntar con qué mano la cortesía exige que uno se quite el sombrero. Ni siquiera esto justificaría el escepticismo acerca de la decisión que tomaría Hércules. Si la moralidad no tiene nada que ver con la negligencia, entonces el Estado no puede tener garantía para intervenir y coaccionar la compensación, y una vez más, este argumento está a favor de la interpretación 6), por lo menos como preferible a la 5), porque la primera permite que el Estado transgreda con menor frecuencia aquello que no le concierne.

Es así como es poco probable que nuestro escéptico crítico nos convenza a través de este tipo de argumento. Podría argumentar a favor del escepticismo interno de un modo distinto, al tratar de demostrar que la práctica legal es demasiado contradictoria como para admitir una interpretación coherente. Hércules sabe que la ley está lejos de tener una total coherencia de principio. Sabe que la supremacía legislativa da fuerza a los mismos estatutos que son incoherentes en principio con otros, y que la división del derecho consuetudinario, junto con la prioridad local, permite incluso allí la incoherencia. Pero supone que estas contradicciones no son tan penetrantes e ingobernables dentro de los departamentos del derecho que haga su tarea imposible. Asume que puede encontrarse un grupo de principios razonablemente verosímiles, pero cada departamento del derecho que deba hacer valer, que se adapte lo suficiente como para ser considerado como una interpretación elegible. Esa es la suposición que ahora objeta el crítico. Insiste en que, por ejemplo, la ley sobre accidentes tiene tantas contradicciones que ninguna interpretación puede adaptarse más que a una parte arbitraria y limitada de la misma.

Esta es una objeción escéptica mucho más fuerte porque ataca la viabilidad

de la integridad en la raíz. Nos obliga a tomar un aspecto del requisito de concordancia que pospuse, la distinción fundamental entre competencia y contradicción de principio. Supongan que Hércules llega a la conclusión, en la variación que corresponde al peor de los casos que acabo de mencionar, que ambas interpretaciones, la 5) y la 6), se adaptan a una parte importante de los antecedentes y ninguna se adapta en su totalidad. Responde con la extensión de su campo y la búsqueda de una interpretación más general de la ley sobre accidentes que aisle y limite esta contradicción. Propone lo siguiente: "Nuestro derecho en su totalidad reconoce dos principios como pertinentes a las pérdidas que se debe permitir que sufran las personas por accidentes. El primero es un principio de compatibilidad colectiva. Sostiene que el Estado tendría que tratar de proteger a las personas evitando que se arruinen a causa de los accidentes, aun cuando el accidente sea ocasionado por su culpa. Este principio es muy aparente en distintos tipos de programas de seguridad reguladora, en los estatutos de compensación para los trabajadores y en los planes de seguro por riesgo a la propiedad y la persona, subsidiados por el Estado, que no están adecuadamente cubiertos en el mercado privado de seguros. El segundo es un principio que distribuye los costos de un accidente entre los actores privados de la obra que lo produjo. Sostiene que las pérdidas por accidentes deberían ser soportadas por la persona que cometió la falta y no la víctima inocente. Este principio es más evidente en la ley sobre negligencia, incluyendo las enmiendas legislativas o suplementos al derecho consuetudinario de negligencia.

"Estos son principios independientes y sería un grave malentendido de la lógica de principio considerarlos contradictorios. No es incoherente reconocerlos a ambos como principios; por el contrario, cualquier visión moral sería defectuosa si negara cualquiera de los dos impulsos. Sin embargo, en algunos casos entrarán en conflicto, y la coherencia requerirá entonces un esquema de prioridad, peso o adaptación no arbitrario, un esquema que refleje sus fuentes respectivas en un nivel más profundo de moralidad política. Un accidente donde el actor negligente quedaría arruinado si fuera responsable por todo el daño causado es un ejemplo de este tipo de conflicto. El primer principio urge al Estado a protegerlo de la pérdida catastrófica porque su responsabilidad sería entonces tanto un accidente para él, a pesar de ser por su culpa, como un accidente industrial, culpa de su víctima. Sin embargo, el segundo principio declara que si cualquiera de los dos actores de la obra debe sufrir, éste debe ser el actor que cometió la falta. Urge al Estado para que lo obligue a compensar por completo a cada una de sus víctimas. Sería una adaptación conveniente de los dos principios que el Estado requiriera al acusado que compensara a algunas víctimas, o algunas víctimas hasta cierto punto, y que luego hiciera el balance de pérdidas para otras víctimas del tesoro público. Pero en ausencia de un estatuto que lo proporcione, o cualquier tradición del derecho consuetudinario de compensación estatal que pudiera ser aprovechada, ésta no es una posibilidad interpretativa. Por el informe que encuentro, estoy limitado a decidir que uno de los dos principios debe ceder en estas circunstancias. Si prevalece el primero, es decisivo para el acusado que la pérdida sea mucho mayor para él, si se impusiera la responsabilidad total, que para cualquier demandante potencial si no se la impusiera. Si prevalece el segundo, la falta del acusado es decisiva en su contra a pesar de la magnitud de su pérdida potencial total.

“Debe concederse (todavía suponemos el peor de los casos) que hasta el momento, el Estado no se ha expresado con unanimidad sobre dichos casos. Algunas decisiones judiciales han permitido que prevalezca el segundo principio sobre el primero, que es la solución que establece la interpretación 5), y algunos han permitido que la primera prevalezca sobre la segunda, en la forma que recomienda la interpretación 6). Mi situación interpretativa es entonces la siguiente: Las restricciones de concordancia me exigen que encuentre un lugar en cualquier interpretación general de nuestra práctica legal para los dos principios más abstractos de compatibilidad y responsabilidad. Ninguna interpretación que negara cualquiera de los dos sería razonable; no se podría satisfacer la integridad si se negara por completo alguna de ellas. Sin embargo, la integridad requiere alguna solución para su impacto competitivo en casos de accidente cuando la responsabilidad ilimitada sería desastrosa, una elección que nuestra práctica no ha hecho pero que debe surgir, como un juicio posinterpretativo, de mi análisis. La integridad requiere esto porque también exige que continúe con la historia general, donde los dos principios tienen un lugar definido, de la mejor manera posible y tomando todo en cuenta. Según mi opinión, esto se hace mejor al situar el segundo principio por encima del primero, por lo menos en los casos de accidentes automovilísticos cuando el seguro de responsabilidad puede conseguirse en forma privada y en términos sensatos. Hago esta elección porque creo que a pesar de que el impulso detrás de los dos principios es atractivo, el segundo es más poderoso en estas circunstancias. Ello exige que declare como errores un cierto número de decisiones judiciales anteriores y que las invalide si mi jurisdicción me lo permite. Pero el número de decisiones que debo contar como errores no es de gran, o fundamental importancia, visto desde la perspectiva de la práctica legal, que el hecho de pasarlos por alto no me deja una base sólida para la interpretación más general que acabo de describir.”

Estudios críticos legales

El escéptico interno no necesita aceptar este argumento, pero debe enfrentarse a él. Hércules supuso que los dos principios abstractos que identificó podían convivir cómodamente en la misma interpretación general de nuestra práctica legal, aun cuando a veces están en conflicto. El escéptico podría objetar esta declaración y argumentar que los principios son más antagónicos de lo que Hércules reconoce, que provienen de dos visiones incompatibles de la acción o responsabilidad humana y por lo tanto, no pueden estar juntos en un esquema de gobierno coherente. Desde esa perspectiva, el conflicto entre ellos no es un problema práctico ocasional sino un síntoma de una profunda esquizofrenia doctrinal. Algunos profesores de derecho, en particular los que no son totalmente norteamericanos, comienzan a hacer esa crítica sobre las prácticas legales de su comunidad. (16) Sólo ven una contradicción filosófica donde Hércules espera mostrar un sistema.

Los “estudios críticos legales”, que es el nombre de su movimiento, se definen hasta el momento por suscripción: sus acólitos se reúnen en conferencias cuyos propósitos incluyen el de decidir qué es el movimiento. (17) Comparten actitudes importantes sobre la educación legal; esperan “desmitificar” el derecho para los estudiantes de derecho al recordarles lo que la jurisprudencia nor-

teamericana ha enfatizado durante varias décadas y esto es que la convicción política juega un papel importante en la adjudicación y que el cuerpo del derecho en cualquier momento refleja ideología, poder y también lo que erróneamente se denomina “lógica”. También tratan de que los estudiantes de derecho sean más sensibles a otras disciplinas, en particular la lingüística francesa y la metafísica hegeliana. Sus actitudes políticas los sitúan, como grupo, a la izquierda del espectro político norteamericano (han sido particularmente activos en distintos aspectos de la política de las escuelas de derecho) y mucho de lo que escriben se opone a lo que ellos consideran desarrollos conservadores en la teoría legal. Se oponen en especial al otro movimiento académico más importante en la educación legal actual de Norteamérica, llamado a veces el enfoque económico del derecho, que estudiaremos en el Capítulo 8.

En todo esto, salvo en su tímida postura izquierdista y su elección particular de otras disciplinas que celebrar, los estudios críticos legales se parecen al movimiento más antiguo del realismo legal norteamericano, y aún es demasiado pronto para decidir si es más que un intento anacrónico para hacer florecer ese movimiento una vez más. Gran parte de su retórica, como la del realismo legal, proviene del escepticismo externo: a sus miembros les gusta hacer acusaciones cortas de “objetivismo”, de “metafísica de derecho natural” o de la idea de valores “allí afuera” en el universo. Sin embargo, lo más prometedor escapa a los límites del realismo legal al aspirar a la forma global y amenazadora del escepticismo interno que acabo de describir. Sostiene que nuestra cultura legal, lejos de tener una forma dispuesta a aceptar una justificación de principio uniforme y coherente, sólo puede captarse a través de la métrica infértil de la contradicción. Rechazaría, tal como afirmé que lo haría un escéptico interno, la última descripción de Hércules de principios independientes, aunque a veces conflictivos, respecto de las pérdidas individuales en los accidentes. Los estudios críticos legales contarían una historia diferente: de dos ideologías profundamente antagónicas dentro del derecho, una proveniente tal vez, de impulsos comunitarios de altruismo e interés mutuo y la otra, de ideas contradictorias de egoísmo, autosuficiencia y moralismo.

Lamentablemente, gran parte de la literatura de los estudios críticos legales anuncia en lugar de defender estas afirmaciones, como si fueran evidentes en sí mismas. Esto puede reflejar un serio malentendido con respecto al tipo de argumento necesario para establecer una posición escéptica: el argumento debe ser interpretativo en lugar de histórico. Los historiadores críticos legales describen el derecho en forma genética rastreando distintas partes de la doctrina legal a los intereses e ideologías que cada uno situaba originalmente en el derecho, la moldeaba o retenía. Sus blancos son otros historiadores que ofrecen teorías improvisadas que pretenden explicar el desarrollo histórico del derecho como el desdoblamiento de algún diseño funcionalista general; no tienen dificultad al defender, contra estas descripciones improvisadas, un enfoque menos estructurado de la explicación causal en el derecho, un enfoque más permisivo de eventualidad y accidente. (18) Su trabajo es útil para Hércules y lo negaría bajo su propio riesgo porque le recuerda que nada en la forma en que fue producida su ley garantiza el éxito de que encuentre una interpretación coherente de ese trabajo. Sin embargo, la historia tampoco garantiza su fracaso; porque sus ambiciones son interpretativas en el sentido apropiado a los fundamentos filosó-

ficos del derecho como integridad. Trata de imponer el orden por encima de la doctrina, y no de descubrir el orden en las fuerzas que la crearon. Lucha por un grupo de principios que ofrecer a la integridad, un esquema para transformar los distintos lazos en cadena del derecho en una visión del gobierno con una voz unánime, aun cuando esto sea muy diferente de las voces de los líderes del pasado. Podría fracasar (hemos estado señalando las formas en que podría hacerlo) pero su fracaso no está asegurado por nada de lo que enseña la historia, aun la más cuidadosa y sensible. Existe un segundo estilo, más filosófico, en la literatura de los estudios críticos legales que es más apropiado porque sus reclamos son entendidos con mayor facilidad como interpretativos. Su objetivo no sólo es demostrar que las distintas ideologías produjeron distintas partes del derecho sino que cualquier justificación contemporánea competente de estas diferentes partes mostraría necesariamente contradicciones fundamentales de principio, que Hércules debe fracasar al imponer una estructura coherente al imperio de la justicia en su totalidad. Sin embargo, este escéptico reclamo interpretativo es poderoso y pertinente sólo si comienza por donde lo hace Hércules: debe sostener haber buscado una interpretación menos escéptica y haber fracasado. Nada es más fácil o más inútil que demostrar que una descripción defectuosa y contradictoria es tan válida como una más atractiva y con menos defectos. El escéptico interno debe demostrar que la descripción defectuosa y contradictoria es la única disponible.

Liberalismo y contradicción

¿Existe un camino rápido para llegar a esa declaración ambiciosa y negativa? Los estudios críticos legales tratan de encontrar uno en lo que parecen ser los errores filosóficos de la teoría política liberal. Este argumento tiene dos pasos. En primer lugar, sostiene que la estructura constitucional y las principales líneas doctrinales de las democracias occidentales modernas sólo pueden ser justificadas como la elaboración de una perspectiva fundamentalmente liberal de la personalidad y la comunidad. Insiste en que la distinción entre adjudicación y legislación, prominente en dicha estructura, refleja una concepción liberal de la libertad; señala, por ejemplo, las características del derecho privado de contratos, agravios y propiedad que ponen en vigor ideas liberales de responsabilidad individual. El segundo sostiene que el liberalismo, como un sistema filosófico que combina ideas metafísicas y éticas, es profundamente contradictorio y que las contradicciones del liberalismo aseguran por lo tanto el caos y la contradicción de cualquier interpretación disponible de nuestro derecho, la condena del proyecto de Hércules. Este es un argumento excitante, y cualquiera atraído por el liberalismo pensará que el primer paso es obligatorio. Sin embargo, los argumentos para el segundo paso, acerca de la incoherencia del liberalismo, hasta el momento, no han sido más que fracasos espectaculares y vergonzosos. Comienzan y terminan con una descripción defectuosa acerca de lo que es el liberalismo, una descripción que no se basa en ninguna interpretación verosímil de los filósofos que consideran liberales. (19)

Más aun, parecen ignorar por completo la distinción que a nosotros nos pareció crucial para cualquier argumento internamente escéptico, la distinción entre competencia y contradicción de principios. Este fracaso es también notable

en los ejercicios más detallados y doctrinales de los estudios críticos legales, incluyendo algunos cuya única función es la de criticar el derecho como integridad. Cito y discuto un ejemplo reciente en una nota, en forma bastante extensa, porque trata justo la parte del derecho que hemos utilizado como nuestra ilustración principal en este capítulo. (20) Deberían rescatarse los estudios críticos legales de estos errores porque sus ambiciones escépticas generales, entendidas a la manera del escepticismo interno, son importantes. Tenemos mucho que aprender del ejercicio crítico que proponen, tanto de sus fracasos como de sus logros. Sin embargo, esto supone que sus objetivos son aquellos del derecho como integridad, que trabaja para descubrir hasta qué punto los jueces tienen caminos abiertos (si es que los tienen) para mejorar el derecho mientras que respetan las virtudes de fraternidad para la cual trabaja la integridad. Estos son los objetivos de por lo menos algunos miembros del movimiento. (21) Otros pueden tener un objetivo diferente y opuesto. Pueden querer mostrar el derecho bajo su peor perspectiva en lugar de la mejor, mostrar caminos cerrados que en realidad están abiertos, y avanzar hacia una nueva mistificación al servicio de objetivos políticos secretos.