

EL MODELO DE LAS NORMAS (I)

1. CUESTIONES EMBARAZOSAS

Los abogados confían mucho en los conceptos relacionados de derecho jurídico y obligación jurídica. Decimos que alguien tiene un derecho o un deber jurídico y tomamos ese enunciado como base firme para presentar demandas e intimaciones y para criticar los actos de los funcionarios públicos. Pero la comprensión que tenemos de tales conceptos es notablemente frágil, y nos vemos en dificultades cuando intentamos decir qué son los derechos y las obligaciones jurídicos. Con sospechosa facilidad, decimos que el hecho de que alguien tenga o no una obligación jurídica se determina aplicando «el derecho» a los hechos particulares de su caso, pero no es una respuesta útil, porque con el concepto de derecho tenemos las mismas dificultades.

Estamos acostumbrados a evaluar nuestros problemas con las cuestiones clásicas de la jurisprudencia: ¿Qué dice «el derecho»? Cuando dos partes están, como a menudo sucede, en desacuerdo respecto de una proposición «de derecho», ¿sobre qué están en desacuerdo y cómo hemos de decidir cuál de ellas tiene razón? ¿Por qué consideramos lo que dice «el derecho» como asunto de «obligación» jurídica? La palabra «obligación», ¿es aquí un mero término técnico, que significa solamente lo que dice el derecho? ¿O la obligación jurídica tiene algo que ver con la obligación moral? ¿Podemos decir que tenemos, en principio al menos, las mismas razones para cumplir con nuestras obligaciones jurídicas que con nuestras obligaciones morales?

Y aquí no se trata de rompecabezas para tener guardados en el armario y sacarlos cuando llueve, para entretenernos. Estas cuestiones son fuente de continua incomodidad y nos reclaman insistentemente la atención. Nos molestan cuando nos enfrentamos con problemas concretos que debemos

resolver en uno u otro sentido. Supongamos que se plantea ante el tribunal un caso insólito de derecho a la intimidad y que no hay leyes ni precedentes que el querellante pueda invocar. ¿Qué papel ha de desempeñar en la decisión del tribunal el hecho de que la mayoría de las personas en la comunidad piensen que, «moralmente», los individuos tienen derecho a esa especial forma de intimidad? Supongamos que la Suprema Corte ordena poner en libertad a un preso porque la policía se valió de procedimientos que, ahora, la Corte considera constitucionalmente prohibidos, aunque haya habido decisiones previas de la misma Corte que los respaldaban. La Corte, para ser congruente, ¿debe liberar a todos los otros presos previamente condenados en virtud de esos mismos procedimientos?¹ Los enigmas conceptuales referentes al «derecho» y la «obligación jurídica» se agudizan cuando un tribunal se ve frente a un problema de este tipo.

Estas erupciones son síntoma de una enfermedad crónica. Casi todos los días mandamos gente a la cárcel o le hacemos pagar dinero, o les hacemos hacer cosas que ellos no quieren hacer, bajo la coerción de la fuerza, y todo eso lo justificamos diciendo que tales personas han infringido la ley o no han cumplido con sus obligaciones jurídicas o han interferido con los derechos legales de otras personas. Ni siquiera en los casos claros (un robo a un banco o el incumplimiento doloso de un contrato), en que estamos seguros de que alguien tenía una obligación jurídica y la infringió, podemos dar una explicación satisfactoria de qué es lo que eso significa, o por qué eso da derecho al estado para castigar o coaccionar al individuo. Podemos sentirnos seguros de que lo que estamos haciendo es lo adecuado, pero mientras no podamos identificar los principios que seguimos no podemos tener la seguridad de que son suficientes ni de que los estamos aplicando congruentemente. En los casos menos claros, en que el problema de si se ha faltado a alguna obligación es, por alguna razón, discutible, estas molestas cuestiones se agudizan, y se profundiza nuestra responsabilidad de encontrarles respuesta.

Ciertos juristas (a quienes podemos llamar «nominalistas») nos instan a resolver estos problemas ignorándolos, simplemente. En opinión de ellos, los conceptos de «obligación jurídica» y «derecho» son mitos, inventados y mantenidos por los abogados como resultado de una funesta mezcla de motivos conscientes y subconscientes. Los enigmas que encontramos en tales conceptos son meros síntomas de que se

trata de mitos. Son insolubles porque son irreales, y que nos preocupemos por ellos no es más que una característica de nuestra esclavitud. Lo mejor que podríamos hacer sería echar juntos a la basura los enigmas y los conceptos y perseguir nuestros importantes objetivos sociales sin ese exceso de equipaje.

La sugerencia es tentadora, pero tiene tremendas desventajas. Antes de que podamos decidir que nuestros conceptos del derecho y de la obligación jurídica son mitos, debemos decidir qué son. Debemos ser capaces de enunciar, aproximadamente al menos, qué es lo que todos creemos que está mal. Pero lo esencial de nuestro problema reside en que tenemos grandes dificultades para hacer precisamente eso. Es más, cuando preguntamos qué es el derecho y qué son las obligaciones jurídicas, estamos reclamando una teoría de la forma en que usamos estos conceptos y de los compromisos conceptuales que de nuestro uso se derivan. No podemos, antes de tener tal teoría general, llegar a la conclusión de que nuestras prácticas son estúpidas o supersticiosas.

Por cierto que los nominalistas creen saber cómo usamos esos conceptos el resto de nosotros. Creen que cuando hablamos de «el derecho» nos referimos a una serie de normas * intemporales almacenadas en algún depósito en espera de que los jueces las descubran, y que cuando hablamos de obligación jurídica pensamos en las cadenas invisibles con que de alguna manera nos envuelven esas normas misteriosas. Llamamos «jurisprudencia mecánica» a la teoría de que existen tales normas y cadenas, y tienen razón al ridiculizar a quienes la practican. Pero lo que se les hace difícil es encontrar, para ridiculizarla, gente que la practique. Hasta el momento no han tenido mucha suerte en lo tocante a enjaular jurisprudencia mecánica para exhibirlos (todos los especímenes capturados —incluso Blackstone y Joseph Beale— han tenido que ser dejados en libertad tras una cuidadosa lectura de sus textos).

En todo caso, está claro que la mayoría de los abogados no piensan en nada semejante cuando hablan de derecho y de obligación jurídica. Con un examen superficial de nuestras

* La palabra inglesa *rule* presenta una ambigüedad que hizo necesarias dos versiones: *norma* cuando, por el contexto, tiene una dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta (se habla así de “normas” morales o jurídicas), y *regla* cuando tiene el valor instrumental de regular una actividad (“reglas” de un juego o deporte, “reglas” técnicas, etc.). Sin embargo, se ha respetado la terminología acuñada en casos como el de la “regla de reconocimiento” de Hart. (N. de T.)

prácticas basta para demostrarlo, pues hablamos de leyes que cambian y evolucionan, y de obligaciones jurídicas que a veces son problemáticas. De ésta y de otras maneras, demostramos que no somos maniáticos de la jurisprudencia mecánica.

Pese a ello, usamos efectivamente los conceptos de derecho y de obligación jurídica, y suponemos que la justificación de la sociedad para castigar y ejercer coerción está escrita en esos términos. Es posible que cuando se pongan en claro los detalles de tal práctica, se demuestre que de hecho los conceptos que usamos son tan tontos y están tan contaminados de ilusión como los que inventaron los nominalistas. En tal caso, tendremos que encontrar otras maneras de describir lo que hacemos y ofrecer otras justificaciones, o bien cambiar nuestras prácticas. Pero, mientras no lo hayamos descubierto y nos hayamos adaptado a ello, no podemos aceptar la prematura invitación de los nominalistas y dar la espalda a los problemas que nos presentan nuestros conceptos actuales.

Por supuesto que la sugerencia de que dejemos de hablar de «derecho» y de «obligación jurídica» es exagerada. Son conceptos que están demasiado profundamente incorporados a la estructura de nuestras prácticas políticas, y no se puede renunciar a ellos como a fumar o a usar sombrero. Así lo han admitido, a medias, algunos nominalistas, que dicen que los mitos que ellos condenan deben ser considerados como mitos platónicos y mantenidos para inducir al orden a las masas. La sugerencia tal vez no sea tan cínica como parece; quizá sea una forma encubierta de eludir una apuesta dudosa.

Si lo depuramos de la exageración, el ataque nominalista se reduce a un ataque a la jurisprudencia mecánica. A pesar de la crítica y de los heroicos clamores por la muerte del derecho, los propios nominalistas han ofrecido un análisis de cómo se han de usar los términos «derecho» y «obligación jurídica», y su análisis no difiere mucho del que ofrecen filósofos más clásicos. Los nominalistas presentan el suyo como un modelo de cómo «operan en realidad» las instituciones jurídicas (en particular los tribunales). Pero su modelo difiere, principalmente en el énfasis, de la teoría que el filósofo John Austin popularizó por primera vez en el siglo XIX y que actualmente aceptan, en una u otra forma, la mayoría de los juristas, ya sea su actividad profesional o académica, que tienen alguna opinión sobre la jurisprudencia. Con cier-

ta imprecisión histórica, llamaré a dicha teoría «positivismo jurídico». Me propongo examinar la solidez de los fundamentos del positivismo jurídico, particularmente en la poderosa forma que le ha dado el profesor H. L. A. Hart. Opté por concentrarme en su posición debido no solamente a la claridad y elegancia de la misma, sino porque aquí, como en casi cualquier otro ámbito de la filosofía del derecho, un pensamiento constructivo debe partir de la consideración de los puntos de vista de Hart.

2. EL POSITIVISMO

El esqueleto del positivismo está constituido por unas cuantas proposiciones centrales en torno a las cuales se organiza, y que —aunque no todos los filósofos a quienes se llama positivistas las suscribirían, en la forma en que yo las presento— de hecho definen la posición general que me interesa examinar. Estos principios claves pueden ser enunciados de la manera siguiente:

a) El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento sera castigado o sometido a coerción por los poderes públicos. Estas normas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su *pedigree* u origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron. Estas pruebas de origen se pueden usar para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias (aquellas que abogados y juristas defienden equivocadamente como reglas de derecho), y también de otros tipos de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término de «normas morales») que la comunidad sigue, pero que no impone mediante la fuerza pública.

b) El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de «derecho», de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir «aplicando la ley». Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que «ejerza su discreción», lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la

preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente.

c) Decir que alguien tiene una «obligación jurídica» equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga. (Decir que un hombre tiene un derecho jurídico, o que tiene algún tipo de poder jurídico, o un privilegio o inmunidad jurídica, es una forma taquigráfica de aseverar que otros tienen obligaciones jurídicas, reales o hipotéticas, de actuar o de no actuar de ciertas maneras que a él le afectan.) En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica; de ello se sigue que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto.

Esto no es más que el armazón del positivismo. Los diferentes positivistas disponen de manera diversa su contenido, y hasta los hay que se crean el armazón a su manera. Las diferentes versiones se apartan entre sí ampliamente en su descripción del certificado de origen que debe satisfacer una norma para ser considerada norma jurídica.

Austin, por ejemplo, dio forma a su versión de la prueba fundamental como una serie de definiciones y distinciones relacionadas entre sí.² Definió el tener una obligación como el hecho de estar sometido a una norma, una norma como un mandato general, y un mandato como expresión del deseo de que otros se conduzcan de determinada manera, respaldado por el poder y la voluntad de hacer respetar dicha expresión en el caso de desobediencia. Distinguió clases de normas (jurídicas, morales o religiosas) según qué persona o grupo es autor del mandato general que representa la norma. En cada comunidad política, pensaba Austin, se encuentra un soberano, una persona o un grupo determinado a quien habitualmente obedecen los demás, pero que no está habituado a obedecer a nadie más. Las normas jurídicas de una comunidad son los mandatos generales que ha emitido su soberano. La definición que da Austin de la obligación jurídica se sigue de su definición del derecho. Creía que uno tiene una obligación jurídica si se cuenta entre aquellos a quienes se dirige alguna orden general del soberano y está en peligro de sufrir una sanción a menos que obedezca dicha orden.

Por cierto que no hay ningún esquema de órdenes mediante el cual el soberano pueda abarcar todas las contingencias, y algunas de sus órdenes serán inevitablemente vagas o de

límites imprecisos. Por consiguiente (de acuerdo con Austin), el soberano concede a quienes hacen respetar la ley (los jueces) la discrecionalidad de dar nuevas órdenes toda vez que se presenten casos nuevos o difíciles. Los jueces hacen entonces normas nuevas o adaptan las antiguas, y el soberano desconoce tales creaciones o bien, al no hacerlo así, tácitamente las confirma.

El modelo de Austin es bellissimo en su simplicidad. Afirma el primer dogma del positivismo, que el derecho es un conjunto de normas seleccionadas especialmente para gobernar el orden público, y ofrece una simple prueba fáctica —la pregunta por cuál ha sido el mandato del soberano— como único criterio para la identificación de esas normas especiales. Con el tiempo, sin embargo, los que estudiaron e intentaron aplicar el modelo de Austin lo encontraron demasiado simple. Se le plantearon muchas objeciones, entre las cuales había dos que parecían fundamentales. Primero, que no parecía que el supuesto clave de Austin —que en cada comunidad se puede encontrar un grupo o institución determinado que ejerce en última instancia el control de todos los otros grupos— fuera válido en una sociedad compleja. En una nación moderna el control político es pluralista y cambiante; es cuestión de flexibilidad y moderación, de compromiso, cooperación y alianza, de modo que con frecuencia es imposible decir que alguna persona o grupo tenga ese control absoluto, necesario para ser reconocido como soberano, en el sentido de Austin. Si se quiere decir, por ejemplo, que en los Estados Unidos el «pueblo» es soberano, eso no significa casi nada, y en sí mismo no constituye prueba alguna para determinar cuál ha sido el mandato del «pueblo», ni para distinguir sus mandatos jurídicos de los de orden social o moral.

En segundo lugar, los críticos comenzaron a darse cuenta de que el análisis de Austin no llega en absoluto a explicar, ni a reconocer siquiera, ciertos hechos sorprendentes en lo referente a las actitudes que adoptamos hacia «el derecho». Establecemos una importante distinción entre el derecho y las órdenes generales de un gángster. Sentimos que las exigencias del derecho —y sus sanciones— son diferentes, en cuanto son obligatorias de una manera que no lo son los mandatos del forajido. En el análisis de Austin no hay lugar para tal distinción, porque en él se define una obligación como sumisión a la amenaza de la fuerza, de modo que la autoridad del derecho se funda exclusivamente sobre la ca-

pacidad y la voluntad del soberano de perjudicar a quienes desobedecen. Quizá la distinción que nosotros establecemos sea ilusoria; tal vez nuestra sensación de que con el derecho va ligada alguna autoridad especial se base en resabios religiosos o en alguna otra especie de autoengaño en gran escala. Pero esto es algo que Austin no demuestra, y podemos, pues, insistir en que un análisis de nuestro concepto del derecho reconozca y explique nuestras actitudes, o bien demuestre por qué están equivocadas.

La versión del positivismo que da H. L. A. Hart es más compleja que la de Austin en dos sentidos. Primero, porque reconoce, cosa que Austin no hizo, que las normas son de diferentes géneros lógicos. (Hart distingue dos géneros, a los que denomina normas «primarias» y «secundarias».) En segundo lugar, rechaza la teoría de Austin de que una norma es una especie de mandato, y la sustituye por un análisis general más elaborado de la naturaleza de las normas. Debemos detenernos en cada uno de estos puntos, para después señalar cómo se funden en el concepto que Hart tiene del derecho.

La distinción de Hart entre normas primarias y secundarias es de gran importancia.³ Las normas primarias son las que aseguran derechos o imponen obligaciones a los miembros de la comunidad. Las normas del derecho penal que nos prohíben robar, asesinar o conducir a velocidad excesiva son buenos ejemplos de normas primarias. Las secundarias son las que estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias. Ejemplos de normas secundarias son las que establecen de qué manera se compone el Congreso y cómo efectúa su labor legislativa. Las normas referentes a la formación de contratos y a la ejecución de testamentos también son secundarias, porque estipulan de qué manera llegan a existir y se cambian normas muy particulares que rigen determinadas obligaciones jurídicas (p. ej., los términos de un contrato o las disposiciones de un testamento).

También es de gran importancia su análisis general de las normas.⁴ Austin había dicho que toda norma es un mandato general, y que una persona está obligada por una norma si es susceptible de ser sancionada en caso de desobedecerla. Hart señala que así se borra la distinción entre *verse obligado* a [*being obliged to*] hacer algo y *estar obligado* a [*being obligated to*] hacerlo. Si uno está limitado por una norma, está obligado (no se ve simplemente obligado) a ha-

cer lo que ésta prescribe; por consiguiente, estar limitado por una norma debe ser diferente de verse sometido a una sanción si uno desobedece una orden. Una norma difiere de una orden, entre otras cosas, por ser normativa, por establecer un estándar de comportamiento que plantea al sujeto una exigencia que trasciende la amenaza capaz de hacerla cumplir. Una norma nunca puede ser obligatoria simplemente porque una persona que tiene fuerza física quiere que lo sea. Tal persona debe tener *autoridad* para dictar la norma, porque si no, no es norma, y una autoridad tal sólo puede provenir de otra norma que es ya obligatoria para aquellos a quienes ella se dirige. Tal es la diferencia entre una ley válida y las órdenes de un pistolero.

Hart ofrece, pues, una teoría general de las normas que no hace depender la autoridad de éstas de la fuerza física de sus autores. Si examinamos la forma en que llegan a existir las diferentes normas, dice, y nos atenemos a la distinción entre normas primarias y secundarias, vemos que hay dos fuentes posibles para la autoridad de una norma:⁵

a) Una norma puede llegar a ser obligatoria para un grupo de gente porque ese grupo, mediante sus prácticas, la *acepta* como norma de su conducta. No es bastante con que el grupo se ajuste simplemente a un modelo de comportamiento: aunque la mayoría de los ingleses vayan al cine el sábado a la noche, no han aceptado una norma que les exija que lo hagan. Una práctica constituye la aceptación de una norma sólo cuando quienes siguen la práctica consideran la norma como obligatoria y la reconocen como razón o justificación de su propio comportamiento, y como razón para criticar el comportamiento de otros que no la obedecen.

b) Una norma también puede llegar a ser obligatoria de una manera muy diferente, a saber, al ser promulgada de conformidad con alguna norma *secundaria* que estipule que las leyes así promulgadas serán obligatorias. Si la constitución de un club estipula, por ejemplo, que los estatutos pueden ser adoptados por una mayoría de los miembros, entonces los estatutos particulares votados de esa manera son obligatorios para todos los miembros, no debido a ninguna práctica de aceptación de esos determinados estatutos, sino porque la constitución lo dice. En este sentido usamos el concepto de *validez*: a las normas que son obligatorias porque han sido creadas de la manera estipulada por alguna norma secundaria las llamamos normas «válidas».

Así, podemos expresar de la siguiente manera la distin-

ción fundamental que establece Hart: una norma puede ser obligatoria *a)* porque es aceptada o *b)* porque es válida.

El concepto de derecho que propone Hart es una construcción en la que intervienen estas diversas distinciones.⁶ Las comunidades primitivas no tienen más que normas primarias, que son obligatorias debido solamente a las prácticas de aceptación. De tales comunidades no se puede decir que tengan «derecho», porque no hay manera de distinguir un conjunto de normas jurídicas de las otras reglas sociales, como lo exige el primer principio del positivismo. Pero cuando una comunidad determinada ha llegado a tener una norma secundaria fundamental que estipula de qué manera han de ser identificadas las normas jurídicas, nace una idea de un conjunto distinto de normas jurídicas y, por ende, la del derecho.

Esta norma secundaria fundamental es lo que Hart llama «regla de reconocimiento». La regla de reconocimiento de una comunidad dada puede ser relativamente simple («Lo que el rey manda es derecho») o sumamente compleja (la constitución de los Estados Unidos, con todas sus dificultades de interpretación, puede ser considerada como una regla única de reconocimiento). Por ende, la demostración de que una norma determinada es válida puede exigir que se remonte una complicada cadena de validez, a partir de esa norma en particular, hasta llegar en última instancia a la norma fundamental. Así, una ordenanza de aparcamiento de la ciudad de New Haven es válida porque ha sido adoptada por un ayuntamiento, siguiendo los procedimientos y manteniéndose dentro de las competencias especificadas por la ley municipal adoptada por el estado de Connecticut, de conformidad con los procedimientos y dentro de las competencias especificadas por la constitución del estado de Connecticut, que a su vez fue adoptada de acuerdo con las exigencias de la constitución de los Estados Unidos.

Por cierto que una regla de reconocimiento no puede ser válida, porque es por hipótesis la instancia decisiva, de manera que no puede satisfacer las pruebas estipuladas por una norma superior. La regla de reconocimiento es la única regla de un sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación. Si deseamos saber qué regla de reconocimiento ha adoptado o sigue una comunidad determinada, debemos observar de qué manera se conducen sus ciudadanos, y particularmente sus funcionarios. Debemos observar qué argumentos decisivos aceptan como demostrativos de la

validez de una regla determinada, y qué argumentos últimos usan para criticar a otros funcionarios o a las instituciones. Aunque no podamos aplicar ninguna prueba mecánica, no hay peligro que confundamos la regla de reconocimiento de una comunidad con sus normas de moralidad. La regla de reconocimiento se identifica por el hecho de que su jurisdicción es el funcionamiento del aparato gubernamental de legislaturas, tribunales, organismos, policía y cosas semejantes.

De esta manera, Hart rescata de los errores de Austin los puntos fundamentales del positivismo. Está de acuerdo con Austin en que las normas jurídicas válidas pueden ser creadas en virtud de los actos de funcionarios públicos e instituciones públicas. Pero Austin pensaba que la autoridad de tales instituciones descansaba únicamente en su monopolio del poder. Hart encuentra esa autoridad en el conjunto de los estándares constitucionales que sirve de telón de fondo a su actuación; estándares constitucionales que han sido aceptados, en la forma de una regla fundamental de reconocimiento, por la comunidad a la cual rigen. Son éstos los antecedentes que legitiman las decisiones del gobierno y les dan el matiz de obligación del cual carecían las meras órdenes del soberano de Austin. La teoría de Hart difiere también de la de Austin porque reconoce que las diferentes comunidades usan diferentes fuentes de derecho, y que algunas permiten otros medios de creación de derecho, aparte el acto deliberado de una institución legislativa. Hart menciona la «larga práctica consuetudinaria» y la «relación [de una norma] con decisiones judiciales» como otros criterios de uso frecuente, aunque generalmente se los combine con la legislación y se los subordine a ella.

La versión que da Hart del positivismo es, pues, más compleja que la de Austin, y más refinada su forma de probar las normas jurídicas válidas. En un aspecto, sin embargo, los dos modelos son muy similares. Hart, como Austin, reconoce que las normas jurídicas tienen límites inciertos (él dice que son de «textura abierta») y, también como Austin, da cuenta de los casos difíciles diciendo que los jueces tienen y ejercen la discreción para decidirlos mediante una legislación nueva.⁷ (Más adelante procuraré demostrar por qué alguien que considera el derecho como un conjunto especial de normas se ve casi inevitablemente llevado a explicar los casos difíciles en función de algún ejercicio particular de la discreción.)

3. NORMAS, PRINCIPIOS Y DIRECTRICES POLÍTICAS

Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart. Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas.

Acabo de hablar de «principios, directrices políticas y otros tipos de pautas». En la mayoría de los casos usaré el término «principio» en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo «directriz» o «directriz política» * al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo «principio» a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester

* En el texto se usa "directrices políticas" o, simplemente, "directrices" como traducción del inglés *policies* (plural de *policy*, plan o curso de acción dirigido al logro de un objetivo social, económico, cultural, etc., y puesto en práctica por un gobierno, institución, empresa o persona), término que traducido como plural al castellano ("políticas") resulta incorrecto y equívoco. Su forma singular, en cambio, se ha hecho familiar —y es fácilmente distinguible de "política" en la acepción de "ciencia y arte de gobernar", y de lucha por el poder de hacerlo— en expresiones tan conocidas como "una política" desarrollista, o de reconversión industrial o de apoyo a las universidades privadas. En el mismo sentido ha de entenderse la forma adjetiva en frases como "argumentos políticos" o "consideraciones políticas". (N. de T.)

disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia), o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera.⁸

Mi propósito inmediato, sin embargo, es distinguir los principios —en el sentido genérico— de las normas, y empezaré por reunir algunos ejemplos de los primeros. Los ejemplos que ofrezco son escogidos al azar; casi cualquier caso tomado de los archivos de una facultad de derecho proporcionaría ejemplos igualmente útiles. En 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el famoso caso de *Riggs v. Palmer*,⁹ si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: «Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino».¹⁰ Pero el tribunal continuaba señalando que «todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen».¹¹ El asesino no recibió su herencia.

En 1960 un tribunal de Nueva Jersey se vio enfrentado, en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*,¹² con la importante cuestión de si un fabricante de automóviles puede (o hasta qué punto) limitar su responsabilidad en caso de que el coche sea defectuoso. Henningsen había comprado un coche y firmado un contrato donde se decía que la responsabilidad del fabricante por los defectos se limitaba a «re-

parar» las partes defectuosas, «garantía ésta que expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades». Henningsten argumentaba que, por lo menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debía quedar protegido por esa limitación y debía hacerse responsable de los gastos médicos y de otro orden de las personas heridas en un accidente. No pudo aportar ninguna ley ni ninguna norma jurídica establecida que impidiera al fabricante ampararse en el contrato. El tribunal, sin embargo, estuvo de acuerdo con Henningsen. En diversos momentos de su argumentación, los jueces van apelando a los siguientes principios: a) «Debemos tener presente el principio general de que, en ausencia de fraude, quien no opta por leer un contrato antes de firmarlo no puede luego evadir sus consecuencias.»¹³ b) «En la aplicación de este principio, es un factor de importancia el dogma básico de la libertad de contratación de las partes competentes.»¹⁴ c) «La libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne.»¹⁵ d) «En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y donde su uso está tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches. Por consiguiente, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados.»¹⁶ e) «¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia?»¹⁷ f) «Más específicamente, los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un “pacto” en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra...»¹⁸

Los principios que se establecen en estas citas no son del tipo que consideramos como normas jurídicas. Parecen muy diferentes de proposiciones como «La velocidad máxima permitida por la ley en la autopista es de cien kilómetros por hora» o «Un testamento no es válido a menos que esté firmado por tres testigos». Son diferentes porque son principios jurídicos más bien que normas jurídicas.

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídi-

cas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

La forma disyuntiva se puede ver con toda claridad si consideramos de qué manera funcionan las reglas, no en el derecho, sino en alguna actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte. En el béisbol, una regla establece que si el *batter* o bateador no contesta tres lanzamientos, queda fuera del juego. No es coherente reconocer que ésta es una enunciación correcta de una de las reglas del béisbol y decidir que un bateador que no contesta tres lanzamientos no queda fuera del juego. Por cierto que una regla puede tener excepciones (el *batter* que ha fallado tres lanzamientos no está *out* si el *catcher* ha dejado caer el tercero). Sin embargo, un enunciado preciso de la regla tendría en cuenta esta excepción, y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy grande, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla; en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas: y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla.

Si tomamos como modelo las reglas del béisbol, veremos que las normas de derecho, como la que establece que un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos, se adecúan bien al modelo. Si la exigencia de los tres testigos es una norma jurídica válida, entonces no puede ser válido un testamento que haya sido firmado solamente por dos testigos. La norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones. En teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones, y cuantas más haya, más completo será el enunciado de la norma.

Pero no es así como operan los principios mostrados anteriormente. Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se

beneficie de las injusticias que comete. De hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias. El caso más notorio es el de la usucapión; si penetro reiteradamente en predio ajeno, algún día tendré el derecho de atravesarlo siempre que quiera. Hay muchos ejemplos menos espectaculares. Si un hombre deja un trabajo por otro mucho mejor pagado, y para hacerlo incumple un contrato, es posible que tenga que indemnizar por daños y perjuicios a su primer patrono, pero por lo común tiene derecho a conservar su nuevo salario. Si alguien quebranta la libertad bajo fianza para ir a hacer una inversión provechosa atravesando los límites estatales [en los Estados Unidos], es posible que lo envíen de vuelta a la cárcel, pero seguirá obteniendo los beneficios.

No consideramos que estos ejemplos en contrario —y otros, innumerables, que son fáciles de imaginar— demuestren que el principio de no beneficiarse de las propias injusticias no sea un principio de nuestro sistema jurídico, ni que sea incompleto y necesite de excepciones que lo limiten. No tratamos estos ejemplos como excepciones (por lo menos, no en el sentido en que es una excepción el hecho de que un *catcher* deje caer el tercer lanzamiento), porque no podemos esperar que los ejemplos en contrario queden simplemente incluidos en un enunciado más extenso del principio. No están, ni siquiera en teoría, sujetos a enumeración, porque tendríamos que incluir no solamente aquellos casos, como la usucapión, en que alguna institución ha previsto ya que se pueda obtener beneficio mediante una injusticia, sino también los innumerables casos imaginarios en que sabemos por anticipado que el principio no sería válido. La enumeración de algunos de ellos podría agudizar nuestra percepción del peso del principio (una dimensión sobre la que volveré en breve), pero no nos proporciona un enunciado más completo ni más exacto del mismo.

Un principio como «Nadie puede beneficiarse de su propio delito» no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de algo ilegal que hizo para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de dere-

chos o un principio que limite la pena a lo estipulado por la legislación. En tal caso, es posible que nuestro principio no prevalezca, pero ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.

La distinción lógica entre normas y principios aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas. Considérese la proposición, enunciada como punto «d)» en los extractos tomados del caso Henningsen, de que «el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches». Este enunciado no intenta siquiera definir los deberes específicos que tal obligación especial lleva consigo, ni decirnos qué derechos adquieren, como resultado, los consumidores de automóviles. Se limita a enunciar —y éste es un eslabón esencial en la argumentación del caso Henningsen— que los fabricantes de automóviles han de atenerse a estándares más elevados que otros fabricantes, y que tienen menos derecho a confiar en el principio concurrente de la libertad de contratación. No significa que jamás puedan confiar en dicho principio, ni que los tribunales puedan rehacer a voluntad los contratos de compra-venta de automóviles; sólo quiere decir que si una determinada cláusula parece injusta u onerosa, los tribunales tienen menos razón para hacerla valer que si se tratara de una compra de corbatas. La «obligación especial» tiende a favorecer una decisión que se niegue a imponer los términos de un contrato de compra-venta de automóviles, pero por sí misma no la determina.

Esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en

particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son *funcionalmente* importantes (la regla de béisbol de que tres lanzamientos fallados significan la exclusión es más importante que la regla de que los corredores pueden avanzar sobre una base, porque la alteración de la primera regla modificaría mucho más el juego que la de la segunda). En este sentido, una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.

Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes. (Nuestro propio sistema jurídico se vale de ambas técnicas.)

La forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio. «Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos» no es una proposición muy diferente, en la forma, de «Un hombre no puede beneficiarse de su propio delito», pero quien sepa algo del derecho norteamericano sabe que debe tomar el primero de estos enunciados como la expresión de una norma, y el segundo como la de un principio. En muchos casos, la distinción es difícil de hacer; tal vez no se haya establecido cómo debe operar el estándar, y este problema puede ser en sí mismo motivo de controversia. La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos estipula que el Congreso no ha de limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una ley determinada limita de hecho la libertad de expresión, de ello se siga que es inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es «absoluta» dicen que se la debe tomar en este sentido,

es decir, como una norma. ¿O se limita a enunciar un principio, de modo que cuando se descubre que hay limitación de la libertad de expresión esto es inconstitucional a menos que el contexto aporte algún otro principio u otra directriz política que, dadas las circunstancias, tenga el peso suficiente para permitir que se lo limite? Tal es la posición de los que defienden lo que se denomina la prueba del «riesgo actual e inminente» o alguna otra forma de «equilibrio».

En ocasiones, una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma. La primera sección de la Sherman Act enuncia que todo contrato que restrinja el comercio será nulo. La Suprema Corte tuvo que decidir si esa disposición debía ser tratada como una norma en sus propios términos (que anula todo contrato que «restringe el comercio», cosa que hacen casi todos) o como un principio, que proporciona una razón para anular un contrato a falta de directrices efectivas en contrario. La Corte interpretó la disposición como una norma, pero trató esa norma teniendo en cuenta que contenía la palabra «irrazonable» y considerando que prohibía solamente las restricciones «irrazonables» del comercio.¹⁹ Esto permitió que la disposición funcionara lógicamente como una norma (toda vez que un tribunal encuentra que la restricción es «irrazonable» está obligado a declarar que el contrato no es válido) y sustancialmente como un principio (un tribunal debe tener en cuenta multitud de otros principios y directrices para determinar si una restricción en particular, en determinadas circunstancias económicas, es «irrazonable»).

Con frecuencia, palabras como «razonable», «negligente», «injusto» y «significativo» cumplen precisamente esta función. Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio. Pero no la convierten totalmente en un principio, porque incluso el menos restrictivo de esos términos limita el *tipo* de los otros principios y directrices de los cuales depende la norma. Si estamos condicionados por una norma que dice que los contratos «irrazonables» son nulos o que no se ha de imponer el cumplimiento de contratos manifiestamente «injustos», esto exige [ejercer] mucho más [el] juicio que si los términos citados hubieran sido omitidos. Pero supongamos un caso en el cual alguna consideración, sea una directriz

o un principio, haga pensar que se ha de imponer el cumplimiento de un contrato por más que su restricción no sea razonable, o aun cuando sea manifiestamente injusta. El cumplimiento forzado de tales contratos estaría prohibido por nuestras normas, y por ende, sólo estaría permitido si se les abandonara o modificara. Sin embargo, si no nos viéramos frente a una norma sino ante una directriz que se opone al cumplimiento impuesto de los contratos irrazonables, o con un principio según el cual no deben aplicarse contratos injustos, su cumplimiento podría ser impuesto sin que implicara una infracción del derecho.

4. LOS PRINCIPIOS Y EL CONCEPTO DE DERECHO

Una vez que identificamos los principios jurídicos como una clase de estándares aparte, diferente de las normas jurídicas, comprobamos de pronto que estamos completamente rodeados de ellos. Los profesores de derecho los enseñan, los textos los citan, los historiadores del derecho los celebran. Pero donde parecen funcionar con el máximo de fuerza y tener el mayor peso es en los casos difíciles, como el de *Riggs* y el de *Henningsen*. En casos así, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (por ejemplo, la norma de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva. En el caso *Riggs*, el tribunal citó el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito como estándar básico con arreglo al cual debía entenderse la ley testamentaria, y así justificó una nueva interpretación de dicha ley. En el caso *Henningsen*, el tribunal citó diversos principios y directrices que se interferían, como autoridad sobre la cual fundar una nueva norma referente a la responsabilidad de los fabricantes por los defectos de los automóviles.

Por consiguiente, un análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas. Hay dos puntos de vista muy diferentes que podemos tomar:

a) Podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. Si adoptamos este punto de vista, debemos decir que en los Estados Unidos, por lo menos, el «derecho» incluye tanto principios como normas.

b) Podríamos, por otra parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que lo son algunas normas. Diríamos en cambio que, en casos como el de *Riggs* o el de *Henningsen*, el juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar (es decir, va más allá del «derecho»), en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si lo desea.

Se podría pensar que no hay mucha diferencia entre estos dos enfoques, que no se trata más que de una cuestión verbal, según cómo se quiera usar la palabra «derecho». Pero eso sería un error, porque la elección entre ambos puntos de vista es de la mayor importancia para un análisis de la obligación jurídica. Es una opción entre dos *conceptos* de un principio jurídico, una opción que podemos esclarecer si la comparamos con la elección que podríamos hacer entre dos conceptos de una norma jurídica. A veces decimos que alguien «tiene por norma» hacer algo, cuando nos referimos a que ha decidido seguir cierta práctica. Podríamos decir, por ejemplo, que alguien tiene por norma correr un par de kilómetros antes del desayuno porque quiere conservar la salud y tiene fe en un régimen de vida. No queremos decir con ello que esté obligado por la norma que él mismo se dicta, ni siquiera que él mismo la considere como obligatoria. Aceptar una norma como obligatoria es diferente de tomar por norma o costumbre hacer algo. Si volvemos a usar el ejemplo de Hart, es diferente decir que los ingleses tienen por costumbre ir al cine una vez por semana y decir que los ingleses tienen por norma que se debe ir al cine una vez por semana. La segunda formulación da a entender que si un inglés no sigue la norma, se ve sujeto a críticas o censuras, pero la primera no. La primera no excluye la posibilidad de una *especie* de crítica —podemos decir que quien no va al cine descuida su educación—, pero con eso no se sugiere que el sujeto en cuestión esté haciendo algo malo, simplemente porque no sigue la norma.²⁰

Si pensamos en los jueces de una comunidad, podríamos describir las normas jurídicas que sigue este grupo de dos

maneras diferentes. Podríamos decir, por ejemplo, que en cierta situación los jueces acostumbran a no imponer el cumplimiento de un testamento a menos que esté firmado por tres testigos. Esto no implicaría que el juez —excepcional— que impusiera el cumplimiento de un testamento que no estuviera firmado por tres testigos estuviera haciendo nada malo por esa simple razón. Por otra parte, podemos decir que en ese estado una norma jurídica exige que los jueces no impongan el cumplimiento de tales testamentos; ello implica que un juez que lo imponga está actuando incorrectamente. Por supuesto que Hart, Austin y otros positivistas insistirían en este último punto de vista respecto de las normas jurídicas; no se quedarían para nada satisfechos con el punto de vista del «tomar por norma o costumbre». Y no es una cuestión verbal, de qué punto de vista es el correcto; es cuestión de cuál de ellos describe con más precisión la situación social. Otros problemas importantes dependen de cuál sea la descripción que aceptemos. Si los jueces simplemente «tienen por costumbre» no imponer el cumplimiento de ciertos contratos, por ejemplo, entonces no podemos decir, antes de la decisión, que nadie «tenga derecho» a ese resultado, y esa proposición no puede integrar ninguna justificación que pudiéramos ofrecer para la decisión.

Las dos maneras de enfocar los principios corren paralelas con estos dos puntos de vista respecto de las reglas. El primer punto de vista trata los principios como vinculantes para los jueces, de modo que éstos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. El segundo punto de vista trata los principios como resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen «por principio» [o «se hacen el principio de hacer»] cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan. La elección entre estos enfoques afectará —y hasta es posible que determine— la respuesta que podamos dar a la cuestión de si el juez, en un caso difícil como el de *Riggs* o el de *Henningsen*, intenta imponer el cumplimiento de derechos y deberes preexistentes. Si adoptamos el primer enfoque, aún estamos en libertad de argumentar que, como esos jueces están aplicando normas jurídicas obligatorias, lo que hacen es imponer el cumplimiento de derechos y deberes jurídicos. Pero si adoptamos el segundo, el argumento es inaceptable, y debemos reconocer que el asesino en el caso *Riggs* y el fabricante en el caso *Henningsen* se vieron privados de su propiedad por un acto de discreción judicial aplicado *ex post facto*. Es po-

sible que esto no escandalice a muchos lectores, pues la noción de discreción judicial ha rebasado el ámbito jurídico, pero de hecho ejemplifica uno de los problemas más espinosos que llevan a los filósofos a preocuparse por la obligación jurídica. Si privar al acusado de la propiedad no se puede justificar en casos como éstos, apelando a una obligación establecida, se le ha de encontrar otra justificación, y todavía no ha aparecido ninguna satisfactoria.

En el esquema básico del positivismo que diseñé antes, enumeré como segundo principio la doctrina de la discreción judicial. Los positivistas sostienen que cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo. Puede haber una relación importante entre esta doctrina y la cuestión de cuál de los dos enfoques de los principios jurídicos debemos adoptar. Hemos de preguntarnos, por ende, si la doctrina es correcta y si, como parece a primera vista, lleva implícito el segundo enfoque. Sin embargo, mientras nos aproximamos a estos problemas, tendremos que depurar nuestro concepto de la discreción. Intentaré demostrar de qué manera ciertas confusiones referentes a dicho concepto y, en particular, la falta de distinción clara entre los diferentes sentidos en que se lo usa, explican la popularidad de la doctrina de la discreción. Sostendré que, en el sentido en que la doctrina incide efectivamente sobre nuestra manera de enfocar los principios, no encuentra apoyo alguno en los argumentos de que se valen los positivistas para defenderla.

5. LA DISCRECIÓN

Los positivistas tomaron el concepto de discreción del lenguaje común y, para entenderlo, debemos devolverlo momentáneamente a su contexto originario. ¿Qué significa, en la vida ordinaria, decir que alguien «tiene discreción»? Lo primero que hay que observar es que el concepto sólo tiene significación en algunas situaciones especiales. Por ejemplo, nadie diría que yo tengo —o no tengo— discreción al elegir una casa para mi familia. No es verdad que «no tenga discreción» al hacer una elección tal, y sin embargo, sería casi igualmente inadecuado decir que sí la tengo. El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisio-

nes sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada. Tiene sentido hablar de la discreción de un sargento que está sometido a las órdenes de sus superiores, o de la de un funcionario deportivo o un juez de competición que se rige por un reglamento o por los términos de la competición. La discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea. Es, por consiguiente, un concepto relativo. Siempre tiene sentido preguntar: «Discreción, ¿según qué normas?» o: «Discreción, ¿según qué autoridad?» Generalmente, el contexto simplificará la respuesta a esta cuestión, pero en algunos casos, el funcionario puede tener discreción desde un punto de vista, pero no desde otro.

Como sucede con casi todos los términos, el significado exacto de «discreción» se ve afectado por las características del contexto. El término va siempre teñido por el conjunto de la información que constituye el marco en el cual se lo usa. Aunque los matices son múltiples, será útil que intentemos reconocer algunas distinciones importantes.

A veces hablamos de «discreción» en un sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento. Usamos este sentido débil cuando el contexto todavía no lo aclara, cuando la información básica con que cuenta nuestro auditorio no contiene esa información. Así, podríamos decir: «Las órdenes recibidas dejaban un amplio margen de discreción al sargento» a alguien que no sabe cuáles eran las órdenes que éste había recibido, o que desconoce algo que hacía que tales órdenes fueran vagas o difíciles de llevar a la práctica. Y tendría mucho sentido agregar, como aclaración, que el teniente le había ordenado que formara una patrulla con sus cinco hombres más experimentados, pero que era difícil decidir quiénes eran los más experimentados.

A veces usamos el término en un sentido débil diferente, para decir únicamente que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revivada ni anulada por otro funcionario. Hablamos así cuando el funcionario forma parte de una jerarquía de funcionarios estructurada de tal manera que algunos tienen autoridad superior, pero en la cual las pautas de autoridad son diferentes para las diferentes clases de decisiones. Así, podríamos decir que en el béisbol ciertas decisiones —como la decisión de si

la pelota o el corredor llegó primero a la segunda base—son competencia discrecional del árbitro de la segunda base, si lo que queremos decir es que, respecto de esto, el árbitro principal no tiene poder para imponer su propio criterio aunque esté en desacuerdo.

Llamo débiles a estos dos sentidos para distinguirlos de otro, más fuerte. A veces hablamos de «discreción» no simplemente para decir que un funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. En este sentido, decimos que un sargento a quien se le ha ordenado que escoja a los cinco hombres que prefiera para formar una patrulla tiene discreción, o que en una exposición canina la tiene un juez para evaluar los *airedales* antes que los *boxers*, si las reglas no estipulan un orden determinado. Usamos este sentido no como comentario de la vaguedad o dificultad de las normas, ni para referirnos a quién tiene la última palabra en su aplicación, sino para aludir a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar. Si al sargento se le dice que escoja a los cinco hombres más experimentados, no tiene discreción en este sentido fuerte, porque la orden pretende regir su decisión. El árbitro de boxeo que debe decidir cuál de los contrincantes ha sido el más agresivo tampoco tiene discreción, en el sentido fuerte, por la misma razón.²¹

Si alguien dijera que el sargento o el árbitro tenía discreción en tales casos, tendríamos que entender, si el contexto lo permitiese, que usaba el término en alguno de los sentidos débiles. Supongamos, por ejemplo, que el teniente ordenara al sargento elegir los cinco hombres que le parecieran más experimentados y agregara luego que el sargento podía escogerlos a discreción. También las reglas podían establecer que el árbitro debía adjudicar el *round* al boxeador más agresivo y que la decisión quedaba librada a su discreción. Tendríamos que entender estos enunciados en el segundo sentido débil, como referentes a la cuestión de la revisión de la decisión. El primer sentido débil —que las decisiones requieren juicio— sería ocioso, y el tercero —el fuerte— queda excluido por los enunciados mismos.

Debemos evitar una confusión tentadora. El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica. Casi cualquier situación en la

cual una persona actúa (incluyendo aquellas en las que no es cuestión de decidir bajo una autoridad especial y, por ende, no es cuestión de discreción) pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia. En función de ellos nos criticamos unos a otros, y no hay razón para no hacerlo cuando los actos están más bien en el centro que más allá de la órbita de la autoridad especial. Así, podemos decir que el sargento a quien se le concedió discreción (en el sentido fuerte) para escoger una patrulla lo hizo con malevolencia, con estupidez o con descuido, o que el juez a cuya discreción quedaba librado el orden en que se juzgaría a los perros cometió un error porque hizo pasar primero a los *boxers*, aunque éstos eran muchos más que los tres únicos *airedales*. La discreción de un funcionario no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad particular en que pensamos al plantear la cuestión de la discreción. Por cierto que este último tipo de libertad es importante; por eso tenemos el sentido fuerte de «discreción». A alguien que tiene discreción en este tercer sentido se le puede criticar, pero no por desobediencia, como en el caso del soldado. Se puede decir que cometió un error, pero no que privó a un participante de una decisión a la cual tenía derecho, como en el caso de un árbitro deportivo o de un juez de competición.

Ahora, teniendo presentes estas observaciones, podemos volver a la doctrina de la discreción judicial de los positivistas. La doctrina sostiene que si un caso no está controlado por una norma establecida, el juez debe decidir mediante el ejercicio de la discreción. Queremos examinar esta doctrina y verificar qué relación tiene con nuestro tratamiento de los principios, pero primero debemos preguntarnos en qué sentido del término «discreción» hemos de entenderla.

Algunos nominalistas sostienen que los jueces siempre tienen discreción, incluso cuando hay una norma clara que regula el caso, porque los jueces son los que tienen la última palabra en el derecho. Esta doctrina de la discreción usa el segundo sentido débil del término, porque se centra en el hecho de que ninguna autoridad superior revisa las decisiones del tribunal supremo. Por consiguiente, no tiene relación con el problema de cómo justificamos los principios, como no la tiene tampoco con el problema de cómo justificamos las normas.

Los positivistas no dan este sentido a su doctrina, porque

dicen que un juez no tiene discreción cuando se cuenta con una norma clara y establecida. Si atendemos a los argumentos con que los positivistas defienden su doctrina, podemos sospechar que hablan de discreción en el primer sentido débil, para referirse únicamente a que en ocasiones los jueces deben ejercer su juicio en la aplicación de normas jurídicas. Sus argumentos llaman la atención sobre el hecho de que algunas normas jurídicas son vagas (el profesor Hart, por ejemplo, dice que todas ellas son de «textura abierta»), y que se plantean algunos casos (como el de *Henningsen*) en los que ninguna norma establecida parece adecuada. Insisten en que en ocasiones, los jueces pasan momentos angustiosos para elucidar un principio jurídico, y en que es frecuente que dos jueces igualmente experimentados e inteligentes estén en desacuerdo.

Cualquiera que tenga familiaridad con el derecho se puede encontrar con problemas semejantes. En realidad, ésta es la dificultad que se plantea al suponer que los positivistas quieren usar el término «discreción» en este sentido débil. La proposición según la cual cuando no se dispone de una norma clara se ha de ejercer la discreción, en el sentido de «juicio», es una tautología. Además, no tiene relación con el problema de cómo dar cuenta de los principios jurídicos. Es perfectamente congruente decir que en el caso *Riggs*, por ejemplo, el juez tuvo que ejercer su juicio, y que estaba obligado a seguir el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito. Los positivistas hablan como si su doctrina de la discreción judicial fuera un descubrimiento y no una tautología, y como si tuviera efectivamente alguna relación con el tratamiento de los principios. Hart, por ejemplo, dice que cuando está en juego la discreción del juez ya no podemos hablar de que esté limitado por normas, sino que debemos decir más bien cuáles son las que «usa de manera característica».²² Hart piensa que cuando los jueces tienen discreción, los principios que citan deben ser tratados según nuestro segundo enfoque, como aquello que los tribunales suelen hacer «por principio».

Parece por ende que los positivistas, por lo menos algunas veces, se toman su doctrina en el tercer sentido —el fuerte— del término «discreción». En ese sentido, sí tiene que ver con el tratamiento de los principios; es más, en ese sentido no es nada menos que un nuevo enunciado de nuestro segundo enfoque. Da lo mismo decir que cuando un juez se queda sin normas tiene discreción, en el sentido de que

no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad jurídica, que decir que los estándares jurídicos que citan los jueces, y que no son normas, no son obligatorios para ellos.

Debemos, pues, examinar la doctrina de la discreción judicial en el sentido fuerte. (En lo sucesivo, usaré en ese sentido el término «discreción».) Preguntémosnos si los principios que citan los jueces en casos como el de *Riggs* o el de *Henningsen* vinculan sus decisiones, tal como las órdenes del sargento, de elegir los hombres más experimentados, o la obligación del árbitro de optar por el boxeador más agresivo determinan las decisiones de esas personas. ¿Qué argumentos podría presentar un positivista para demostrar que no es así?

1) Un positivista podría sostener que los principios no pueden ser vinculantes. Eso sería un error. Se plantea siempre, por supuesto, la cuestión de si un determinado principio es *de hecho* obligatorio para algún funcionario forense. Pero en el carácter lógico de un principio no hay nada que lo incapacite para obligarle. Supongamos que el juez del caso *Henningsen* hubiera dejado de tener en cuenta el principio de que los fabricantes de automóviles tienen una obligación especial para con los consumidores, o el principio de que los tribunales procuran proteger a aquellos cuya posición negociadora es débil, y que hubiera tomado simplemente una decisión favorable al demandado, citando sin más ni más el principio de la libertad de contratación. Sus críticos no se habrían contentado con señalar que no había tenido en cuenta consideraciones a las que otros jueces han venido prestando atención desde hace algún tiempo; la mayoría de ellos habrían dicho que era su deber tomar como referencia esos principios, y que el demandante tenía derecho a que así lo hiciera. Cuando decimos que una norma es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa sino que debe seguirla si viene al caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error.

De nada sirve decir que en un caso como el de *Henningsen* el tribunal sólo está «moralmente» obligado a tener en cuenta determinados principios, o que está «institucionalmente» obligado, o que lo está por «razón de su oficio», o algo semejante. La cuestión seguirá siendo por qué ese tipo de obligación (de cualquier modo que la llamemos) es diferente de la obligación que imponen las normas a los jueces, y por qué nos autoriza a decir que los principios y las directrices

no son parte del derecho, sino simplemente normas extra-jurídicas que los tribunales «usan de manera característica».

2) Un positivista podría argumentar que, aun cuando algunos principios sean obligatorios, en el sentido de que el juez debe tenerlos en cuenta, no pueden determinar un resultado en particular. Es un argumento más difícil de evaluar, porque no está claro qué quiere decir que una norma «determina» un resultado. Quizá signifique que la norma *impone* el resultado siempre que se da el caso, de manera que nada más cuenta. Si es así, entonces es indudablemente cierto que los principios individuales no determinan resultados, pero esto no es más que otra manera de decir que los principios no son normas. Sólo las normas imponen resultados, pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan. No parece que esto justifique la conclusión de que los jueces que tratan con principios tengan discreción porque un conjunto de principios *puede* imponer un resultado. Si un juez cree que los principios que está obligado a reconocer apuntan en una dirección y que los principios que apuntan en otra, si los hay, no tienen el mismo peso, entonces debe decidir de acuerdo con ello, así como debe seguir lo que él cree que es una norma obligatoria. Por cierto que puede equivocarse en su evaluación de los principios, pero también puede equivocarse al juzgar que la norma es obligatoria. Es frecuente, podríamos agregar, que el sargento y el árbitro se encuentren en la misma situación. No hay un factor único que dicte qué soldados tienen más experiencia ni cuál es el boxeador más agresivo. Ambos jueces deben decidir cuál es el peso relativo de los diversos factores, pero no por eso tienen discreción.

3) Un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse como derecho porque su autoridad, y mucho más su peso, son *discutibles* por naturaleza. Es verdad que generalmente no podemos *demostrar* la autoridad o el peso de un principio determinado como podemos a veces demostrar la validez de una norma, localizándola en un acta del Congreso o en la opinión de un tribunal autorizado. En cambio podemos defender un principio —y su peso— apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos

comunitarios. No hay un criterio válido que sirva como prueba de la solidez de un caso así; es una cuestión de juicio, y entre hombres razonables puede haber desacuerdos. Pero, una vez más, esto no distingue al juez de otros funcionarios que no tienen discreción. El sargento no tiene un criterio claro y distinto para la experiencia, ni el árbitro para la agresividad. Ninguno de ellos tiene discreción, porque está obligado a llegar a entender, de manera discutible o no, qué es lo que le exigen sus órdenes, o las reglas, y a actuar de acuerdo con tal interpretación. Éste es, también, el deber del juez.

Claro que si los positivistas tienen razón en otra de sus doctrinas —la teoría de que en cada sistema legal hay un *criterio* decisivo de la obligatoriedad, como la regla de reconocimiento del profesor Hart—, de ello se sigue que los principios no tienen fuerza de ley. Pero difícilmente se puede tomar la incompatibilidad de los principios con la teoría de los positivistas como un argumento en virtud del cual se deba tratar a los principios de alguna manera determinada. Esto constituye un razonamiento circular; nos interesa el status de los principios porque queremos evaluar el modelo de los positivistas. El positivista no puede defender por decreto su teoría de la regla de reconocimiento; si los principios no son susceptibles de prueba, debe encontrar alguna otra razón por la cual no tienen fuerza de ley. Como al parecer los principios desempeñan un papel en las discusiones referentes a la obligación jurídica (recordemos de nuevo los casos de *Riggs* y *Henningsen*), un modelo que tenga en cuenta el papel de los principios en el derecho tendrá alguna ventaja inicial sobre otro que lo excluya, y no corresponde que este último sea alegado en su propia defensa.

Tales son los argumentos más obvios que podría usar un positivista para defender la doctrina de la discreción en el sentido fuerte, y el segundo enfoque de los principios. Mencionaré un importante argumento en contra de esta doctrina y en favor del primer enfoque. A no ser que se reconozca que por lo menos algunos principios son obligatorios para los jueces y que exigen de ellos, como grupo, que tomen determinadas decisiones, tampoco se puede decir que alguna norma —o, en todo caso, muy pocas— sea obligatoria para ellos.

En la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas, y actualmente también en Inglaterra, no es raro que los tribunales superiores no apliquen normas establecidas. En oca-

siones, se anulan directamente las normas del *Common Law* —las establecidas por decisiones previas de los tribunales— y otras veces hay formulaciones nuevas que las alteran radicalmente. Las normas legales se ven sometidas a interpretaciones y reinterpretaciones, a veces incluso cuando el resultado no es llevar a la práctica lo que se llama «la voluntad del legislador».²³ Si los tribunales pueden modificar las normas establecidas, entonces naturalmente tales normas no serían obligatorias para ellos, y por tanto no serían derecho según el modelo positivista. Por consiguiente, el positivista debe argumentar que hay estándares, que en sí son obligatorios para los jueces, que determinan cuándo un juez puede anular o alterar una norma establecida, y cuándo no.

¿Cuándo se le permite, entonces, a un juez, que cambie una norma jurídica existente? Los principios figuran de dos maneras en la respuesta. Primero, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio, que así viene a ser el que justifica el cambio. En el caso *Riggs*, el cambio (una nueva interpretación de la ley testamentaria) se justificaba por el principio de que nadie debe beneficiarse de su propio delito; en el caso *Henningsen*, las normas antes reconocidas en lo referente a la responsabilidad de los fabricantes de automóviles fueron alteradas sobre la base de los principios que antes cité, expresados en la opinión del tribunal.

Pero cualquier principio no sirve para justificar un cambio, porque entonces ninguna norma estaría jamás a salvo. Debe haber algunos principios que cuentan y otros que no cuentan, y debe haber algunos que cuentan más que otros. Eso no podría depender de las preferencias del propio juez, entre multitud de normas extrajurídicas, todas respetables y, en principio, elegibles, porque si así fuera, no podríamos decir que ninguna regla fuese obligatoria. Siempre podríamos imaginarnos un juez cuyas preferencias entre los estándares extrajurídicos fueran tales que justificasen un cambio o una reinterpretación radical, incluso de la más firmemente arraigada de las normas.

En segundo lugar, cualquier juez que se proponga cambiar la doctrina existente debe tener en cuenta algunos estándares importantes que desaconsejan apartarse de la doctrina establecida, y que son también, en su mayoría, principios. Incluyen la doctrina de la «supremacía legislativa», un conjunto de principios que exigen que los tribunales muestren el debido respeto a los actos de legislación. Incluyen

también la doctrina del precedente, otro conjunto de principios que reflejan el valor y la eficiencia de la coherencia. Las doctrinas de la supremacía legislativa y del precedente, cada una a su manera, tienden a respetar el *statu quo*, pero no hacen de ello un mandato. Los jueces, sin embargo, no son libres de elegir y escoger entre los principios y las directrices que constituyen estas doctrinas; si lo fueran, tampoco podría decirse que ninguna norma fuese obligatoria.

Consideremos, por lo tanto, qué quiere decir quien afirma que una norma determinada es obligatoria. Puede referirse a que la norma cuenta con el apoyo afirmativo de principios que el tribunal no es libre de ignorar, y que colectivamente tienen más peso que otros principios que abogan por el cambio. Si no es así, que cualquier cambio estaría condenado por una combinación de principios conservadores de la supremacía legislativa y del precedente, que el tribunal no es libre de ignorar. Es muy frecuente que se refiera a ambas cosas, porque los principios conservadores, al ser principios y no normas, no son generalmente lo bastante poderosos como para proteger una norma del *Common Law* o una ley anticuada totalmente falta de apoyo en principios sustantivos que el tribunal está obligado a respetar. Cualquiera de estas implicaciones, por supuesto, trata a un cuerpo de principios y de directrices como si fuera derecho, en el sentido en que lo son las normas: como estándares que obligan a los funcionarios de una comunidad, controlando sus decisiones de derecho y obligación jurídica.

Nos queda, pues, el siguiente problema. Si la teoría de la discreción judicial de los positivistas es trivial porque usa el término «discreción» en un sentido débil, o bien carece el fundamento porque los diversos argumentos que podemos aportar en su apoyo son insuficientes, ¿por qué la han adoptado tantos juristas cuidadosos e inteligentes? No podemos confiar en nuestro propio tratamiento de la teoría a menos que podamos dar respuesta a esta pregunta. No basta con señalar (aunque tal vez hacerlo contribuya a la explicación) que «discreción» tiene diferentes sentidos y que es posible confundirlos. Estos sentidos no se nos confunden cuando no estamos hablando de derecho.

Parte de la explicación, por lo menos, reside en la natural tendencia del jurista a asociar derecho y normas, y a pensar en «el derecho» como una colección o sistema de normas. Roscoe Pound, que hace ya mucho tiempo diagnosticó esta tendencia, pensaba que los juristas de habla inglesa caían en

esta trampa debido al hecho de que en inglés se usa la misma palabra, cambiando únicamente el artículo, para hablar de «una ley» [*a law*] y de «el derecho» [*the law*].²⁴ (Otras lenguas, por el contrario, se valen de dos palabras: *loi* y *droit*, por ejemplo, y *Gesetz* y *Recht* [en francés y alemán respectivamente].) Es posible que eso les haya sucedido a los positivistas ingleses, porque la expresión «*a law*» hace, ciertamente, pensar en una norma. Pero la razón principal de que se asocie el derecho con las normas es más profunda, y creo que reside en el hecho de que, durante largo tiempo, la formación jurídica ha consistido en enseñar y examinar aquellas normas establecidas que configuran lo esencial del derecho.

En todo caso, si un abogado entiende el derecho como un sistema de normas y reconoce sin embargo, como debe, que los jueces cambian las viejas normas e introducen otras nuevas, llegará naturalmente a la teoría de la discreción judicial en el sentido fuerte. En aquellos otros sistemas de normas de los cuales tiene experiencia (como los juegos), las reglas son la única autoridad especial que rige las decisiones oficiales, de manera que si un árbitro pudiera cambiar una regla, tendría discreción en lo que respecta al contenido de esa regla. Sean cuales fueren los principios que puedan citar los árbitros cuando cambian las reglas, no representarían más que sus preferencias «características». Los positivistas tratan al derecho como si fuera el béisbol, revisado de esta manera.

Este supuesto inicial de que el derecho es un sistema de normas tiene otra consecuencia, más sutil. Cuando los positivistas se ocupan efectivamente de los principios y las directrices, los tratan como si fueran normas *manquéés*. Suponen que *si* son estándares de derecho, deben ser normas, de manera que los entienden como estándares que intentarían ser normas. Cuando un positivista oye sostener a alguien que los principios jurídicos son parte del derecho, lo entiende como un argumento en defensa de lo que él llama la teoría del «derecho superior»; que estos principios son las normas de un derecho de rango superior al ordinario.²⁵ Y refuta la teoría señalando que a esas «normas» a veces se las sigue, y a veces no; que por cada «norma» como «nadie ha de beneficiarse de su propia injusticia» hay otra «norma» contradictoria, como «el derecho favorece la seguridad jurídica» y que no hay manera de poner a prueba la validez de semejantes «normas». Su conclusión es que estos principios y directrices no son normas válidas de un derecho superior al

ordinario, lo cual es verdad, porque en modo alguno son normas. Concluye también que hay estándares extrajurídicos que cada juez escoge de acuerdo con sus propias luces en el ejercicio de su discreción, lo cual es falso. Es como si un zoólogo hubiera demostrado que los peces no son mamíferos y llegara después a la conclusión de que en realidad no son más que plantas.

6. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

El análisis que antecede estuvo motivado por dos explicaciones opuestas de los principios jurídicos. Al estudiar la segunda de ellas, que parecen adoptar los positivistas mediante su doctrina de la discreción judicial, hemos descubierto graves dificultades. Es hora de regresar a la disyuntiva inicial. ¿Qué pasa si adoptamos el primer enfoque? ¿Cuáles serían las consecuencias de tal actitud para la estructura básica del positivismo? Claro que tendríamos que abandonar el segundo dogma, la doctrina de la discreción judicial (o, como alternativa, aclarar que la doctrina ha de entenderse simplemente en el sentido de que con frecuencia los jueces deben ejercitar su juicio). ¿Tendríamos también que abandonar o modificar el primer dogma, la proposición de que el derecho se distingue mediante criterios del tipo que se puede establecer en una regla maestra, como la regla de reconocimiento del profesor Hart? Si principios tales como los de los casos *Riggs* y *Henningsen* han de considerarse jurídicos, y pese a ello hemos de resguardar la noción de una regla maestra del derecho, entonces es necesario que podamos organizar algún criterio que permita identificar los principios que efectivamente cuentan como derecho (y únicamente éstos). Empecemos por la prueba que sugiere Hart para identificar las *normas* válidas de derecho, y veamos si se la puede aplicar también a los principios.

De acuerdo con Hart, la mayoría de las normas de derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó. Algunas fueron creadas por un órgano legislativo, en forma de estatutos. Otras fueron creadas por los jueces que las formularon para decidir casos particulares y las establecieron así como precedentes para el futuro. Pero este tipo de certificación no sirve para los principios de los casos *Riggs* y *Henningsen*, cuyo origen como principios jurídicos no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano

legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo. La continuación de su poder depende de que tal sentido de la conveniencia se mantenga. Si dejara de parecer injusto permitir que la gente se beneficie de sus delitos, o ya no se considerase justo imponer responsabilidades especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios dejarían de desempeñar un papel importante en los casos nuevos, aun cuando jamás hubieran sido derogados o rechazados. (De hecho, poco sentido tiene hablar de que principios como éstos sean «derogados» o «rechazados», ya que cuando se suprimen es porque se desgastan, no porque se los impugne.)

Verdad es que si nos urgieran a fundamentar nuestra afirmación de que cierto principio es un principio de derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior en que tal principio hubiera sido citado o figurase en la discusión. Mencionaríamos también cualquier ley que pareciera ejemplificarlo (y sería mejor aún si el principio estuviera citado en el preámbulo de la ley, o en los informes de la comisión o en cualquier otro documento legislativo que lo acompañase). A menos que llegáramos a encontrar el apoyo de algún antecedente institucional, no podríamos probablemente demostrar nuestro caso; y cuanto más apoyo encontrásemos, tanto más peso podríamos reclamar para el principio.

Sin embargo, no podríamos idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional, y de qué clase, es necesario para convertir un principio en principio jurídico, y menos todavía para fijar su peso en un orden de magnitud determinado. Para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes. No podemos reunir todo esto para formar una única «norma», por compleja que fuese, y si pudiéramos, el resultado no tendría mucha relación con la imagen que presenta Hart de una regla de reconocimiento, o sea la de una regla maestra bastante estable, que especifica «algún rasgo o rasgos cuya posesión por una supuesta regla se considera indicación afirmativa y concluyente de que es una regla...».²⁶

Además, las técnicas de que nos valemos para defender otro principio no están (como es la intención de la regla de reconocimiento de Hart) en un nivel totalmente diferente de los principios que fundamenta. La nítida distinción que establece Hart entre aceptación y validez no se sostiene. Si estamos defendiendo el principio de que un hombre no debe beneficiarse de su propio delito, podríamos citar actas de tribunales y leyes que lo ejemplifiquen, pero esto se refiere tanto a la aceptación del principio como a su validez. (Parece extraño hablar, simplemente, de que un principio sea válido, quizá porque la validez es un concepto sin matices, apropiado para las normas, pero incongruente con la dimensión de peso de un principio.) Si nos pidieran (como bien podría suceder) que defendiéramos la doctrina del precedente o la técnica particular de interpretación legislativa que usamos en esta argumentación, citaríamos por cierto la práctica de otros que hayan usado tal doctrina o técnica. Pero también tendríamos que citar otros principios generales que a nuestro entender sustentan dicha práctica, y ello introduce una nota de validez en el acorde de aceptación. Podríamos sostener, por ejemplo, que la forma en que nos valemos de casos y leyes anteriores se apoya en un determinado análisis del sentido de la práctica legislativa o de la doctrina del precedente, o en los principios de la teoría democrática, o en una posición determinada respecto de la adecuada atribución de competencias entre las instituciones nacionales y las locales, o en alguna otra cosa de índole semejante. Tampoco esta fundamentación es una calle de sentido único que nos conduce a un principio decisivo, fundado solamente en la aceptación. También nuestros principios de legislación, precedente, democracia o federalismo podrían verse cuestionados, y en tal caso no sólo los defenderíamos en función de la práctica, sino en función de sus relaciones recíprocas y de las implicaciones de tendencias de las decisiones judiciales y legislativas, aun cuando esto último significara apelar a aquellas mismas doctrinas de la interpretación que justificábamos por mediación de los principios que ahora intentamos fundamentar. En este nivel de abstracción, hay que decir que los principios no convergen, sino que coexisten.

De modo que aun cuando se apoyen en los actos oficiales de instituciones jurídicas, los principios no tienen con tales actos una conexión lo bastante simple y directa como para que quede enmarcada en función de los criterios especificados por alguna regla maestra final de reconocimiento.

¿Hay alguna otra vía por la cual se puedan incluir los principios en una regla tal?

En realidad, Hart dice que una regla maestra podría designar como derecho no sólo las normas promulgadas por determinadas instituciones jurídicas, sino también las establecidas por la *costumbre*. Al decirlo, piensa en un problema que preocupó a otros positivistas, entre ellos a Austin. Muchas de las normas jurídicas más antiguas [de los Estados Unidos] no han sido creadas explícitamente por una legislatura o un tribunal. Cuando hicieron su primera aparición en textos y opiniones jurídicos, se las trató como parte ya existente del derecho, porque representaban la práctica consuetudinaria de la comunidad o de algún sector especializado de ésta, como la comunidad comercial. (Los ejemplos que se dan de ordinario son reglas de la práctica mercantil, como las que rigen qué derechos se derivan de una forma estándar de documento mercantil.)²⁷ Como Austin pensaba que todo el derecho era el mandato de un soberano, sostuvo que esas prácticas consuetudinarias no constituían derecho mientras no las reconocieran los tribunales (como agentes del soberano), y que si los tribunales decidían otra cosa, estaban incurriendo en una ficción. Pero eso parecía arbitrario. Si todo el mundo pensaba que la costumbre en sí misma podía constituir derecho, el hecho de que la teoría de Austin dijese lo contrario no resultaba aceptable.

Hart invierte el razonamiento de Austin en este punto. La regla maestra, dice, podría estipular que alguna costumbre es considerada como derecho incluso antes de que los tribunales la reconozcan. Pero no resuelve la dificultad que esto plantea a su teoría general, porque no intenta exponer los criterios que con este fin podría usar una regla maestra. Ésta no puede usar, como único criterio, el requisito de que la comunidad considere la práctica como *moralmente* obligatoria, porque con ello no se distinguirían las normas consuetudinarias jurídicas de las normas consuetudinarias morales; y naturalmente, no todas las obligaciones morales consuetudinarias aceptadas desde antiguo por la comunidad adquieren fuerza de ley. Por otra parte, si la prueba exige que la comunidad considere la práctica consuetudinaria como *jurídicamente* obligatoria, el sentido mismo de la regla maestra falla por la base, por lo menos para esta clase de reglas jurídicas. La regla maestra, dice Hart, señala la transformación de una sociedad primitiva en una sociedad de derecho, porque proporciona un criterio para la determinación de las

normas sociales de derecho, que no se reduce a evaluar su aceptación. Pero si la regla maestra se limita a decir que cualquier otra regla que la sociedad acepte como jurídicamente obligatoria es jurídicamente obligatoria, entonces no proporciona prueba alguna, aparte de la que tendríamos que usar si no hubiese regla maestra. La regla maestra se convierte (para estos casos) en una no-regla de reconocimiento; lo mismo podríamos decir que toda sociedad primitiva tiene una regla secundaria de reconocimiento, a saber, la que establece que todo lo que se acepta como obligatorio es obligatorio. El propio Hart, al analizar el derecho internacional, ridiculiza la idea de que una regla así pueda ser una regla de reconocimiento, al describir la regla propuesta como «una repetición vacía del mero hecho de que la sociedad en cuestión... observa ciertos estándares de conducta como reglas obligatorias».²⁸

La forma en que Hart trata el problema de la costumbre equivale, de hecho, a la confesión de que hay por lo menos algunas reglas de derecho que no son obligatorias porque sean válidas bajo normas establecidas por una regla maestra, sino que lo son —como la regla maestra— porque la comunidad las acepta como válidas. Esto socava la pulcra arquitectura piramidal que admirábamos en la teoría de Hart: ya no podemos decir que únicamente la regla maestra es obligatoria por su aceptación, puesto que todas las otras normas son válidas en virtud de ella.

Tal vez esto no sea más que un detalle, porque las reglas consuetudinarias en que piensa Hart ya no son parte muy importante del derecho. Pero en efecto hace pensar que Hart se mostraría renuente a ahondar en la herida, reuniendo bajo el rótulo de «costumbre» todos aquellos principios y directrices cruciales que hemos ido analizando. Si hubiera de considerarlos parte del derecho, y sin embargo admitir que la única prueba de su fuerza reside en la medida en que son aceptados como derecho por la comunidad o una parte de ella, reduciría muy marcadamente el ámbito del derecho sobre el cual ejerce algún dominio su regla maestra. No se trata solamente de que todos los principios y directrices escaparían de su influencia, aunque ya esto sería bastante grave. Una vez que tales principios y directrices son aceptados como derecho, y por lo tanto como estándares que los jueces deben seguir en la determinación de obligaciones jurídicas, de ello se seguiría que *normas* como las que se enunciaron por primera vez en casos como los de *Riggs* y *Hen-*

ningsen deben su fuerza, por lo menos en parte, a la autoridad de principios y directrices políticas, es decir, no exclusivamente a la regla maestra de reconocimiento.

Entonces, no podemos adaptar la versión que da Hart del positivismo modificando su regla de reconocimiento para que abarque los principios. No se pueden formular criterios que relacionen los principios con actos legislativos, ni se puede hacer que su concepto de derecho consuetudinario, que es en sí mismo una excepción al primer dogma del positivismo, sirva de algo sin abandonar por completo ese dogma. Sin embargo, debemos considerar una posibilidad más. Si ninguna regla de reconocimiento puede proporcionar un criterio para la identificación de principios, ¿por qué no decir que los principios son decisivos y que ellos *forman* la regla de reconocimiento de nuestro derecho? La respuesta a la cuestión general de qué constituye derecho válido en la jurisdicción norteamericana nos exigiría entonces que enunciáramos todos los principios (así como las reglas constitucionales finales) en vigor en esa jurisdicción en ese momento, junto con las adecuadas estimaciones de su peso. Entonces, un positivista podría considerar el conjunto completo de tales normas como la regla de reconocimiento de la jurisdicción. Esta solución ofrece el atractivo de la paradoja, pero naturalmente, es una rendición incondicional. Si nos limitamos a designar nuestra regla de reconocimiento con la frase «el conjunto completo de principios en vigor», a lo único que llegamos es a la tautología de que el derecho es el derecho. Si, en cambio, intentáramos efectivamente enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aun si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del derecho, porque no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir.

Mi conclusión es que si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra. Ya hemos decidido que en ese caso debemos abandonar el segundo dogma —la doctrina de la discreción judicial— o aclararlo hasta llegar a la trivialidad. ¿Qué pasa con el tercer dogma, la teoría positivista de la obligación jurídica?

Esta teoría sostiene que existe una obligación jurídica cuando (y sólo cuando) una norma jurídica establecida la impone como tal obligación. De ello se sigue que en un caso difícil —cuando no se puede encontrar tal norma establecida— no hay obligación jurídica mientras el juez no cree una nueva norma para el futuro. El juez puede aplicar esa nueva norma a las partes, pero entonces es legislación *ex post facto*, no la confirmación de una obligación existente.

La doctrina positivista de la discreción (en el sentido fuerte) exigía este punto de vista de la obligación jurídica, porque si un juez tiene discreción, no puede haber derecho ni obligación jurídica —o sea ningún título— que él deba imponer. Sin embargo, una vez que abandonamos esta doctrina y tratamos los principios como derecho, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida. Podríamos expresarlo diciendo que existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios.

Por cierto que habría que dar respuesta a muchas cuestiones antes de que pudiéramos aceptar este punto de vista respecto de la obligación jurídica. Si no hay regla de reconocimiento ni criterio para identificar el derecho en ese sentido, ¿cómo decidimos qué principios han de contar, y en qué medida, en la elaboración de tal alegato? ¿Cómo decidimos si uno de los dos es mejor que el otro? Si la obligación jurídica descansa sobre un juicio indemostrable de esa clase, ¿cómo puede servir de justificación para una decisión judicial [decir] que una de las partes tenía una obligación jurídica? ¿Coincide esta visión de la obligación con la forma en que se expresan abogados, jueces y legos, y es coherente con nuestras actitudes en lo tocante a la obligación moral? Este análisis, ¿nos ayuda a resolver los enigmas clásicos de jurisprudencia referentes a la naturaleza del derecho?

Es menester hacer frente a estas cuestiones, pero ya las preguntas mismas son más prometedoras que las del positivismo. Condicionado por su propia tesis, el positivismo se detiene precisamente al borde de esos casos enigmáticos y difíciles que nos obligan a buscar teorías del derecho. Cuando estudiamos estos casos, el positivista nos remite a una doctrina de la discreción que no nos dice nada ni nos lleva a ninguna parte. Su imagen del derecho como sistema de

normas ha ejercido tenaz influencia sobre nuestra imaginación, por obra tal vez de su misma simplicidad. Si nos desembarazamos de este modelo de las normas, quizá podamos construir otro que se ajuste más a la complejidad y la sutileza de nuestras propias prácticas.

desenmarañar su caso sin recurrir al atajo que intenta proporcionar la teoría de la norma social.

2. ¿ESTOY REALMENTE EN DESACUERDO CON HART?

Se ha insinuado que mi desacuerdo con el positivismo, por lo menos en la forma en que lo presenta Hart, no es realmente tan amplio como yo pretendo. Tal vez yo haya demostrado que una visión sensata del derecho dejaría margen tanto para los principios como para las normas. Pero esto es algo que nada en la teoría de Hart parece negar. Es verdad que habla únicamente de las normas, pero no define el término «norma» de la manera limitada en que yo lo defino en el capítulo 2, y por consiguiente se podría entender que cuando él habla de normas incluye tanto los principios como las normas en sentido estricto. Quizá yo haya demostrado que cualquier criterio fundamental del derecho, si ha de incluir tanto principios como normas de derecho, debe ser más complejo que los ejemplos que ofrece Hart como especímenes de una regla de reconocimiento. Pero Hart dice que la regla de reconocimiento puede ser compleja; dice, de hecho, que puede estar compuesta por varios criterios dispuestos jerárquicamente. Sus sencillos ejemplos —como la norma de que lo que la Reina promulga en el Parlamento es ley— no se proponen ser más que ejemplos.

¿Dónde reside, pues, el desacuerdo? Es verdad que aparentemente el capítulo 2 niega la tesis de Hart, de que todo sistema jurídico tiene un criterio fundamental del derecho, que asume la forma de una regla de reconocimiento. Pero, como señala el profesor Sartorius, lo que quiero decir no es, en realidad, que pueda existir un sistema jurídico que no tenga un criterio fundamental para la identificación de normas y principios de derecho.¹¹ Como parte de mi argumentación [dije] que algunos principios deben ser considerados como de derecho, y figurar por ende en la discusión judicial, mientras que con otros esto no es permisible. Pero si eso es verdad, entonces debe haber alguna especie de criterio que se pueda usar para distinguirlos, de modo que mi declaración de que no existe tal regla fundamental debe ser entendida en el sentido de que el criterio fundamental debe de ser demasiado complejo para enunciarlo en una simple regla. Pero, como Hart jamás sostuvo que la regla fundamental deba ser simple, este desacuerdo es limitado.

Tal es la primera de las objeciones que quiero considerar. Cuando escribí el capítulo 2 pensaba que la tesis de los positivistas —que en todo sistema jurídico existe un criterio fundamental del derecho— era lo suficientemente clara como para necesitar muy poca elaboración. Pensé que cualquier ambigüedad podía resolverse tomando como ejemplo la cuidadosa formulación que de esa tesis ofrece el profesor Hart. La objeción que acabo de describir me convence de que en esto me equivocaba, y ahora intentaré reparar el daño anunciando con más claridad lo que entiendo que es la afirmación de los positivistas y de qué manera difiere esa afirmación de otras que yo mismo pudiera querer hacer.

Empezaré por presentar tres tesis diferentes, cada una de las cuales tienen algo que ver con la idea de un criterio base del derecho. Al descubrir estas diferentes tesis, me valdré de la distinción que introduje en la última sección, la distinción entre describir el comportamiento social mediante el concepto de una norma social, por una parte, y afirmar una posición normativa mediante el concepto de una regla normativa, por la otra. (i) La primera tesis sostiene que, en toda nación que tenga un sistema jurídico evolucionado, existe dentro de la comunidad de sus jueces y funcionarios legales alguna norma *social* o conjunto de ellas que establece los límites del deber del juez de reconocer como derecho cualquier otra norma o principio. La tesis sería válida para Inglaterra, por ejemplo, si los jueces ingleses, como grupo, reconocieran que es su deber tener en cuenta, cuando determinan derechos y obligaciones legales, únicamente normas o principios promulgados por el Parlamento, o dictados en decisiones judiciales, o establecidos por una costumbre inmemorial; y si reconocieran también, como grupo, que no tenían el deber de tener en cuenta ninguna otra cosa. Hart propone esta primera tesis; en realidad, su teoría de que en todo sistema jurídico existe una regla social de reconocimiento puede ser considerada como una de las contribuciones más importantes que el autor ha hecho a la tradición positivista. (ii) La segunda tesis sostiene que en todo sistema jurídico alguna regla o principio normativo en particular, o un conjunto complejo de ellos, es la norma adecuada para que usen los jueces en la identificación de normas o principios de derecho más particularizados. Alguien que acepte esta segunda tesis podría creer, por ejemplo, que en Inglaterra los jueces tienen el deber de no reconocer como derecho más que leyes, precedentes y costumbres inequívocos,

independientemente de que en realidad lleguen o no de esa manera a sus decisiones. (iii) La tercera tesis sostiene que en cada sistema jurídico, la mayoría de los jueces *acceptan* alguna regla o teoría normativa que rige su deber de tomar otras normas como normas legales. Esta tesis argumenta que quien estudie las pautas de decisiones de los diversos jueces ingleses, por ejemplo, se encontrará con que cada juez, más o menos conscientemente, sigue una regla determinada que designa ciertas fuentes exclusivas del derecho, o bien una teoría más compleja que estipula cómo ha de hallarse el derecho. De esta tesis no se sigue, aunque también podría ser verdad, que la mayoría de los jueces ingleses sigan la *misma* regla o teoría; si así fuera, entonces la primera tesis sería también válida para Inglaterra, por lo menos, pero no en otro caso.

El desacuerdo entre Hart y yo se centra en la primera de estas tres tesis; él la propone y yo la niego. El problema es importante; de él depende la idea tradicional de que las normas jurídicas se pueden distinguir, en principio y como grupo, de las normas morales o políticas. Si la primera tesis es correcta, entonces en todo sistema jurídico existe algún criterio del derecho, comúnmente aceptado, que tiene la forma de una regla social, y esto basta para distinguir los principios y normas jurídicos de los morales. Pero si la primera tesis es falsa, entonces no existe tal criterio.

No basta con que alguna versión de la segunda o de la tercera tesis pueda estar bien fundada. Supongamos que yo mismo acepte una teoría normativa del derecho, del tipo que contempla la segunda tesis. Mi teoría, si todo el mundo no la comparte, ha de incluir afirmaciones discutibles; podría incluir, por ejemplo, una teoría discutible del precedente, que sostenga que los tribunales deben dar más peso a los precedentes recientes que a los más anticuados. Me exigirían entonces que fundamente la afirmación de que mi manera de ver los precedentes enuncia correctamente cuál es el deber de un juez, y sólo podría hacerlo presentando una nueva teoría referente al sentido o al valor del precedente como institución. Indudablemente, mi defensa de esa nueva teoría dependería de principios discutibles de moralidad política; por ejemplo, de principios referentes al papel que corresponde a la judicatura en una democracia. Precisamente, lo que más preocupa al positivismo es negar este tipo de dependencia.

Las distinciones que he establecido entre estas tres tesis

diferentes demuestran por qué la objeción de Sartorius no acierta: él piensa que si digo que los jueces tienen el deber de usar algunos principios, pero no otros, o de asignar a un principio un peso dado, pero no uno mayor, de ello se sigue que suscribo la idea de que hay un criterio fundamental para identificar el derecho. Lo que se sigue es que suscribo alguna versión de la segunda tesis, es decir, que yo también pienso que se puede defender de manera convincente una teoría con preferencia a otra, en lo referente a cómo deben decidir los jueces los casos difíciles. Pero no se sigue que yo deba aceptar la primera tesis, según la cual entre los jueces existe alguna norma social que resuelve el problema. Ésa es la tesis de Hart, pero no es la mía ni tiene por qué serlo.

Sin embargo, en la teoría de Hart hay un rasgo que hace pensar que le atribuyo una teoría demasiado rígida. Él tiene el cuidado de decir que una regla social de reconocimiento podría ser incierta en algunos casos, de modo que no resolvería todos los problemas que pueden plantearse respecto de lo que se considera como derecho.¹² Para que una regla tal exista, es suficiente con que resuelva la mayoría de esos problemas. Hart da el siguiente ejemplo. No cabe duda, dice de que es parte, por lo menos, de la regla de reconocimiento inglesa la proposición de que todo lo promulgado por el Parlamento es derecho. Sin embargo, es discutible que el Parlamento actual tenga el poder de restringir a los Parlamentos futuros, como podría suceder si adoptara, por ejemplo, determinada norma jurídica y después reforzara tanto esa norma como el procedimiento que la asegura, estipulando que sólo puede ser revocada por una mayoría de dos tercios. Si eso sucediera, es posible que se generase una división entre los jueces en lo referente a las consecuencias jurídicas de la pretensión de un Parlamento futuro de revocar tales reglas por simple mayoría. Si los jueces estuvieran así divididos, ello demostraría que la regla de reconocimiento es incierta en ese punto, y entonces sólo se podría resolver el problema y aclarar la regla de reconocimiento si un tribunal tomara la decisión en un sentido u otro y acertase a tener el poder político para hacer valer su decisión.

Podría, pues, parecer que Hart no suscribe la idea de que en todo sistema jurídico existe alguna regla social que resuelve todos los problemas referentes a qué normas son jurídicas. Para establecer la primera tesis, podría decir Hart, basta con tratar a una norma social como si *rigiera* todas las decisiones de derecho, aunque no sea tan precisa que sus

requerimientos jamás se vean sometidos a discusión. Después, podría agregar que cuando de hecho los jueces se dividen (como sucedería con respecto al caso de poner obstáculos a la modificación de la norma jurídica o, para continuar con el ejemplo que di, a la fuerza que se ha de asignar a los precedentes más antiguos) revelan, dentro de una norma social, un ámbito de incertidumbre que se corresponde con la realidad.

Pero la reserva que hace Hart al admitir que la regla de reconocimiento puede ser incierta en determinados puntos no se limita a agregar complejidad y flexibilidad a su teoría. Por el contrario, la socava, por razones que intenté poner en claro en la sección anterior. Simplemente, no concuerda con el concepto de una norma social, tal como lo usa Hart, decir que una norma social puede ser incierta en el sentido a que ahora alude. Si de hecho los jueces están divididos respecto de lo que deben hacer si, con un procedimiento especial de revocación, un Parlamento posterior intenta revocar una norma asegurada, entonces no es incierto que alguna regla social rija esa decisión; por el contrario, es cierto que ninguna lo hace. El ejemplo demuestra, simplemente, que el enunciado de que en Inglaterra existe entre los jueces una regla social en el sentido de que todo lo promulgado por el Parlamento es derecho, es —en términos estrictos— inexacto, aunque podría ser bastante exacto para la mayoría de los casos.

Un enunciado cuidadoso de la posición, que se valiera del concepto de norma social, tendría que ser formulado en esta línea. Entre los jueces existe una norma social en el sentido de que todo lo promulgado por el Parlamento, a no ser una ley que pretenda establecer limitaciones a los Parlamentos futuros, es derecho. No existe norma social alguna sobre el problema de si el Parlamento puede limitar a los Parlamentos futuros; sobre este punto los jueces están divididos. Algunos piensan que puede y que ellos, por consiguiente, tienen el deber de no reconocer como derecho ninguna revocación propuesta de una ley asegurada. Otros piensan que no puede y que, por ende, ellos tienen el deber de reconocer como derecho la legislación que la revoque. (Esta sencilla formulación hace caso omiso de las posiciones más complejas que en realidad podrían tomar los diferentes jueces.)

Pero naturalmente, plantear de esa manera las cosas da un ejemplo en contrario de lo que afirma la primera tesis, a saber, que existe siempre alguna regla social que estipula

las condiciones necesarias y suficientes de aquello que los jueces deben reconocer como derecho. Si tales desacuerdos entre los jueces se limitaran únicamente a casos raros y extraordinarios como son las cláusulas de aseguramiento, entonces los ejemplos en contrario serían pocos y no constituirían un verdadero impedimento para la afirmación. Pero si, como doy por supuesto, los desacuerdos de esta clase entre los jueces son muy frecuentes, y de hecho se encuentra uno con ellos toda vez que los tribunales de apelación intentan decidir casos difíciles o controvertidos, entonces la debilidad general que pone de relieve este argumento es fatal.

Ahora bien, se podría decir que estoy tomando demasiado literalmente el enunciado de Hart según el cual la regla de reconocimiento es una norma social constituida por el comportamiento común a los miembros de una determinada comunidad, como los jueces y otros funcionarios. Quizás Hart quisiera revisar su riguroso concepto en la forma que sugerí en la última sección y decir que una regla de reconocimiento existe como norma social cuando los jueces aceptan una determinada formulación verbal de su deber, tal como la formulación: «Todo aquello que el Parlamento promulga es derecho». En ese caso, Hart podría decir que una regla de reconocimiento existe, pero pese a ello es incierta, cuando los miembros de la comunidad discrepan respecto de la adecuada aplicación de esa formulación verbal a los casos particulares. De modo que la regla de reconocimiento según la cual todo lo que el Parlamento hace es derecho, existe como hecho social, pero es incierta en la medida en que los jueces discrepan sobre casos particulares, como el de las leyes que establecen mayorías cualificadas.

Pero, como ya dije, esta revisión del concepto asigna demasiado peso a los accidentes lingüísticos e históricos. El presente ejemplo lo confirma. Puede ser convencional decir que todo lo que el Parlamento promulga es derecho, pero difícilmente es posible definir el desacuerdo sobre las leyes que establecen mayorías cualificadas como un desacuerdo referente a la adecuada interpretación de los términos que intervienen en esa formulación convencional. Nadie diría que la discusión gira en torno del significado de «todo aquello» o de la fuerza que ha de asignarse al término «promulga». Tampoco se puede describir como discrepancias respecto del significado de los términos que integran alguna fórmula verbal establecida, a muchas de las controversias, tan numerosas como poco imaginativas, en que yo pensaba; por ejemplo, los

desacuerdos sobre el peso que se ha de asignar a los precedentes inmemoriales.

Alguien podría plantear a mi argumento una objeción diferente, recordándome la distinción que hice en la última sección, entre enunciados sobre lo que los jueces deben hacer y enunciados sobre lo que tienen el deber de hacer. La primera tesis no afirma que exista siempre una norma social que decide lo que los jueces *deben* hacer en casos controvertibles como el del aseguramiento mediante mayorías cualificadas. Sólo afirma que una norma social estipula lo que se les *requiere* que hagan en casos tales; es decir, el límite de sus deberes. Si efectivamente los jueces discrepan respecto de la imposición de una ley que se propone revocar una norma cualificada, el hecho mismo de la discrepancia, de acuerdo con esta objeción, demostraría que los jueces no tienen deber alguno en ningún sentido. El asunto quedaría entonces librado a su discreción hasta que algún tribunal, por la fuerza de su decisión en uno u otro sentido, estimulase a otros jueces a aceptar esa decisión como creadora de un deber.

Si así fuera, entonces la primera tesis sería inmune al argumento que presenté, pero ¿por qué hemos de suponer que es así? La objeción depende de un supuesto ético: que los deberes no pueden ser, en principio, discutibles. Supone que, si no está claro cuál es el deber de un juez, y no hay acuerdo respecto de qué otros criterios decidirían la cuestión, entonces el juez no puede tener deber alguno; sólo podemos hablar de lo que debe hacer. Pero ese supuesto es, por lo menos, cuestionable. No cuadra con la forma en que usamos el concepto de deber en la discusión moral. El vegetariano no necesita aceptar que nuestros deberes se limitan a lo que, incontrovertible o demostrablemente, son nuestros deberes. [El supuesto] no cuadra siquiera con la forma en que los juristas enfocan el problema del deber judicial. En la disputa referente a la cláusula de mayorías cualificadas, por ejemplo, la única proposición que constituye terreno común entre los discrepantes es que no se trata de un asunto en el cual los jueces tengan libertad para ejercitar su discreción. Los que piensan que el Parlamento tiene efectivamente el poder de limitar a sus sucesores creen que los jueces no tienen derecho a reconocer un intento posterior de revocación. Quienes creen que el Parlamento no tiene tal poder, consideran que los jueces tienen el deber de reconocer la revocación subsiguiente. Es verdad que algunos jueces pue-

den sentirse inseguros, pero su incertidumbre está referida a sus deberes; no es la certidumbre de no tener ninguno. Por cierto que si la versión fuerte de la teoría de la norma social fuese correcta, el supuesto que he descrito sería sólido. Pero como esa teoría es falsa, se ha de hallar algún otro fundamento para el supuesto, y creo que no es posible hallarlo.

Espero que nadie querrá decir que en este tipo de casos los jueces discrepan respecto de su deber político o moral en cuanto jueces, pero no respecto de su deber jurídico. La única base para esta distinción es tal que, en este contexto, incurre en una obvia petición de principio. La primera tesis que distinguí está encaminada a explicar la distinción que establece el positivista entre el deber jurídico y otras clases de deberes, así que no puede dar por sentada esta distinción. El propio Hart dice que la regla fundamental de reconocimiento es una norma jurídica sólo en el sentido en que el metro patrón que se guarda en París mide un metro;¹³ si los jueces tienen el deber de imponer las cláusulas de mayorías cualificadas, tiene que ser un deber jurídico exactamente en ese sentido. Pero la cuestión de la terminología no viene al caso. Si es posible que los jueces tengan el deber de aplicar alguna norma o principio para determinar lo que requiere el derecho, pese al hecho de que ninguna norma social así lo estipula, entonces la primera tesis es errónea, independientemente de cómo se describa el deber.

3. EL «APOYO INSTITUCIONAL», ¿CONSTITUYE UNA REGLA DE RECONOCIMIENTO?

En el capítulo 2 dije que los principios, como el que enuncia que nadie puede beneficiarse de su propio delito, no podían quedar comprendidos en ninguna regla simple de reconocimiento, como la que expresa que todo lo que promulga el Parlamento es derecho. El positivista, dije allí, tiene una opción: puede sostener que esos principios no son parte del derecho, porque el juez no tiene el deber de tenerlos en cuenta, sino que ello queda librado a su discreción. O bien puede conceder que son principios de derecho y demostrar cómo se puede construir una regla social de reconocimiento más complicada que dé cabida a tales principios. Por cierto que el positivista puede combinar ambas estrategias: podría argumentar que una regla de reconocimiento más compleja com-

prendería algunos de los principios que citan los jueces, y después sostener que los jueces no tienen el deber de imponer ningún otro principio más que éstos.

El doctor Raz intenta combinar de esa manera ambas estrategias. Confía principalmente en el argumento, que consideraré en la sección siguiente, de que los jueces tienen la discreción, pero no el deber, de emplear ciertos principios. Pero cree que los jueces tienen efectivamente el deber de tener en cuenta por lo menos algunos principios, y que éstos pueden ser reunidos bajo algo semejante a una regla de reconocimiento, mediante la noción de lo que él llama una «costumbre judicial».¹⁴ Supongamos que, de hecho, muchos jueces citen durante cierto tiempo un determinado principio, afirmando que debe ser tenido en cuenta. Entonces, señala Raz, esa misma práctica constituiría una norma social definida que luego formaría parte, junto con las reglas de reconocimiento de tipo convencional en que pensaba Hart, del grupo de normas sociales que, en conjunto, sirven como criterio para identificar el derecho.

Pero este concepto de la costumbre judicial no puede llevarnos muy lejos en la discusión, por dos razones. La primera, que la gran mayoría de los principios y directrices que citan los jueces son discutibles, por lo menos en cuanto al peso; el peso del principio según el cual nadie puede beneficiarse de su propio delito, por ejemplo, fue lo suficientemente discutible como para provocar una disensión en el caso *Riggs v. Palmer*.¹⁵ Segundo, muchísimos alegatos basados en principios apelan a principios que en modo alguno han sido objeto de una práctica judicial establecida; así sucedió con varios de los ejemplos que di, tomados de la decisión en el caso *Henningsen*, que incluía principios que de hecho no habían sido formulados antes de ninguna manera parecida, como el principio de que los fabricantes de automóviles tienen una especial responsabilidad hacia el público.

De modo que la noción de costumbre judicial de Raz no podría distinguir muchos de los principios que los jueces tratan como principios que deben tener en cuenta. Por consiguiente, habremos de considerar muy seriamente su argumento de que en realidad los jueces no tienen el deber de llevar a la práctica principios que no son objeto de una costumbre judicial semejante. Pero primero quiero considerar una idea, diferente y más compleja, de cómo se puede adaptar la noción de una regla social de reconocimiento para dar cabida tanto a los principios como a las reglas.

El profesor Sartorius coincide conmigo en rechazar la idea de que, cuando los jueces apelan a principios en los casos difíciles, al hacerlo están ejerciendo cierto grado de discreción.¹⁶ Por consiguiente, si desea adherirse a la primera tesis que distinguí, debe describir una forma de regla social que efectivamente dé cabida a todos esos principios o por lo menos los tenga en cuenta. Sartorius intenta hacerlo, y procura oponerme mis propios argumentos. Admite que la elaboración de un criterio fundamental de identificación del derecho sería sumamente trabajosa, pero cree que en principio es posible. Cree, además, que lo esencial de ese criterio decisivo residiría en el concepto de «apoyo institucional» que presenté en el capítulo 2, y cita el siguiente pasaje de ese capítulo como respaldo de su propia posición:

Si nos urgieran a fundamentar nuestra afirmación de que un principio es un principio de derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior en que tal principio hubiera sido citado o figurase en la discusión. Mencionaríamos también cualquier ley que pareciera ejemplificarlo (y sería mejor aún si el principio estuviera citado en el preámbulo de la ley o en los informes de la comisión o en cualquier otro documento legislativo que lo acompañase). A menos que llegáramos a encontrar el apoyo de algún antecedente institucional, no podríamos probablemente defender nuestro caso, y cuanto más apoyo encontrásemos, tanto más peso podríamos reclamar para el principio.¹⁷

Por cierto que el profesor Sartorius debería extenderse con mucho más detalle sobre esta doctrina del apoyo institucional. Yo mismo debería elaborarla de la siguiente manera,¹⁸ y su artículo hace pensar que él podría aceptar mi elaboración. Supongamos que hubiéramos de reunir todas las normas que son manifiestamente normas válidas de derecho en un determinado estado norteamericano, por ejemplo, y que a éstas agregamos todas las normas de competencia institucional en que nos habíamos apoyado para decir que las normas de la primera serie eran realmente normas válidas. Tendríamos ahora un conjunto impresionante de material jurídico. Entonces podríamos preguntar qué conjunto de principios en su totalidad sería necesario para justificar la adopción de las normas explícitas, institucionales y de derecho, que habíamos enumerado. Supongamos que cada juez y abogado de ese estado deba formular una «teoría del derecho» que describa ese conjunto de principios y asigne a cada uno de ellos un peso relativo (paso por alto el hecho de que el

esfuerzo de toda una vida no sería suficiente ni para empezar). Cada uno de ellos podría, entonces, sostener que su conjunto de principios debe contar como [los] principios del sistema jurídico en cuestión.

Podríamos formular el criterio de identificación del derecho que sugiere esta historia de la siguiente manera: un principio es un principio de derecho si figura en la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión. Sartorius dice, pensando al parecer en este tipo de criterio, que «aunque quizá se aparte bastante de la versión que da Hart del positivismo está de acuerdo con el dogma positivista fundamental tal como lo describe Dworkin, a saber, que “el derecho de una comunidad ... puede ser identificado y distinguido por criterios específicos, por pruebas que no tienen que ver con ... el contenido, sino con ... la justificación...”».¹⁹

Pero se necesita ahora alguna aclaración. Sartorius no puede querer decir que la teoría del derecho de cualquier jurista proporcione una regla *social* de reconocimiento. Si yo hubiera enunciado una teoría del derecho para una jurisdicción determinada, bien podría defender esa teoría como teoría normativa del deber judicial, en el espíritu de la *segunda* tesis que distinguí. Si la mayoría de los jueces de la jurisdicción tuvieran cada uno su teoría, entonces la *tercera* tesis valdría para esa jurisdicción. Pero la teoría de cada uno de los jueces sería más o menos diferente de las de los otros. Algunos de los principios que propusiera serían diferentes, y entre los que son iguales, algunos serían de diferente peso. Estas diferencias aseguran que no haya una única teoría de un jurista que pueda ser tomada en sí como una regla social compleja, del tipo que requiere la *primera* tesis.

De modo que Sartorius debe decir, no que la teoría del derecho de cualquier jurista determinado proporcione una regla social de reconocimiento, sino más bien que el criterio del apoyo institucional es en *sí mismo* una regla social. Es decir, podría decir que la regla social de reconocimiento es precisamente la regla de que un principio debe ser aplicado como derecho si es parte de la teoría del derecho mejor fundada, y debe ser aplicado con el peso que esa teoría le asigna. Según este punto de vista, las diferentes teorías del derecho que ofrecerían los diferentes juristas son simplemente teorías diferentes sobre la forma en que ha de aplicarse a los casos particulares esa norma social.

Pero no veo cómo se puede plantear el asunto de esa manera, y seguir con la idea de que la prueba de apoyo institucional proporciona más bien «criterios específicos» de «justificación» que de «contenido». El concepto de una teoría del derecho, tal como lo he descrito, no supone que los principios y las directrices políticas expliquen las normas establecidas de la misma manera como podría explicarlas un historiador del derecho, identificando los motivos de quienes adoptaron dicha normas, o llamando la atención sobre los grupos de presión que influyeron en su promulgación. Si una teoría del derecho ha de proporcionar un base para el deber judicial, entonces los principios que enuncia deben tratar de *justificar* las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad que, en opinión del jurista que elaboró la teoría, fundamentan realmente las normas. Este proceso de justificación conduce al jurista a profundizar en la teoría política y moral, más allá de donde sería exacto decir que algún «criterio» de «justificación» sirve para decidir, entre dos teorías diferentes de nuestras instituciones políticas, cuál es la mejor.

El simple ejemplo que di antes sirve para ilustrarlo. Si estoy en desacuerdo con otro jurista sobre la fuerza relativa que hay que asignar a los precedentes inmemoriales, defenderé una teoría del derecho cuyo punto de vista sobre los precedentes apoye mi tesis. Podría decir que la doctrina de los precedentes sirve a la igualdad de consideración ante la ley, y que la igualdad en el trato pierde importancia e incluso se desvirtúa a medida que aumenta el tiempo transcurrido entre los dos precedentes. Él me respondería quizá que el sentido del precedente no está tanto en la igualdad como en la predecibilidad de la decisión, a la cual nos aproximamos más si no hacemos caso de las distinciones en el tiempo entre los precedentes. Cada uno de nosotros señalará las características de la función judicial que apoyan su punto de vista frente al del otro; si alguno no pudiera encontrar ninguna, entonces, tal como dije en el pasaje citado, su argumentación carecería de fuerza. Pero la elección entre nuestros puntos de vista no dependerá únicamente del número de tales características que cada uno pueda encontrar; dependerá también de hasta qué punto pueda hacer una defensa moral del deber de igual tratamiento que presupone mi argumento, porque la tesis de que este deber justifica el precedente supone que el deber existe.

No quiero decir que no se pueda encontrar base alguna

para preferir una teoría del derecho a otra. Por el contrario, puesto que rechazo la doctrina de la discreción que describiré en la sección siguiente, doy por sentado que cabe encontrar argumentos convincentes que establezcan la superioridad de una teoría sobre otra. Pero esos argumentos deben incluir otros, referentes a problemas de teoría política normativa, como la naturaleza del deber social de igualdad, que van más allá de la concepción positivista de los límites de las consideraciones que vienen al caso cuando se trata de decidir qué es el derecho. El poner a prueba el apoyo institucional no proporciona ninguna base mecánica, histórica o moralmente neutra para establecer que una determinada teoría del derecho es la más sólida. Es más, no permite siquiera que un jurista, individualmente, distinga un conjunto de principios jurídicos del conjunto más amplio de principios morales o políticos que defiende. Por lo general, su teoría del derecho incluirá casi todos los principios morales y políticos que suscribe; e incluso es difícil pensar en un solo principio de moralidad social o política que tenga vigencia en su comunidad y que él personalmente acepte —a no ser aquellos excluidos por consideraciones constitucionales—, que no encuentre algún lugar y tenga algún peso en el elaborado esquema de justificación que se requiere para justificar el cuerpo de leyes. De manera que el positivista sólo podrá aceptar que el criterio de acuerdo institucional cumple con los requisitos de su prueba decisiva del derecho, al precio de abandonar el resto de su guión.

Si es así, las consecuencias para la teoría jurídica son considerables. La jurisprudencia plantea la cuestión de qué es el derecho. La mayor parte de los filósofos del derecho han intentado darle respuesta distinguiendo los *estándares* que de hecho figuran en las discusiones referentes a derechos y deberes jurídicos. Pero si no se puede hacer tal lista excluyente de estándares, es menester encontrar alguna otra manera de distinguir los derechos y deberes jurídicos de otras especies de derechos y deberes.

4. LOS JUECES, ¿DEBEN TENER DISCRECIÓN?

Vuelvo ahora sobre la segunda de las dos estrategias del positivismo que distinguí al comienzo de la última sección: el argumento de que, cuando discrepan sobre cuestiones de principio, los jueces no están en desacuerdo sobre lo que exige

el derecho, sino sobre la forma en que deben ejercer su discreción. Es decir, que no discrepan respecto de dónde reside su deber de decidir, sino de la forma en que deben decidir, después de meditarlo bien, puesto que no tienen el deber de decidir en un sentido o en otro.

En mi artículo original intenté explicar que, en realidad, este argumento depende de una especie de ambigüedad en el concepto de discreción. En las discusiones sobre el deber usamos este concepto de tres maneras diferentes. Primero, decimos que un hombre tiene discreción si su deber se halla definido por estándares que las personas razonables pueden interpretar de diferentes maneras; así, un sargento tiene discreción si le dicen que forme una patrulla con sus cinco hombres más experimentados. En segundo lugar, decimos que alguien tiene discreción si su decisión es definitiva, en el sentido de que ninguna autoridad superior puede revisarla y anularla, como cuando se deja librada a la discreción del juez de línea la decisión de si un jugador está fuera de juego. Finalmente, decimos que un hombre tiene discreción cuando un conjunto de estándares que le imponen ciertos deberes no le imponen efectivamente deber alguno respecto de una decisión determinada, como cuando en un contrato de arrendamiento hay una cláusula que permite al inquilino la renovación discrecional.

Es obvio que si no hay una norma social que exija inequívocamente una decisión jurídica determinada, y si entre los juristas hay discrepancia respecto de la decisión que en realidad corresponde, los jueces tendrán discreción en el primero de los sentidos enumerados, porque tendrán que ejercitar su iniciativa y su juicio más allá de la aplicación de una regla establecida. También es obvio que si los jueces en cuestión forman el tribunal supremo de apelación, tendrán discreción en el segundo sentido. Pero, a menos que aceptemos la forma más fuerte de la teoría de la norma social —que los deberes y las responsabilidades únicamente pueden ser generados por normas sociales—, no podemos llegar a la conclusión de que esos jueces tengan discreción en el tercer sentido. Un juez puede tener discreción en los dos primeros sentidos y, sin embargo, considerar correctamente que su decisión plantea el problema de cuál es su deber como juez; un problema que debe decidir preguntándose qué es lo que exigen de él las diversas consideraciones que le parecen pertinentes. Si es así, este juez no tiene discreción en el tercer sentido, que es el sentido que necesita

establecer un positivista si ha de demostrar que el deber jurídico define exclusivamente en función de una norma social final y definitiva o de un conjunto de ellas.

Para Raz, mi argumento no es convincente.²⁰ Repite la distinción que he establecido entre estos tres sentidos del término «discreción», pero tras haberla repetido, hace caso omiso de ella. Aparentemente, Raz piensa que mi intención era presentar la argumentación siguiente: (i) Los jueces no tienen discreción respecto de una decisión cuando todos ellos están de acuerdo en que un determinado conjunto de principios es decisivo. (ii) Tal es en ocasiones el caso, incluso cuando ninguna norma jurídica lo establece. (iii) Por consiguiente, nunca se da el caso de que los jueces tengan discreción.

La argumentación es falaz, y, afortunadamente, no es mía. Los jueces coinciden a veces sobre un conjunto de principios, pero incluso cuando están divididos respecto de ellos, tratan en ocasiones el problema como un problema de responsabilidad judicial, es decir, como algo que plantea la cuestión de qué es lo que ellos, en cuanto jueces, tienen el deber de hacer. En un caso así, tienen discreción en el primer sentido que distinguí, pero que no viene al caso. Sin embargo, no creen que tengan discreción en el tercer sentido, que es el que cuenta.

¿Por qué ha de ignorar Raz las distinciones que he establecido? Él supone que en cualquier sistema jurídico hay rasgos que tienen la siguiente consecuencia: si los jueces tienen discreción en el primer sentido, porque ninguna norma social dicta, directa o indirectamente, cuál es el resultado a que deben llegar, entonces también deben tener discreción en el tercer sentido, de manera que su decisión no puede ser asunto de deber judicial. En este punto, los jueces pueden equivocarse: es posible que usen inadecuadamente el lenguaje del deber. Pero no podemos, como dice Raz, perpetuar errores por el solo hecho de que son populares. Aun así, es necesario demostrar que son errores, y Raz no lo hace. ¿De qué argumentos podría valerse?

La tendencia de Raz a convertir la discreción, en el primer sentido, en discreción en el tercer sentido es extraordinariamente común entre los filósofos del derecho,²¹ y es algo cuya fuente debemos intentar diagnosticar. Cuando un juez se enfrenta con una decisión difícil, antes de iniciar su investigación debe suponer que hay, en principio, tres posibilidades. La totalidad del conjunto de estándares que debe te-

ner en cuenta le exige que se decida por el demandante, o le exige que se decida por el acusado, o no le exige ninguna de las dos decisiones, pero le permite cualquiera de ellas. También debe reconocer que podría estar, hasta cierto punto, inseguro de cuál de las tres posibilidades es la que efectivamente vale; en ese caso, debe decidir basándose en el argumento que le parezca más fuerte. Pero su incertidumbre podría darse tanto respecto de la tercera posibilidad como de las otras dos; es posible que el derecho le conceda discreción, en el tercer sentido, para llegar a cualquiera de las dos decisiones, pero el hecho de que concretamente lo haga es cuestión de qué signifiquen los materiales jurídicos en su conjunto, y es posible que uno esté tan inseguro de que justifiquen *esa* conclusión como cualquiera de las otras dos.

Aparentemente, Raz piensa que si es incierto que haya que atenerse a la primera o a la segunda posibilidad, de ello se sigue que hay que atenerse a la tercera. Es decir, piensa que si un juez no está seguro de si ha de decidirse por el acusado o por el demandante, la consecuencia es que ha de estar seguro de que tiene discreción para decidir en uno u otro sentido. No se me ocurren más que dos argumentos que apoyen esa extraordinaria conclusión.

El primero depende del supuesto de la filosofía moral que enuncié antes: que los deberes no pueden ser discutibles en principio. Raz parte de ese supuesto, porque del hecho de que los jueces pueden discrepar respecto de los principios, y especialmente respecto de su peso, llega a la conclusión de que deben tener discreción en el sentido que yo no acepto. Es una conclusión que las premisas no justifican, a menos que algo tal como ese supuesto sea válido, pero —como ya dije— no tenemos razón para suponer que lo sea una vez que hemos rechazado la versión fuerte de la teoría de la norma social.

El segundo argumento se apoya en un supuesto diferente, a saber, que todo sistema jurídico contiene una regla de decisión que estipula afirmativamente que los jueces tienen discreción en los casos difíciles. Es posible que algunos sistemas se valgan de una regla tal, pero en el sistema inglés y en el norteamericano no es así. En ellos no hay tal regla explícita y tampoco, cosa en la que Raz coincide, la práctica jurídica demuestra que se reconozca implícitamente semejante regla.

Por el contrario, para nosotros la proposición según la cual los jueces tienen discreción en el tercer sentido, res-

pecto de uno u otro problema, es una proposición que debe ser establecida afirmativamente sobre la base de una discusión exhaustiva y no simplemente por omisión. En ocasiones, los jueces llegan efectivamente a esa conclusión; por ejemplo, cuando dictan sentencia al amparo de leyes penales que prevén una pena máxima y una mínima, o cuando idean una compensación equitativa bajo el principio general de equidad. En tales casos, los jueces creen que nadie tiene derecho a ninguna decisión determinada; consideran que su tarea consiste en escoger la que, bien evaluados todos los factores, sea la mejor decisión, y para el caso no hablan de lo que deben hacer, sino de lo que deberían hacer. Sin embargo, en la mayoría de los casos difíciles, los jueces toman una actitud distinta, que ya he mencionado. Formulan su desacuerdo como un desacuerdo referente a los estándares que están obligados a tener en cuenta —o que se les prohíbe tener en cuenta— o al peso relativo que están obligados a atribuirles, sobre la base de argumentos como los que describí en la última sección para ejemplificar la teoría del apoyo institucional. En casos así, algunos jueces defienden la primera posibilidad que mencioné, otros la segunda y otros se mantienen indecisos; pero todos excluyen la tercera. Es evidente que no existen ni siquiera los comienzos de una norma social que convierta la discreción que exige el juicio en la discreción que excluye el deber.

5. LAS NORMAS, ¿SON REALMENTE DIFERENTES DE LOS PRINCIPIOS?

En el capítulo 2 distinguí las normas de los principios, distinguiendo la fuerza diferente que tienen en la discusión ambos tipos de estándares. Mi propósito era doble: primero, llamar la atención sobre una distinción que consideraba importante para entender cómo razonan los juristas, y segundo, llamar la atención sobre el hecho de que algunos de los estándares que invocan jueces y abogados plantean especiales problemas al positivismo, porque son estándares que no pueden tener cabida en un criterio de identificación del derecho, como la regla de reconocimiento de Hart. Esos dos propósitos eran distintos; aun si se pudiera demostrar que la distinción lógica que yo afirmo entre normas y principios es ilegítima, podría ser que estándares como los que mencioné, de cualquier manera que se los identifique, y se los clasifique o no como normas, no pueden tener cabida en una

prueba tal. Por consiguiente, si no consigo establecer mi distinción entre normas y principios, de eso no se sigue en modo alguno que mi argumentación general en contra del positivismo jurídico pierda validez.

Sin embargo, sigo pensando que la distinción que establecí entre normas y principios es tan válida como importante, y me interesa defenderla. Ciertamente, no quiero decir que sea erróneo establecer otras clases de distinciones entre diversos tipos de estándares jurídicos, ni siquiera que sea erróneo o que provoque confusión el uso de los términos «norma» y «principio» para establecer esas distinciones, mejor que la que yo introduje.

La objeción principal que plantea Raz a mi distinción puede ser así formulada: ²² sostengo que principios como los que mencioné entran en conflicto y se influyen recíprocamente, de manera que cada principio que tiene importancia para un determinado problema jurídico proporciona una razón que, aun cuando argumento en favor de cierta solución, no la determina. Por consiguiente, quien debe decidir el problema se ve ante la exigencia de evaluar todos los principios conflictivos y contradictorios que sobre él inciden, y de llegar a partir de ellos a una resolución, en vez de identificar a uno solo, entre los demás, como «válido». Raz se empeña en sostener que no simplemente los principios, sino también las normas, pueden estar recíprocamente en conflicto, y cree que este hecho invalida la distinción que he establecido. Ofrece tanto ejemplos tomados de la argumentación moral como de la jurídica, y consideraré por separado cada grupo.

Señala Raz que un hombre podría aceptar, como normas morales que le sirvan de guía en su conducta, la máxima de que jamás se ha de mentir y la de que uno debe mantener siempre lo prometido. Observa que en determinadas ocasiones las dos normas pueden entrar en conflicto, lo cual exige que el hombre que acepta ambas tenga que escoger entre ellas sobre la base de cuál —dadas las circunstancias— tiene mayor peso o importancia, o bien sobre alguna otra base. Su conclusión es que las normas morales se ajustan a la lógica que yo describí al hablar de los principios; es decir, que señalan en una dirección, aunque no son necesariamente decisivas respecto de ningún problema moral.

Pero en primer lugar, aunque es posible que un hombre pueda aceptar normas morales como guía de su conducta, como da por sentado este argumento, de ningún modo es el caso que la mayoría de los hombres que se toman la moral

en serio hagan nada parecido. Para la mayoría de la gente, una discusión o una decisión moral es cuestión de dar razones en pro o en contra de la moralidad de cierta línea de conducta, más bien que de apelar a normas establecidas de antemano, ya sea por una decisión social o individual. Es verdad que un sujeto moral puede encontrarse en una situación difícil cuando debe optar por decir una mentira o quebrantar una promesa, pero de ello no se sigue que haya aceptado normas que entran en conflicto en lo tocante a su problema. Es posible que, simplemente, haya reconocido que decir mentiras y quebrantar promesas son dos cosas que, en principio, están mal.

Claro que podríamos describir su difícil situación diciendo que se veía obligado a elegir entre dos estándares morales, aunque él mismo no formulara las cosas de esa manera. Pero en ese caso, si nos valemos de la distinción que establecí, debemos decir que se ve forzado a resolver entre principios —no entre normas— que rivalizan, porque ésa sería la manera más exacta de describir su situación. El sujeto reconoce que ninguna consideración moral es, tomada aisladamente, de efecto abrumador y decisivo, y que es posible que en algunas circunstancias, cualquier razón que pueda esgrimirse en contra de un acto tenga que ceder ante una consideración opuesta. Cualquier filósofo o sociólogo que quiera formular sus prácticas morales en función de un código de estándares debe decir, por consiguiente, que para él la moral es cuestión de principios y no de normas.

Pero es posible que alguien acepte una norma moral como guía de su conducta, tal como supone Raz. Tal persona podría decir, por ejemplo, que se ha comprometido personalmente a no decir jamás una mentira. Si es capaz de aceptar de esa manera una única norma moral tajante, también es capaz de aceptar otras, y las normas aceptadas podrían entrar en conflicto, tal como supone el ejemplo. Entonces sería un error valerse de mi distinción para decir que el sujeto ha aceptado simplemente un conjunto de principios que en principio podrían chocar entre sí, porque expresarlo así describe equivocadamente sus actitudes hacia los varios compromisos que él cree haber asumido. El sujeto cree que se ha comprometido con sus diferentes estándares en cuanto normas, es decir, en cuanto proposiciones que, en las circunstancias que designan, exigen una determinada línea de conducta.

Pero en mi artículo original yo no negaba que pudiera

haber conflictos entre las normas. Decía que en nuestro sistema jurídico, tales conflictos serían ocasiones de emergencia, situaciones que exigen una decisión capaz de alterar de manera espectacular el conjunto de estándares. Es más, esta descripción se adecua igualmente a nuestro ejemplo actual, que no es jurídico. Si realmente entiende los conceptos que ha estado usando, nuestro héroe moral no puede continuar diciendo, una vez que haya resuelto su conflicto, que ha seguido sus dos estándares como reglas tajantes. Si aún quiere presentar su moral como un código coherente, puede enmendar una de las normas, o ambas, de modo que den cabida al conflicto; o puede revisar su actitud hacia una de ellas, o hacia ambas, para hacer de ellas principios y no normas. También puede no hacer ninguna de las dos cosas y, cuando se le plantea un conflicto, declararse en situación de dilema moral y no hacer nada, o arrojar una moneda, o decidir de alguna otra manera irracional que el sistema jurídico no permite. En todo caso, la distinción que yo establecí entre normas y principios, lejos de verse cuestionada por el comportamiento de este excepcional personaje, es efectivamente necesaria para explicarlo.

Raz toma los demás ejemplos del derecho. Nos llama la atención, por ejemplo, sobre normas del derecho penal como aquella que prohíbe la violencia, diciendo que esta norma entra en conflicto con otra que permite recurrir a la violencia en defensa propia. Aquí, concluye, tenemos dos normas jurídicas, ambas claramente válidas, que están mutuamente en conflicto. Raz cree que en los casos particulares en que estas dos normas entran en conflicto, como sucede cuando alguien recurre a la violencia en defensa propia, es necesario que el juez sopesa ambas y decida aplicar la más importante, que será siempre la que permite la violencia en defensa propia. Tal es su ejemplo de dos normas aceptablemente en conflicto, sin que den sensación alguna de emergencia; algo que yo dije que no sucedía con las normas.

Pero el ejemplo se apoya indudablemente en una idea extraña de lo que es un conflicto. Si un código penal contiene una norma general en el sentido de que nadie será penalmente responsable de un acto cometido en defensa propia, entonces esa norma no entra en conflicto con las normas particulares que definen determinados delitos, aun cuando tales normas no mencionen para nada la autodefensa. La norma general sobre la defensa propia ha de entenderse en el sentido de que, pese a las normas particulares del derecho

penal, ningún acto se considerará delictivo si fue cometido en defensa propia. De hecho, es frecuente que las normas que estipulan defensas generales se redacten precisamente de esa manera, pero aun cuando no sea así, se las entiende de esa manera. Pero una norma que estipule una excepción a otra norma no está en conflicto con ella; no lo está, por lo menos, en el sentido de que si un acusado de violencia ha demostrado que recurrió a ella en legítima defensa, el juez se vea entonces enfrentado con dos normas que le plantean exigencias opuestas y cuyo peso relativo deben estimar de algún modo para llegar a una decisión. Las dos normas, en conjunto, determinan el resultado de manera tal que no exigen que el juez escoja entre ellas ni determine su importancia relativa.

¿Por qué ha de suponer Raz que dos normas están en conflicto aun cuando una tenga, evidentemente, la fuerza de una excepción a la otra? La respuesta, creo, se encuentra en lo que él dice de la concreción de las leyes.²³ Raz supone que yo he de querer responder a lo que él sostiene —que la norma que prohíbe la violencia está en conflicto con la que la permite en caso de autodefensa—, argumentando que las dos son, en realidad, parte de una norma única. Afirma que eso sólo se podría hacer al precio de sostener una teoría inaceptable sobre la concreción de las leyes y, anticipándose a mi presunto error, dice que no presto la suficiente atención al problema general de la concreción de las leyes. En esto es demasiado generoso, ya que sería más exacto decir que a ese problema no le presto atención alguna. En realidad, yo no me apoyé en el argumento de que una norma y su excepción han de tomarse en realidad como una sola norma, pero tampoco estaría dispuesto a sostener que deben ser realmente dos normas.

Raz es ambiguo en lo que respecta a su teoría de la concreción de las leyes. A veces, enfoca una teoría de la concreción concebida como estrategia expositiva, es decir, como una teoría sobre la forma más esclarecedora en que cabe describir el sistema jurídico de una nación. Es obvio que el autor de un texto sobre derecho penal, por ejemplo, necesita una estrategia de exposición. Necesita distinguir la doctrina de *mens rea* de la doctrina del estado de necesidad, y distinguir ambas doctrinas generales de las normas más particularizadas que aquellas trascienden en cuanto atenuantes y eximentes. Pero naturalmente, aun cuando algunas estrategias expositivas puedan ser malas o erróneas, porque des-

criben el derecho en forma imposible de manejar o de asimilar, muchísimas estrategias diferentes podrían ser más o menos competentes.

Otras veces, sin embargo, parece que Raz cree que el problema de la concreción de las leyes no tiene que ver con ninguna estrategia que pretenda explicar a estudiantes o juristas lo que es la ley, sino con la cuestión, más filosófica, de qué es el derecho. Según él dice, se trata de un problema referente a la estructura formal de la ley, que tiene importancia para el filósofo del derecho, pero no para el autor de un texto. Plantea el problema central de la siguiente manera: «¿Que se ha de considerar como una ley completa?» y adopta la forma en que Bentham elabora esta cuestión. «¿Qué es una ley? ¿Qué es parte de una ley? Se ha de observar que el sujeto de estas preguntas es la totalidad *ideal, intelectual, lógica*, no la totalidad *física*...».²⁴

Este tipo de pregunta nos aleja mucho de las técnicas de exposición jurídica: nos lleva al punto donde, tal como insiste el doctor Raz, es posible erigir o demoler teorías del derecho según cuál sea la respuesta correcta a la cuestión «¿Qué se ha de considerar como una ley completa?»²⁵ A mí, eso me parece ir demasiado lejos. Supongamos que el lector se ha leído un largo libro de geología y yo le pido que me diga qué información contiene: me dará su respuesta en una serie de proposiciones de hecho. Pero supongamos ahora que le pregunto, primero, cuántas proposiciones de hecho contiene el libro, y además qué teoría usó para contarlas. El lector me consideraría loco, y no simplemente porque la cuestión es absurdamente difícil, como si le hubiera preguntado cuántos granos de arena había en una playa determinada, o porque le exige una distinción conceptual difícil, como si le preguntase cuántos seres humanos hay en un grupo que incluye a una mujer embarazada de pocas semanas. Pensaría que estoy loco porque le habría hecho una pregunta completamente inadecuada en relación con el material de que se trata. El libro contiene muchísima información; las proposiciones son las maneras de presentar dicha información, pero el número de proposiciones usadas dependerá de consideraciones que no tienen nada que ver con el contenido de la información, como puede ser, por ejemplo, si se usa el término general «rocas» o los nombres de determinadas clases de rocas.

De la misma manera, los juristas se valen de normas y principios para transmitir información jurídica, y sería un

error suponer que cualquiera de esos enunciados en particular fuese canónico. Y esto vale incluso para lo que llamamos normas legales, porque es un lugar común [decir] que con frecuencia los juristas tergiversarán las normas que enuncia una ley si se limitan a repetir el lenguaje que ésta usa. Podría ser que dos juristas resumieran el efecto de una ley determinada valiéndose de diferentes palabras, y que uno de ellos usara más reglas que el otro; sin embargo, los dos podrían estar diciendo la misma cosa.

En lo que yo insistía no era en que «el derecho» contiene un número fijo de estándares, de los cuales algunos son normas y otros principios. En realidad, lo que quiero es oponerme a la idea de que «el derecho» sea un conjunto fijo de estándares, de la clase que sean. Más bien insisto en que un resumen preciso de las consideraciones que deben tener en cuenta los abogados para decidir sobre un determinado problema de derechos y deberes jurídicos incluiría proposiciones que tuvieran la forma y la fuerza de principios, y en que los propios abogados y jueces, cuando justifican sus conclusiones, usan frecuentemente proposiciones que han de ser entendidas de esa manera. Creo que nada de todo esto me compromete con una ontología del derecho que suponga una teoría determinada de la concreción.

Dije, eso sí, que un enunciado «completo» de una norma jurídica incluiría sus excepciones, y que una enunciación de una norma que descuidase las excepciones sería «incompleta». No habría formulado de esa manera mi punto de vista si hubiera previsto la objeción de Raz. Habría aclarado que una excepción se puede enunciar en la forma de una norma distinta, como la de la autodefensa, y también en la forma de un enunciado revisado de la norma original. Pero en ese caso, también habría aclarado que la diferencia es en buena parte cuestión de exposición. La distinción entre normas y principios se mantiene intacta. Se podría resumir una institución jurídica enunciando una norma, como la que establece que la violencia es delito, y una lista de las excepciones establecidas. Si mi resumen es completo, cualquiera que cometa un acto de violencia incurre en delito, a menos que para el caso sea válida una de las excepciones que he enunciado; si no es culpable de delito, entonces o bien yo me equivoqué, o la ley ha cambiado. En el caso de un principio las cosas son de otra manera. Supongamos que digo que en principio alguien no puede beneficiarse de su propio delito, pero alguien lo hace. No es necesario corregir, ni siquiera

actualizar mi enunciado, porque alguien puede beneficiarse correctamente de su propio delito, tal como deben ser entendidos estos términos, no sólo cuando es válida una excepción reconocida, sino cuando las características especiales de su caso pongan en juego aún otro principio o directriz de reconocimiento reciente y que establece la diferencia.

Este segundo enfoque, ontológico, de la concreción de las leyes conduce a Raz a su curiosa manera de ver los conflictos. Si uno se toma en serio la idea de que las normas jurídicas son en ciertas formas «totales» y «completas», puede verse inclinado a pensar que las leyes totales y completas son también recíprocamente independientes, de manera que la norma que define la violencia debe ser entendida como la orden lisa y llana de que los hombres que cometen ciertos actos sean castigados. Pero si tomamos el enunciado de una norma jurídica como un mero intento de describir el efecto jurídico de ciertas decisiones institucionales, no caemos en la tentación de suponer un conflicto tal. Entonces diremos simplemente que la norma sobre la violencia, como muchas otras normas sobre delitos, está sujeta a una excepción en casos de legítima defensa, y no nos preocuparemos pensando si hemos descrito una norma o dos.

Raz opone a mi distinción otro argumento, que no entiendo del todo. Sostiene que la distinción queda socavada por el hecho de que las normas pueden estar en conflicto con los principios; las normas de usucapición, por ejemplo, pueden dar la impresión de que están en conflicto con el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito. No me parece esclarecedor hablar de conflicto para describir la relación entre tales normas y ese principio. El hecho de que existan normas semejantes prueba, como ya dije, que el principio de no aprovecharse de la propia injusticia es efectivamente un principio y no una norma. Si algún día se enmiendan las reglas de usucapición, ya sea por la promulgación explícita de una ley o por nueva interpretación judicial, una razón de ello podría ser que el principio haya sido reconocido como más importante de lo que era cuando se adoptaron las normas. Sin embargo, incluso ahora se puede decir que las normas que rigen la usucapición *reflejan* el principio en vez de entrar en *conflicto* con él, porque son normas que tienen una forma diferente de la que habrían tenido si en la decisión no se hubiera asignado al principio peso alguno. El largo tiempo que generalmente se exige para adquirir un título por usucapición podría haber sido mucho más breve, por ejem-

plo, si no se hubiera pensado que esto estaba en conflicto con el principio. Es más, una de mis razones para establecer la distinción entre normas y principios fue precisamente demostrar cómo con frecuencia las normas representan una especie de compromiso entre principios de esta manera concurrentes, y cómo ese punto puede perderse de vista o diluirse si hablamos demasiado libremente de conflicto entre normas y principios.

En todo caso, no alcanzo a ver de qué manera este fenómeno arroja una sombra de duda sobre la distinción que quiero establecer entre normas y principios. Raz piensa que esto demuestra que tanto las normas como los principios tienen peso, porque cree que cuando hay conflicto entre normas y principios se debe tomar una decisión respecto de cuál de ellos es preferible, y que esa decisión debe tomarse asignando a la norma un peso que después se contrapone al peso del principio. Pero sin duda, esta descripción es una representación errónea de la relación entre normas y principios. Supongamos que un tribunal decide anular una norma establecida del derecho consuetudinario, según la cual no puede haber responsabilidad jurídica por declaraciones falsas por negligencia, y apela a varios principios para justificar esta decisión; entre ellos, al principio de que es injusto que un hombre sufra por causa del delito de otro. Se ha de entender que el tribunal decide que el conjunto de principios que requieren que se anule la norma establecida —incluyendo el principio de justicia que se acaba de mencionar— tienen como grupo mayor peso, dadas las circunstancias, que el conjunto de principios —incluyendo el principio de atenerse a lo establecido— que requiere que se mantenga la norma. Para decidir si se mantiene la norma, el tribunal compara el peso de dos conjuntos de principios; por consiguiente, induce a error decir que el tribunal compara el peso de la norma misma con el de uno u otro conjunto de principios. En realidad, cuando describe el [proceso de] sopesar, ya sea una norma jurídica o una norma moral, Raz está hablando de sopesar los principios y las directrices a cuyo servicio está la norma, porque eso debe ser lo que quiere decir cuando habla del «objetivo» de la norma.

No puedo responder a todos los demás puntos que Raz detalla en su artículo, pero me gustaría comentar brevemente algunos.

1) Raz aprueba una distinción entre normas y principios diferente de la que yo establecí.²⁶ Prefiere una distinción se-

gún la cual las normas prescriben actos relativamente específicos y los principios actos relativamente inespecíficos.²⁷ «Un acto es sumamente inespecífico», dice, «si puede ser realizado en diferentes ocasiones mediante la realización de muchos actos genéricos heterogéneos en cada ocasión.»²⁸ Pero la formulación es insatisfactoria porque no llega a especificar, a no ser mediante ejemplos, los criterios con que mide la heterogeneidad de los «actos genéricos», y sus ejemplos producen más confusión que esclarecimiento. Dice que la proposición de que se han de mantener las promesas es una norma, y se vale de esa proposición para ejemplificar su tesis de que las normas pueden estar en conflicto recíproco. Pero actos de las especies más diversas pueden ser, en diferentes circunstancias, actos que mantienen una promesa, porque todo aquello que un hombre puede hacer, también puede prometerlo. Por otra parte, Raz dice que «una ley que impone a los tribunales y a todos los funcionarios públicos la protección de la libertad de expresión», sería un principio. Pero todos los actos que, a la luz de este principio, deberían realizar los funcionarios serían actos de dar órdenes o de emitir votos, y esos actos parecerían más homogéneos —y no menos, sin duda— que los que les exigirían realizar para mantener sus promesas en cuanto individuos. Claro que todos los actos de mantenimiento de promesa se asemejan en cuanto actos de mantenimiento de promesa. Pero todos los actos de protección de la libertad de expresión, e incluso los de promoción de la igualdad, se asemejan de la misma manera. Que un grupo de actos sea homogéneo depende de la descripción según la cual se los considere, y mientras Raz no ofrezca una teoría de la descripción canónica no podemos valernos de su distinción.

2) Raz tiene razón en cuanto dice que algunos enunciados que comienzan con «Es un principio de nuestro derecho que...» deben ser entendidos como simples resúmenes de otros estándares.²⁹ Pero se equivoca al suponer que la referencia de un tribunal al principio de la libertad de contratación, como en el ya mencionado caso *Henningsen*, ha de entenderse de esa manera. Por el contrario, estas referencias reconocen la fuerza de un principio en la determinación de derechos y deberes jurídicos, e intentan evaluar —y en ocasiones, mitigar— esa fuerza.

3) Raz interpreta mal lo que dije sobre el uso de palabras como «razonable» en las normas.³⁰ Yo no me refería a que la función de tales palabras fuese «inmunizar al dere-

cho» contra las consideraciones generales incorporadas en ciertos principios.³¹ Más bien quería decir que su función consistía en abrir las normas al efecto de ciertos principios, pero solamente de ciertos principios. La norma de que las restricciones comerciales irrazonables no son válidas sigue siendo una norma si toda restricción irrazonable es inválida, aun cuando puedan hallarse otras razones para imponerla, que no atenúen su condición de irrazonable. El principio que cita Raz como totalmente en armonía con una norma tal —que generalmente los tribunales se niegan a considerar válidos los contratos injustos— es, en virtud de su formulación misma, diferente en ese sentido. Este principio contempla la posibilidad de imponer efectivamente los contratos injustos cuando así lo exigen circunstancias excepcionales; por ejemplo, quizá, cuando no se puede encontrar otra manera de proteger a un tercero inocente. Otra cosa sería si la legislación hubiera promulgado una norma según la cual los contratos injustos son nulos y por tanto inválidos.

4) Raz tiene razón al suponer que muy pocas comunidades amplias comparten un código coherente de creencias morales, pero interpreta mal a los jueces que apelan a la moralidad comunitaria, y a quienes él acusa de propagar una ficción nociva.³² Al hacerlo, no distingue entre dos conceptos que son parte de las normas morales de una comunidad. La frase puede referirse a un consenso en las creencias referentes a una cuestión determinada, consenso cuya expresión puede comprobarse en una encuesta. O bien puede referirse a principios morales que están en la base de las instituciones y las leyes de la comunidad, en el sentido de que tales principios figurarían en una teoría del derecho bien fundada, del tipo que analizamos ya en este capítulo. El que un principio sea principio de la comunidad en este sentido sería objeto de discusión y no de crónica, aunque lo que típicamente se cuestionaría sería el peso del principio, no su condición de tal. Los jueces que Raz critica usan el concepto en este segundo sentido, aunque en ocasiones lo hacen valiéndose de un lenguaje que es coherente con el primero. Raz toma erróneamente por hipocresía el hecho de no haber reparado en una distinción muy compleja. Me pregunto si será ir demasiado lejos suponer que el hecho de que él mismo no advirtiera esa distinción refleja su confianza en la teoría de la norma social. Si la versión fuerte de dicha teoría fuese correcta, no se podría sostener que una comunidad estuviese sometida, por sus tradiciones e instituciones, a nin-

guna moralidad obligatoria, a no ser a la moralidad reconocida en las prácticas sociales uniformes, que en general poco incluyen que sea de gran importancia. Ésta es, creo, la consecuencia más importante, para la jurisprudencia, de la teoría de la norma social, y la razón más convincente para insistir en que esa teoría es errónea.

LOS CASOS DIFÍCILES

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

2. LA TESIS DE LOS DERECHOS

A. *Principios y directrices políticas*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. *Los principios y la democracia*

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

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

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

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

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

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

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

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

C. *La jurisprudencia*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. *Tres problemas*

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

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

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

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

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

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

3. DERECHOS Y OBJECIONES

A. *Tipos de derechos*

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

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

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

Comienzo con la idea de una finalidad política como justificación política genérica. Una teoría política toma cierto estado de cosas como finalidad política si, para esa teoría, dicho estado de cosas cuenta en favor de cualquier decisión política que pueda promoverlo o protegerlo, y en contra de una decisión que demore o ponga en peligro su establecimiento. Un derecho político es una finalidad política individualizada. Un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso o libertad si [tal cosa] tiende a favorecer una decisión política [en virtud de la cual] resultará favorecido o protegido el estado de cosas que le permita disfrutar del derecho, aun cuando con esa decisión política no se sirva a ningún otro objetivo político, e incluso cuando se lo perjudique; y si cuenta en contra de tal decisión, aun cuando con ella se sirva algún otro objetivo político, el que retrase o ponga en peligro ese estado de cosas.⁶ Un objetivo es una finalidad política no individualizada, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa o recurso o libertad en particular para individuos determinados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Principios y utilidad

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

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

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

múltiples concepciones diferentes de una moral comunitaria estamos pensando. Sin especificar algo más no podemos construir siquiera una teoría política vaga o abstracta, como teoría de la comunidad en una época determinada, de modo que no podemos establecer la distinción entre razones y fuerza, analíticamente necesaria para entender los conceptos de principio y de política. Nos encontramos, pues, con el argumento de que la tesis antropológica destruye la distinción entre los dos; hablamos como si tuviéramos presente, como moral de la comunidad, alguna teoría coherente; pero negamos que tal teoría distinga el principio de la directriz política, basándonos en un argumento que parece plausible simplemente porque no pensamos en ninguna teoría en particular. Una vez que aclaramos lo que queremos decir con alguna referencia a la moral de una comunidad, y conseguimos identificar, aunque sea burdamente, lo que consideramos como principios de esa moral, el argumento antropológico pierde fuerza.

Hay teorías políticas, sin embargo, que no unen los derechos y los objetivos mediante la causalidad, sino haciendo que la fuerza de un derecho dependa de su poder, como derecho, para promover algún objetivo colectivo. Pienso en diversas formas de la teoría ética conocida como utilitarismo de la regla. Una forma popular de esa teoría sostiene, por ejemplo, que un acto es bueno si la aceptación general de una regla que exigiera ese acto mejorase el bienestar general de los miembros de la comunidad.⁸ Una teoría política podría prever el derecho a la libertad de expresión, digamos, basándose en la hipótesis de que la aceptación general de ese derecho por parte de los tribunales y de otras instituciones políticas promovería, a la larga, el mayor bienestar general para la comunidad.

Pero sin embargo, dentro de una teoría así podemos distinguir, por lo menos, los derechos institucionales de los objetivos colectivos. Si la teoría estipula que se justifica que un funcionario de una institución determinada tome una decisión política, y no se justifica que se niegue a tomarla, toda vez que esa decisión sea necesaria para proteger la libertad de expresión de cualquier individuo, sin tener en cuenta el influjo de la decisión sobre los objetivos colectivos, esa teoría estipula la libertad de expresión como derecho. No importa que lo estipule basándose en la hipótesis de que si efectivamente todas las instituciones políticas imponen de esa manera el derecho, el resultado será la promoción de

un importante objetivo colectivo. Lo que importa es el compromiso con un plan de gobierno que hace una apelación al derecho decisiva en los casos particulares.

De manera que ni la tesis antropológica ni el utilitarismo de la regla ofrecen objeción alguna a la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos. Quiero mencionar, por exceso de celo, otra forma posible de cuestionar esa distinción. Es frecuente que se puedan presentar diferentes argumentos, de principio y políticos, en apoyo de la misma decisión política. Supongamos que un funcionario quiera argumentar en favor de la segregación racial en los lugares públicos. Como argumento político, puede sostener que la integración racial causa en general más incomodidad que satisfacción. O puede presentar un argumento de principio, apelando a los derechos de quienes podrían resultar heridos o muertos en los tumultos que produciría la integración. Se podría pensar que la intercambiabilidad de estos argumentos desvirtúa la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos o que, en todo caso, hace que la distinción no sea tan útil, por la siguiente razón. Supongamos que se concede que el derecho a la igualdad entre razas es lo bastante fuerte como para que deba prevalecer sobre cualquier argumento político, a no ser el más apremiante, y para que sólo se vea puesto en peligro por requerimiento de argumentos de principio concurrentes. Tal concesión sería vacía si siempre se pudieran encontrar argumentos de principio en sustitución de un argumento político que de otra manera se podría plantear.

Pero es una falacia suponer que porque siempre se pueda encontrar algún argumento de principio que sustituya a un argumento político, aquél será tan convincente o tan poderoso como habría sido el argumento político adecuado. Si alguna minoría reclamara una ley antidiscriminatoria basándose en una directriz política, y por consiguiente fuera posible acallarla invocando el bienestar o la utilidad general, entonces el argumento que cita la incomodidad o irritación de la mayoría podría ser lo bastante poderoso. Pero si la pretensión invoca un derecho a la igualdad que deba prevalecer a menos que se enfrente con un argumento concurrente de principio, es posible que el único argumento de esa especie con que se cuenta sea, como en este caso, demasiado débil. Excepto en casos extraordinarios, el peligro para la vida de un hombre, en cuanto individuo, que emana de una integración racial adecuadamente llevada a la práctica será muy pe-

queño. Por ende, podríamos conceder que el derecho concurrente a la vida ofrece un argumento que se contrapone aquí al derecho a la igualdad, y mantener sin embargo que el peso de ese argumento es desdeñable; tiene quizá la fuerza suficiente para demorar el ritmo de la integración, pero ni siquiera tanta como para demorarlo mucho.

C. *Economía política y principio*

En su aspecto descriptivo, la tesis de los derechos sostiene que en los casos difíciles, las decisiones judiciales se generan, de manera característica, en principios y no en directrices políticas. Se podría pensar que las últimas investigaciones sobre las conexiones de la teoría económica con el derecho consuetudinario sugieren lo opuesto: que los jueces deciden casi siempre basándose en razones políticas más bien que de principio. Sin embargo, debemos tener cuidado en distinguir entre dos proposiciones que se supone establecidas por esas investigaciones. Se sostiene, en primer lugar, que se puede demostrar que casi todas las normas ideadas por los jueces en campos tan dispares como las injurias, los contratos y la propiedad sirven al objetivo colectivo de hacer más eficiente la asignación de recursos.⁹ Y segundo, se afirma que en ciertos casos los jueces basan explícitamente sus decisiones en la política económica.¹⁰ Ninguna de tales afirmaciones subvierte la tesis de los derechos.

La primera no hace referencia alguna a las intenciones de los jueces que decidieron los casos estableciendo normas que mejoran la eficiencia económica. No supone que esos jueces tuvieran conciencia del valor económico de sus normas, ni siquiera que hubieran reconocido ese valor como argumento en favor de sus decisiones. En su mayoría, las pruebas hacen pensar lo contrario. Los tribunales que favorecieron la lamentable doctrina de la responsabilidad por lesiones causadas por negligencia de un compañero de trabajo, por ejemplo, pensaban que la norma respondía a una exigencia de justicia, no de utilidad, y la abolición de la norma se debió a que una generación diferente de juristas halló contradicciones en el aspecto de equidad del argumento, no en el argumento utilitario.¹¹

Si la primera afirmación es firme, algunos podrían considerarla una prueba importante para la tesis antropológica mencionada en la última sección. A esas personas les hará

pensar que los jueces y los juristas, en cuanto reflejo de las actitudes morales generales de su época, consideraron que las corporaciones y los individuos tenían precisamente aquellos derechos que un utilitarista declarado sancionaría con su voto para servir al bienestar general. Pero la primera afirmación podría sugerir igualmente la conclusión contraria, que ya mencioné, a saber, que nuestras ideas actuales sobre el bienestar general reflejan nuestras ideas del derecho individual. El profesor Posner, por ejemplo, defiende esa afirmación presuponiendo una concepción particular de una asignación de recursos eficiente. Dice que el valor de un recurso que escasea para un individuo determinado se mide por la cantidad de dinero que está dispuesto a pagar por él, de modo que el bienestar de la comunidad llega al máximo cuando cada recurso está en manos de alguien que, por tenerlo, pagaría más que cualquier otro.¹² Es difícil argumentar que tal concepción del valor sea de suyo evidente o neutral. Es grata para una teoría política que celebra la competencia, pero lo es mucho menos para una teoría más igualitaria, porque degrada las pretensiones de los pobres, que están dispuestos a gastar menos porque tienen menos para gastar. Por consiguiente, parece que la concepción que tiene Posner del valor es tanto consecuencia como causa de una teoría de los derechos individuales. En todo caso, sin embargo, la tesis antropológica de la primera afirmación no significa una amenaza para la tesis de los derechos. Aun si concedemos que la teoría de los derechos de un juez está determinada por algún sentido instintivo del valor económico, y no inversamente, todavía podemos sostener que el juez confía en esa teoría, y no en el análisis económico, para justificar las decisiones en los casos difíciles.

La segunda afirmación que distinguimos, sin embargo, parece presentar una dificultad más grave. Si en algunos casos los jueces se refieren explícitamente a la política económica, no se puede entender simplemente que tales casos sirvan como prueba de la tesis antropológica. La teoría de la negligencia de Learned Hand es el ejemplo más conocido de tal referencia explícita a la economía política. Hand dijo, aproximadamente, que la forma de comprobar si el acto del acusado era ilícito, y por consiguiente procesable, es el criterio económico que pregunta si el acusado podría haber evitado el accidente de manera que representase para él un costo menor que el que podría sufrir el demandante si se producía el accidente, descontando la probabilidad del accidente.¹³ Se

puede decir que tal criterio económico proporciona un argumento político y no de principio, porque hace que la decisión dependa de si se podría haber favorecido más el bienestar colectivo permitiendo que sucediera el accidente o gastando lo que fuera necesario para evitarlo. Si es así, los casos en que se usa explícitamente alguna prueba como la de Hand, por pocos que fueran, servirían como ejemplos adversos a la tesis de los derechos.

Pero el supuesto de que cualquier tipo de cálculo económico debe ser un argumento político pasa por alto la distinción entre derechos abstractos y concretos. Los derechos abstractos, como el de hablar de temas políticos, no tienen en cuenta los derechos concurrentes; por su parte, los derechos concretos reflejan el influjo de dicha concurrencia. En cierto tipo de casos, el pasaje de los principios abstractos concurrentes a un derecho concreto se puede expresar en el lenguaje de la economía política. Consideremos el principio de que todo miembro de una comunidad tiene derecho a que cada uno de los otros miembros lo trate con el mismo respeto que se debe a otro ser humano.¹⁴ Es un principio muy abstracto, que en los casos particulares requiere que exista cierto equilibrio entre los intereses de quienes han de ser protegidos y la libertad de aquellos a quienes el principio exige un nivel no especificado de consideración y respeto. Es natural —especialmente cuando reina la moda del vocabulario económico— que se defina ese equilibrio adecuado comparando la suma de los beneficios de ambas partes en diferentes condiciones. Si un hombre actúa de manera tal que él mismo puede prever que perjudicará a otro, de modo que el beneficio colectivo de ambos se verá netamente reducido por su acto, no demuestra la atención y consideración requeridas. Si él puede, por ejemplo, prevenir el perjuicio o proteger de él de manera mucho más barata o eficaz que el otro, a menos que efectivamente tome las precauciones o medidas necesarias no estará demostrando atención y consideración.

Este tipo de argumento no es nuevo, en modo alguno, aunque quizá lo sea su ropaje económico. Durante largo tiempo los filósofos han debatido casos hipotéticos que ponían a prueba el nivel de consideración que debe un miembro de una comunidad a otro. Si un hombre está ahogándose, y otro puede salvarlo con un riesgo mínimo para sí, por ejemplo, entonces el primero tiene el derecho moral de que el segundo lo salve. Es una proposición fácil de expresar en términos

económicos: si el beneficio colectivo de ambos se incrementa claramente por el rescate, entonces el que se ahoga tiene derecho a que lo rescaten y el otro tiene el deber de rescatarlo. Es claro que la proposición jurídica paralela puede ser mucho más compleja. Es posible que especifique circunstancias especiales en que la cuestión decisiva no será si el beneficio colectivo de ambos se incrementará claramente, sino sólo si se incrementará marginalmente. Es posible que plantee la cuestión ulterior, por ejemplo, de cuándo el acto positivo de un hombre —a diferencia de una abstención de acción— crea un riesgo de daño físico directo y previsible para la persona o la propiedad de otro. Si la tesis de los derechos es firme, por cierto que ningún juez puede apelar a esa proposición jurídica a menos que crea que el principio de respeto mínimo enuncia un derecho jurídico abstracto; pero si lo cree, puede entonces enunciar su argumento en forma económica sin que por eso cambie su carácter de principio por el de directriz política.

Puesto que la prueba de Hand y el argumento paralelo referente a rescatar a alguien que se ahoga son métodos para llegar a una solución de compromiso entre derechos concurrentes, no consideran más que el bienestar de aquellos cuyos derechos abstractos están en juego. No estipulan margen para costes o beneficios para la comunidad como tal, excepto en la medida en que se reflejan en el bienestar de aquellos cuyos derechos están en cuestión. Podemos imaginar fácilmente una argumentación que no conceda estas restricciones. Supongamos que alguien sostenga que el principio que pide el rescate a un mínimo riesgo ha de ser enmendado para hacer que la decisión no dependa de alguna función de los beneficios colectivos de la víctima y de quien la rescata, sino de la utilidad marginal para la comunidad como tal, de modo que el que rescata deba tener en cuenta no sólo los riesgos relativos que corren él y la víctima, sino la relativa importancia social de ambos. De ello podría seguirse que un hombre insignificante debe arriesgar la vida para salvar al presidente de un banco, pero el presidente de un banco no necesita siquiera molestarse en salvar a un don nadie. El argumento ya no es un argumento de principio, porque supone que como cuestión de beneficio general, la víctima no tiene derecho a nada más que sus expectativas. La fórmula de Hand y otras variaciones más complejas no son argumentos de esta clase; no subordinan un derecho individual a algún objetivo colectivo, sino que proporcionan un mecanismo

para llegar a un compromiso entre afirmaciones concurrentes sobre [un] derecho abstracto.

Los casos de negligencia no son los únicos en que los jueces comprometen los derechos abstractos en el proceso de definir los concretos. Si un juez apela a la seguridad pública o a la escasez de algún recurso vital, por ejemplo, como fundamento para limitar algún derecho abstracto, puede entenderse que está apelando a los derechos concurrentes de aquellos cuya seguridad será sacrificada, o cuya justa ración de ese recurso se verá amenazada si el derecho abstracto se concreta. Su argumento es un argumento de principio si respeta las exigencias distributivas de tales argumentos, y si observa la restricción mencionada en la última sección: que el peso de un principio concurrente puede ser menor que el peso de la política paralela apropiada. Encontramos un ejemplo diferente en el conocido argumento según el cual no se debería permitir cierto tipo de procesos legales porque, de hacerlo así, los tribunales quedarían «desbordados» de litigios. El tribunal supone que si permitiera ese tipo de proceso, le faltaría tiempo para prestar la consideración adecuada a otros procesos que apuntan a la protección de derechos que, en conjunto, son más importantes que los derechos que por ende propone a la abogacía.

Éste es el momento de señalar cierta limitación de la tesis de los derechos, que es válida en los casos civiles estándar, cuando el supuesto dominante es que una de las partes tiene derecho a ganar; pero sólo es válida de manera asimétrica cuando no se puede partir de ese supuesto. El acusado en un proceso criminal tiene derecho a una decisión en su favor si es inocente, pero el estado no tiene un derecho paralelo a una condena si el acusado es culpable. Por consiguiente el tribunal puede encontrar en favor del acusado, en algún caso difícil, normas que regulan la prueba, por ejemplo, sobre un argumento de procedimiento que no supone que el acusado tenga derecho alguno a que lo absuelvan. En el caso de *Linkletter v. Walker*,¹⁵ la Corte Suprema dijo que su decisión anterior en el caso de *Mapp v. Ohio*¹⁶ era una decisión así. La Corte dijo que había cambiado las normas que permitían la presentación de pruebas obtenidas ilegalmente, no porque la señorita Mapp tuviera ningún derecho a que no se usaran tales pruebas, si por otros conceptos eran admisibles, sino con el fin de disuadir a la policía de que en lo sucesivo buscara esa clase de pruebas. No quiero decir que una declaración constitucional basada en tales razones sea correcta, ni

siquiera que la descripción que hizo posteriormente la Corte de su última decisión fuese exacta. Lo único que me propongo es señalar cómo la geometría de un proceso penal, que no contrapone entre sí diversos derechos concurrentes para resolver un caso, difiere del caso civil estándar, en el cual la tesis de los derechos es simétricamente válida.

4. LOS DERECHOS INSTITUCIONALES

La tesis de los derechos prevé que los jueces decidan los casos difíciles confirmando o negando derechos concretos. Pero los derechos concretos en que se apoyan los jueces deben tener otras dos características. Deben ser más bien derechos institucionales que básicos, y dentro de lo institucional, más bien deben ser jurídicos que de ningún otro orden. Por lo tanto, no podemos evaluar ni poner a prueba la tesis sin elaborar mejor estas distinciones.

Se pueden encontrar derechos institucionales en instituciones de carácter muy diferente. Un ajedrecista tiene el derecho «ajedrecístico» a que se le reconozca un punto en un torneo si da mate a su adversario. En una democracia, un ciudadano tiene derecho a que se promulguen las leyes necesarias para proteger su libertad de expresión. En el caso del ajedrez, los derechos institucionales están fijados por reglas constitutivas y regulativas que pertenecen inconfundiblemente al juego, o a un determinado torneo. En este sentido, el ajedrez es una institución autónoma; quiero decir, que entre sus participantes se entiende que nadie puede reclamar un derecho institucional apelando directamente a la moralidad general. Nadie puede afirmar, por ejemplo, que se ha ganado el derecho a que lo declaren ganador por su virtud general. Pero la legislación es sólo parcialmente autónoma en ese sentido. Hay normas constitutivas y regulativas especiales que definen lo que es el poder legislativo, quién pertenece a él, de qué manera vota, y que no tiene competencia para establecer una religión. Pero esas normas, que pertenecen inconfundiblemente al poder legislativo, raras veces son suficientes para determinar si un ciudadano tiene derecho institucional para hacer que se promulgue cierta ley; no deciden, por ejemplo, si tiene derecho a una ley que le garantice un salario mínimo. Se espera que los ciudadanos reflexionen sobre consideraciones generales de moralidad política cuando argumentan en favor de tales derechos.

El hecho de que algunas instituciones sean total y otras parcialmente autónomas tiene la consecuencia, antes mencionada, de que los derechos institucionales que reconoce una teoría política pueden discrepar de los derechos básicos que estipula. Los derechos institucionales son, sin embargo, auténticos derechos. Incluso si suponemos que los pobres tienen un derecho básico abstracto a [tener] dinero tomado a los ricos, no sería simplemente inesperado, sino que estaría mal que los árbitros de un torneo de ajedrez concedieran el premio en efectivo al participante más pobre y no al que obtuvo mayor puntuación. No serviría de excusa decir que, puesto que los derechos del torneo se limitan a describir las condiciones necesarias para que se lo pueda denominar un torneo de ajedrez, la acción del árbitro se justifica en tanto que no use la palabra «ajedrez» cuando hace entrega del premio. Los participantes entraron en el torneo sobreentendiendo que en él se aplicarían las reglas del ajedrez, y tienen auténtico derecho a que sean impuestas esas reglas y no otras.

La autonomía institucional aísla el deber institucional de un funcionario de la mayor parte de la moralidad política básica. Pero, ¿hasta dónde llega la fuerza de tal aislamiento? Incluso en el caso de una institución totalmente aislada como el ajedrez, será necesario interpretar o elaborar algunas de esas reglas para que un funcionario pueda hacerlas valer en determinadas circunstancias. Supongamos que en un torneo de ajedrez una regla estipule que el árbitro declarará perdida la partida si uno de los jugadores irrita «irrazonablemente» al otro durante el juego. El lenguaje de la regla no define qué se ha de considerar una irritación «irrazonable»; no decide, por ejemplo, si un jugador que continuamente sonrío a su oponente de manera que lo pone nervioso, como sonrió en una ocasión el maestro ruso Tal a Fischer, está irritándolo irrazonablemente.

El árbitro no es libre de dar curso a sus convicciones básicas para decidir ese caso difícil. Podría sostener, como cuestión de teoría política, que los individuos tienen derecho a igual bienestar sin tener en consideración sus capacidades intelectuales. Sin embargo, estaría mal que confiara en esa convicción para decidir casos difíciles bajo la regla de pérdida. No podría decir, por ejemplo, que un comportamiento irritante es razonable en cuanto tiene el efecto de reducir la influencia de la capacidad intelectual sobre el resultado de la partida. Los participantes, y en general la comunidad a quien interesa el problema, dirán que su deber es

precisamente lo contrario. Como el ajedrez es un juego intelectual, el árbitro debe aplicar la regla de manera tal que proteja el papel del intelecto en la competencia, en vez de ponerlo en peligro.

En el caso del árbitro de ajedrez tenemos, pues, el ejemplo de un árbitro de cuyas decisiones sobre derechos institucionales se sobreentiende que han de regirse por limitaciones institucionales, aun cuando no esté clara la fuerza de tales limitaciones. No creemos que el árbitro esté en libertad de legislar intersticialmente, dentro de la «textura» abierta de unas reglas imprecisas.¹⁷ Si una interpretación de la regla de pérdida protege el carácter del juego, y la otra no, los participantes tienen derecho a la primera interpretación. Podemos tener la esperanza de encontrar, en este caso relativamente simple, algún rasgo general de los derechos institucionales en los casos difíciles, que pueda pesar sobre la decisión de un juez en un caso jurídico difícil.

Dije que el juego de ajedrez tiene un carácter que las decisiones del árbitro deben respetar. ¿Qué significa eso? ¿Cómo sabe un árbitro que el ajedrez es un juego intelectual y no un juego de azar o una exhibición de ballet? Bien puede partir de lo que todo el mundo sabe. Quienes participan en una institución, la colocan en alguna categoría muy aproximada, dando por sentado que es un juego y no una ceremonia religiosa o una forma de ejercicio o un proceso político. Por esa razón es definitorio, en el caso del ajedrez, que se trata de un juego y no de un ejercicio de habilidad digital. Estas convenciones, que se exhiben en actitudes y maneras, y en la historia, son decisivas. Si todo el mundo da por sentado que el ajedrez es un juego de azar, de manera que cuando les toman una pieza amenazada maldicen su mala suerte y nada más, entonces el ajedrez es un juego de azar, aunque malísimo.

Pero estas convenciones se agotarán, y es posible que eso suceda antes de que el árbitro encuentre [las] suficientes para decidir el caso de la sonrisa de Tal. Sin embargo, es importante ver que las convenciones se extinguen de una manera determinada. No son incompletas, como un libro al que le falta la última página, sino abstractas, de modo que la plenitud de su fuerza puede ser expresada en un concepto que admite diferentes significados, es decir, en un concepto *controvertido*.¹⁸ El árbitro debe seleccionar uno u otro de tales significados, no para ampliar la convención, sino para imponerla. Debe *delinear* el carácter del juego planteándose

diferentes conjuntos de preguntas. Dado que el ajedrez es un juego intelectual, ¿es intelectual, como el póquer, en algún sentido que incluya una capacidad de intimidación psicológica? ¿O es, como las matemáticas, intelectual en un sentido que no incluye tal capacidad? La primera serie de preguntas impone al árbitro que preste más atención al juego, que determine si las características de éste dan más apoyo a una o a otra de tales concepciones del intelecto. Pero también debe plantearse una serie diferente de preguntas. Dado que el ajedrez es un tipo de juego intelectual, ¿qué se infiere de ello sobre lo que ha de considerarse comportamiento razonable en una partida de ajedrez? La capacidad de intimidación psicológica, o la capacidad de resistirse a tal intimidación, ¿son realmente cualidades intelectuales? Estas cuestiones le exigen que considere con más atención el concepto mismo de intelecto.

Los cálculos del árbitro, si son escrupulosos, oscilarán entre los dos conjuntos de preguntas, reduciendo progresivamente la gama de cuestiones que se pueden plantear en el paso siguiente. Primero, el árbitro podría identificar, reflexionando sobre el concepto, diferentes significados de [lo que es] intelecto. En esta primera etapa podría suponer, por ejemplo, que la gracia física del estilo que se adquiere con la práctica del ballet es una forma de inteligencia. Pero después debe poner a prueba las diferentes concepciones comparándolas con las reglas y prácticas del juego. La prueba excluirá cualquier concepción física de la inteligencia, pero es posible que no discrimine entre una concepción que incluya la intimidación psicológica y una que la rechaza, porque cualquiera de ellas proporcionaría una explicación de las reglas y prácticas que no es, de acuerdo con ningún canon general de explicación, claramente superior a la explicación que proporciona la otra. El árbitro debe preguntarse entonces cuál de las dos explicaciones le ofrece una visión más profunda o más adecuada de lo que es realmente el intelecto. Así concebidos, sus cálculos oscilarán entre la filosofía de lo mental y los hechos de la institución cuyo carácter debe precisar.

Lo que antecede no es, naturalmente, más que una reconstrucción imaginaria de un cálculo que jamás llegará a hacerse; el sentido del juego que tiene un árbitro se desarrolla a lo largo de su carrera, hasta ser algo que él emplea en sus juicios y no que se manifiesta en ellos. Pero la recons-

trucción nos permite ver de qué manera se adapta el concepto del carácter del juego a un problema institucional especial. Una vez establecida una institución autónoma, tal que los participantes tienen derechos institucionales regidos por distintas reglas o normas pertenecientes a dicha institución, pueden plantearse casos difíciles de los que, dada la naturaleza del caso, se ha de suponer que tienen respuesta. Si Tal no tiene derecho a que la partida continúe, debe ser porque la regla que determina la pérdida del juego, adecuadamente entendida, justifica la intervención del árbitro; en este caso, Fischer tiene derecho a ganar inmediatamente. En un caso así de nada sirve hablar de la «discreción» del árbitro. Si se usa la palabra en un sentido débil, la observación es inútil; si se la usa en algún sentido fuerte, en virtud del cual Tal ya no tenga derecho a ganar, entonces nuevamente esto se debe a que la regla, adecuadamente entendida, invalida o anula el derecho que de otro modo tendría.¹⁹ Supongamos que en un caso así la única expectativa que tienen las partes sea que el árbitro use de su mejor juicio. En cierto sentido, esto es perfectamente válido, porque en lo que se refiere al juicio del árbitro, no puede contar más que con su mejor discernimiento. Pero pese a ello tienen derecho a su mejor discernimiento respecto de cuál es el comportamiento que, dadas las circunstancias del juego, es irrazonable; es decir que tienen derecho a su mejor discernimiento en lo referente a cuáles son sus derechos. La proposición de que para esa cuestión hay alguna respuesta «correcta» no significa que las reglas del ajedrez sean exhaustivas e inequívocas; es, más bien, un enunciado complejo referente a las responsabilidades de árbitros y jugadores.

Pero si en un caso difícil la decisión ha de estar referida a los derechos de las partes, la razón de un árbitro para emitir ese juicio debe ser tal que justifique que se reconozca o se niegue un derecho. Debe aportar a su decisión una teoría general que explique por qué, en el caso de su institución, las reglas o normas crean o anulan de alguna manera derechos, y debe demostrar qué decisión exige esa teoría general en el caso difícil. En el ajedrez, el fundamento general de los derechos institucionales debe ser el consentimiento o entendimiento tácito de las partes, que al intervenir en un torneo consienten en la imposición de ciertas reglas y sólo de ellas, y es difícil imaginar cualquier otro fundamento general para suponer que tengan cualesquiera derechos institucionales. Pero si es así, y si la decisión en un caso difícil

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

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

5. LOS DERECHOS LEGALES

A. *La legislación*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Es, pues, válida? Es posible que, personalmente, Hércules desprecie el matrimonio celestial o que abomine de la corrupción de menores o celebre que los hijos obedezcan a sus padres. Sin embargo, el muchacho tiene derecho a su libertad, a menos que la ley, adecuadamente entendida, le prive de tal derecho; es incoherente con cualquier teoría plausible de la constitución que los jueces tengan el poder de establecer retroactivamente que una conducta es delictiva. ¿Lo priva la ley de ese derecho? Hércules debe empezar por preguntar por qué una ley, la que fuere, tiene el poder de alterar los derechos. Hallará la respuesta en su teoría constitucional, que puede estipular, por ejemplo, que un parlamento elegido democráticamente es el órgano adecuado para tomar decisiones colectivas referentes a qué comportamientos serán considerados delictivos. Pero esa misma teoría constitucional impondrá ciertas responsabilidades al legislador: no sólo impondrá restricciones que reflejan los derechos individuales, sino también algún deber general de procurar los objetivos colectivos que definen el bienestar público. Ese hecho representa para Hércules un criterio útil en este caso difícil. Nuestro abogado podría preguntar qué interpretación vincula de manera más satisfactoria el lenguaje que usó el legislador con las responsabilidades constitucionales de éste. Es como la pregunta del árbitro sobre el carácter del juego. No requiere la construcción de una hipótesis sobre el estado mental de los legisladores en cuanto individuos, sino la de una teoría política especial que justifique esa ley, a la luz de las responsabilidades más generales de los legisladores, mejor que cualquier teoría alternativa.²²

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

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

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

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

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

B. *El derecho consuetudinario*

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

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

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

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

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

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

sión previa no contenía una formulación que pudiera ser plausiblemente interpretada como promulgación de ese derecho. El letrado insistiría en que la decisión previa ejerce una fuerza gravitacional sobre las decisiones posteriores, incluso cuando estas últimas se encuentran fuera de su órbita particular.

Esta fuerza gravitacional es parte de la práctica que debe representar la teoría general del precedente de Hércules. En este importante aspecto, la práctica judicial difiere de la práctica de los árbitros en otras instituciones. En el ajedrez, los árbitros se adaptan a las reglas establecidas de una manera que supone la plena autonomía institucional. Ejercitan la originalidad sólo en la medida en que así lo exige alguna vez una regla, como puede ser la regla que determina la pérdida de la partida. En el ajedrez, por consiguiente, se puede decir que cada decisión de un árbitro ha sido directamente requerida —y está justificada— por una regla ajedrecística establecida, aun cuando algunas de tales decisiones deban basarse en una interpretación, y no simplemente en el significado literal de la regla.

Algunos filósofos del derecho escriben sobre la adjudicación en derecho consuetudinario como si fuera semejante al ajedrez, aunque reconocen que la probabilidad de que las normas jurídicas necesiten interpretación es mucho mayor que en el caso del ajedrez. Tal es el espíritu, por ejemplo, del argumento del profesor Hart en el sentido de que los casos difíciles sólo se plantean porque las reglas jurídicas tienen lo que él denomina «textura abierta».²⁶ En realidad, es frecuente que los jueces estén en desacuerdo no simplemente respecto de la forma en que se ha de interpretar una norma o un principio, sino incluso sobre si la norma o principio que cita un juez ha de ser siquiera reconocido como tal. En algunos casos, tanto la mayoría como las opiniones disidentes reconocen la pertinencia de los mismos casos anteriores, pero no coinciden sobre cuál es la norma o principio que se entiende ha quedado establecido por tales precedentes. A diferencia de lo que sucede con el ajedrez, en la adjudicación de competencia el argumento *en favor* de una norma determinada puede ser más importante que el argumento que lleva *desde* esa norma al caso particular; y así como es probable que el árbitro de ajedrez que decide un caso apelando a una regla de la cual nadie ha oído hablar lo descalifiquen o lo den por loco, en el caso del juez lo más

probable es que lo celebren en las clases magistrales de la facultad.

Sin embargo, los jueces parecen estar de acuerdo en que las decisiones previas contribuyen efectivamente a la formulación de reglas nuevas y controvertidas, de alguna manera distinta a la interpretación; coinciden en que las decisiones previas tienen fuerza gravitacional, aun cuando no estén de acuerdo respecto de qué es esa fuerza. Es muy frecuente que, cuando debe decidir cuál será su voto sobre algún problema, el legislador sólo se preocupe por cuestiones básicas de moralidad o de política, porque no necesita demostrar que su voto es coherente con el voto de sus colegas legisladores o con el de los miembros de legislaturas pasadas. Pero es muy raro que el juez asuma esta actitud de independencia; él tratará siempre de relacionar la justificación que ofrece para una decisión original con las decisiones que antes han tomado otros jueces o funcionarios.

De hecho, cuando los buenos jueces tratan de explicar en términos generales de qué manera trabajan, buscan metáforas que describan las restricciones a que se sienten sometidos incluso cuando suponen que están legislando, restricciones que no serían apropiadas si fueran legisladores. Dicen, por ejemplo, que las nuevas normas se les aparecen como inmanentes en el derecho como tal, o que están imponiendo una lógica interna del derecho por mediación de algún método que pertenece más a la filosofía que a la política, o que éstos son los agentes mediante los cuales el derecho se purifica, o que el derecho tiene una especie de vida propia, aunque esto pertenezca más a la experiencia que a la lógica. Hércules no debe contentarse con esas famosas metáforas y personificaciones, pero tampoco ha de conformarse con ninguna descripción del proceso judicial que ignore el atractivo que éstas tienen para los mejores juristas.

La fuerza gravitacional del precedente no puede ser captada por ninguna teoría que suponga que el precedente tiene fuerza de ley como la legislación. Pero lo inadecuado de tal enfoque sugiere otra teoría, superior. La fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes. Un precedente es la constancia de una decisión política previa; el hecho mismo de esa decisión, como hecho de la historia política, ofrece alguna razón para decidir otros casos de manera similar en el futuro. Esta explicación general de la fuerza gravitacional del

precedente da cuenta del rasgo que destruyó las teorías legalistas, a saber, que la fuerza de un precedente puede ser superior a la de la ley. Si el gobierno de una comunidad ha obligado al fabricante de motores de automóvil defectuosos a pagar daños y perjuicios a una mujer que resultó herida a causa del defecto, entonces ese hecho histórico debe ofrecer, por lo menos, alguna razón para que el mismo gobierno exija a un contratista que ha causado perjuicio económico por el mal trabajo de sus empleados que compense la pérdida resultante. Podemos poner a prueba el peso de esa razón, no preguntándonos si el lenguaje de la decisión anterior, adecuadamente interpretado, exige que el contratista pague daños y perjuicios, sino planteándonos una cuestión diferente: si es equitativo que el gobierno, tras haber intervenido en el primer caso en la forma en que lo hizo, rehúse su ayuda en el segundo.

Hércules llegará a la conclusión de que esta doctrina de la equidad ofrece la única justificación adecuada de la práctica del precedente como tal. Sacará también ciertas conclusiones ulteriores respecto de sus propias responsabilidades cuando decide casos difíciles. De ellas, la más importante es que debe limitar la fuerza gravitacional de las decisiones anteriores a la extensión de los argumentos de principio necesarios para justificar aquellas decisiones. Si se considerase que una decisión anterior estaba totalmente justificada por algún argumento político, esa decisión no tendría fuerza gravitacional. Su valor como precedente quedaría limitado a su fuerza de ley, es decir, a nuevos casos abarcados por algunas palabras particulares de la opinión. La fuerza distributiva de un objetivo colectivo, como señalamos antes, es cuestión de hechos contingentes y de estrategia legislativa general. Si el gobierno intervino en beneficio de la señora MacPherson, no porque ella tuviera derecho alguno a tal intervención, sino solamente porque una estrategia prudente hacía pensar en ese medio de alcanzar un objetivo colectivo tal como la eficiencia económica, no puede haber un argumento de equidad efectivo [por el cual] deba, por ende, intervenir en favor del demandante en el caso de *Spartan Steel*.

Para entender el porqué de esto debemos recordar las escasas exigencias que planteamos a los órganos legislativos en nombre de la coherencia, si sus decisiones han sido generadas por argumentos de oportunidad.²⁷ Supongamos que el legislador desea estimular la economía, cosa que podría hacer aproximadamente con la misma eficiencia tanto me-

diante subsidios a la vivienda como aumentando los gastos gubernamentales destinados a la construcción de nuevas carreteras. Las compañías de construcción de carreteras no tienen derecho a que los legisladores opten por la construcción de carreteras; si lo hacen, entonces las firmas constructoras de viviendas no tienen derecho, en virtud de ningún principio de coherencia, a que el poder legislativo vote también subsidios a la vivienda; puede decidir que el programa de construcción de carreteras ya ha proporcionado suficiente estímulo a la economía, y que no se necesitan nuevos programas. Puede decidirlo, incluso, aunque ahora crea que un subsidio a la vivienda habría sido, en primer lugar, la decisión más eficiente. Hasta podría, también, conceder que la economía necesita más estímulo, pero que desea esperar a tener más pruebas —quizá pruebas del éxito del programa de carreteras— para ver si los subsidios ofrecen un estímulo eficaz. Incluso podría decir que no quiere, en ese momento, dedicar más tiempo y energía a la política económica. Es posible que haya algún límite a la arbitrariedad de las distinciones que puede establecer el poder legislativo en la persecución de los objetivos colectivos. Aun cuando pueda ser eficiente construir todos los astilleros al sur de California, podría considerarse que hacerlo así es injusto, y además políticamente imprudente. Pero estas exigencias débiles, que prohíben distribuciones burdamente injustas, son claramente compatibles con conceder a un grupo un incremento de beneficios de magnitud apreciable, que a otros se les restringe.

No puede haber, por consiguiente, un argumento general de equidad por el cual un gobierno que en una ocasión sirve de cierta manera a un objetivo colectivo deba servirlo de esa manera, ni siquiera servir al mismo objetivo, toda vez que aparece una oportunidad paralela. No me refiero simplemente a que el gobierno puede cambiar de opinión y lamentar su decisión anterior, ya sea en cuanto al objetivo o en cuanto a los medios. Lo que quiero decir es que un gobierno responsable puede servir a diferentes objetivos de manera ocasional y fragmentaria; es decir que, aun cuando no deplora una norma destinada a servir a un determinado objetivo, sino que siga imponiéndola, puede rechazar otras que servirían también al mismo objetivo. Podría, por ejemplo, establecer por ley que los fabricantes son responsables de los daños derivados de defectos en sus coches, y sin embargo negarse a legislar la misma norma para los fabri-

cantes de lavadoras, por no hablar de los contratistas que causan daños económicos como en el caso de *Spartan Steel*. Por supuesto que el gobierno debe ser racional y equitativo; debe tomar decisiones que sirven globalmente a un conjunto justificable de objetivos colectivos, y respetar, sin embargo, cualesquiera derechos que tengan los ciudadanos. Pero esta exigencia general no serviría de fundamento a algo como la fuerza gravitacional que efectivamente se suponía en la decisión judicial favorable a la señora MacPherson.

De manera que cuando define la fuerza gravitacional de un precedente, Hércules debe tener en cuenta solamente los argumentos de principio que justifican tal precedente. Si la decisión en favor de la señora MacPherson supone que la demandante tiene derecho a daños y perjuicios, y no simplemente que una norma que la favorece promueve algún objetivo colectivo, entonces el argumento de la equidad, sobre el cual se apoya la práctica del precedente, es válido. De ello no se sigue, por cierto, que cualquiera, lesionado de cualquier manera por la negligencia de un tercero, deba tener el mismo derecho concreto a una indemnización que tiene ella. Puede ser que en este último caso haya derechos concurrentes que exijan un compromiso que el caso de ella no requería. Pero bien podría inferirse que en el último caso el demandante tiene el mismo derecho abstracto, y si así sucede, se necesitará entonces algún argumento especial que cite los derechos concurrentes para demostrar que una decisión en contrario en el último caso sería justa.

2. *Un entramado complejo.* — La primera conclusión a que llegó Hércules —que la fuerza gravitacional de un precedente se define por los argumentos de principio que le sirven de base— sugiere una segunda conclusión. Dado que en su comunidad la práctica judicial da por sentado que los casos anteriores tienen una fuerza gravitacional *general*, Hércules sólo puede justificar dicha práctica suponiendo que en su comunidad la tesis de los derechos es válida. Nunca se considera como argumento satisfactorio contra la fuerza gravitacional de un precedente el hecho de que el objetivo al cual servía esté ya suficientemente servido, o de que actualmente los tribunales harían mejor en ocuparse de servir a algún otro objetivo que ha estado relativamente descuidado, para quizá volver en alguna otra ocasión al objetivo que el precedente servía. Las prácticas de precedente no dan por supuesto que se pueda servir de esta manera fragmentaria

a las *razones de derecho* que recomiendan las decisiones judiciales. Si se reconoce que un determinado precedente está justificado por una razón determinada; si esa razón recomendaría también un resultado determinado en el caso sometido al tribunal; si no ha habido retractación de la decisión anterior, o si ésta no ha dado, de alguna otra manera, motivo de crítica institucional, entonces, en el caso posterior se debe llegar a esa misma decisión.

Hércules debe suponer que en su comunidad se sobreentiende, aunque tal vez no se lo reconozca explícitamente, que se han de considerar las decisiones judiciales como justificadas por argumentos de principio y no por argumentos de oportunidad. Advierte ahora que el concepto ordinario que usan los jueces para explicar su razonamiento a partir del precedente —el concepto de ciertos principios subyacentes o incorporados en el derecho consuetudinario—, no es otra cosa que una enunciación metafórica de la tesis de los derechos. En lo sucesivo, puede usar ese concepto en sus decisiones referentes a casos difíciles de derecho consuetudinario, ya que le ofrece un criterio general para decidir esos casos, que se asemeja al concepto que tiene el árbitro de ajedrez del carácter de una partida, y a su propio concepto de la intención de la ley. Le ofrece un interrogante —¿qué conjunto de principios justifica mejor los precedentes?— que tiende un puente entre la justificación general de la práctica del precedente, que es la equidad, y su propia decisión respecto de lo que exige esa justificación general en un caso difícil determinado.

Ahora, Hércules debe especificar su concepto de los principios que están en la base del derecho consuetudinario, asignando a cada uno de los precedentes que vienen al caso algún esquema de principios que justifique la decisión de ese precedente. Descubrirá ahora una nueva e importante diferencia entre este concepto y el concepto de la intención de la ley, que usó en la interpretación legislativa. En el caso de las leyes, se vio ante la necesidad de escoger alguna teoría sobre la intención de la ley en cuestión, y de atender a otros actos de la legislatura sólo en la medida en que pudieran ayudarle a elegir entre teorías que se adecuaban más o menos igualmente bien a la ley. Pero si la fuerza gravitacional del precedente se basa en la idea de que la equidad exige la imposición congruente de los derechos, entonces Hércules debe descubrir principios que no solamente se adecuen al precedente particular al cual le obliga a prestar atención al-

gún litigante, sino a todas las otras decisiones judiciales que caen dentro de su jurisdicción general; e incluso también a las leyes, en la medida en que se las ha de ver como generadas por principios, más bien que por directrices políticas. Su deber de mostrar que su decisión es congruente con principios establecidos —y por ende, justa— no se cumple si los principios que cita como establecidos son incoherentes con otras decisiones que también se propone confirmar su tribunal.

Supongamos, por ejemplo, que Hércules puede justificar la decisión de Cardozo en favor de la señora MacPherson citando algún principio abstracto de igualdad, que sostuviera que toda vez que ocurre un accidente quien debe soportar la pérdida es la más rica de las diversas personas cuyos actos puedan haber contribuido a causarlo. Sin embargo, no puede demostrar que un principio tal haya sido respetado en otros casos de accidentes, e incluso si pudiera, que haya sido respetado en otras ramas del derecho, como la contratación, en la que un principio así también tendría enorme influencia en caso de ser reconocido. Si decide en contra de un futuro demandante por accidente que hubiera de ser más rico que el acusado, apelando a ese supuesto derecho de igualdad, aquel demandante podría verdaderamente quejarse de que la decisión es tan incoherente con el comportamiento del gobierno en otros casos como si se hubiera ignorado el propio caso *MacPherson*. Es posible que el derecho no sea un sistema sin lagunas; pero el demandante tiene derecho a pedir que Hércules lo trate como si lo fuera.

Ya verá ahora el lector por qué he llamado Hércules a nuestro juez. Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario y, en cuanto también han de estas justificadas por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas. Podemos hacernos cargo de la magnitud de la empresa si, dentro del vasto material de decisiones jurídicas que Hércules debe justificar, distinguimos un ordenamiento vertical y otro horizontal. El ordenamiento vertical depende de la distinción de estratos de autoridad; esto es, de estratos en los cuales se puede suponer que se toman decisiones que controlan otras decisiones tomadas en los niveles inferiores. En los Estados Unidos es manifiesto el carácter general jerarquizado de este ordenamiento. La estructura constitucional ocupa el nivel más alto, las decisiones de la Suprema Corte

y quizá de otros tribunales que interpretan esa estructura el siguiente, las promulgaciones de los diversos cuerpos legislativos el que le sigue, y por debajo de éste están las decisiones de los diversos tribunales que formulan los diferentes niveles del derecho consuetudinario. En cada uno de esos niveles, Hércules debe disponer la justificación de principio de manera tal que sea coherente con los principios de los que se espera la justificación de los niveles superiores. El ordenamiento horizontal requiere, simplemente, que los principios a que se recurre para justificar una decisión en un nivel deben también ser congruentes con la justificación ofrecida para otras decisiones de ese mismo nivel.

Supongamos que Hércules, sacando partido de sus excepcionales habilidades, se propusiera elaborar por adelantado todo este esquema, de tal manera que estuviera en condiciones de responder a los litigantes con toda una teoría del derecho, en caso de que tal cosa fuera necesaria para justificar alguna decisión en particular. Por respeto a la jerarquía del ordenamiento, empezaría por explicitar y refinar la teoría constitucional que ya he usado. Su teoría constitucional sería más o menos diferente de la que presentaría un juez diferente, porque una teoría constitucional requiere juicios sobre problemas complejos de adecuación institucional, como también juicios éticos y de filosofía política, y los juicios de Hércules han de diferir, inevitablemente, de los que emitirían otros jueces. Estas diferencias en un alto nivel jerárquico del ordenamiento ejercerán considerable fuerza sobre el esquema que propondría cada juez en los niveles inferiores. Hércules podría pensar, por ejemplo, que ciertas restricciones constitucionales sustantivas al poder legislativo se justifican mejor si se postula un derecho abstracto a la intimidad en contra del estado, porque cree que un derecho tal es consecuencia del derecho a la libertad, más abstracto aún, que garantiza la constitución. En tal caso, consideraría una incoherencia el hecho de que la ley de agravios no reconozca paralelamente, en alguna forma concreta, un derecho abstracto a la intimidad frente a sus conciudadanos. Si otro juez no compartiera sus creencias referentes a la relación entre intimidad y libertad, y por ende no considerase convincente su interpretación constitucional, ese juez estaría también en desacuerdo respecto de la adecuada presentación del recurso.

De manera que la influencia de los juicios del propio Hércules sería de vasto alcance, aun cuando algunos de ellos

fueran discutibles. Pero no entrarían en sus cálculos de manera tal que las diferentes partes de la teoría que él construya puedan ser atribuidas más bien a sus convicciones independientes que al cuerpo jurídico que debe justificar. Hércules no seguirá aquellas teorías clásicas de la adjudicación que ya he mencionado, que suponen que un juez sigue las leyes o precedentes mientras mantienen una dirección clara, y que cuando la pierden queda en libertad de actuar por su cuenta. La suya es más bien una teoría sobre lo que requiere la ley o el precedente mismo, y, aunque naturalmente en la formulación de ese juicio se reflejarán sus propias convicciones intelectuales y filosóficas, se trata de una cuestión muy diferente de suponer que dichas convicciones tienen alguna fuerza independiente en su argumentación por el solo hecho de ser suyas.²⁸

3. *Los errores.* — No intentaré hacer una presentación más detallada de la teoría del derecho de Hércules. Quiero mencionar, sin embargo, dos de los problemas que deberá tratar. En primer lugar, debe decidir cuánto peso debe asignar, al construir un esquema de justificación para un conjunto de precedentes, a los argumentos que los jueces que decidieron esos casos relacionaron con sus decisiones. No siempre encontrará en esas opiniones alguna proposición lo suficientemente precisa como para que le sirva a manera de ley que él pueda entonces interpretar. Pero las opiniones incluirán siempre una prueba, en la forma de proposiciones que, según el juez entiende, recomiendan su decisión. Hércules decidirá asignar a tales proposiciones sólo un lugar inicial o *prima facie* en su esquema de justificación. El propósito de ese esquema es satisfacer la exigencia de que el gobierno debe extender a todos, los derechos que supone que algunos tienen. Se puede suponer que el hecho de que un funcionario del gobierno ofrezca cierto principio como fundamento de su decisión establece, *prima facie*, que el gobierno confía hasta ese punto en ese principio.

Pero la principal fuerza del argumento subyacente de equidad apunta hacia el futuro, no hacia el pasado. La fuerza gravitacional del caso de la señora MacPherson no depende simplemente del hecho de que ella fuera indemnizada por su Buick, sino también del hecho de que el propósito del gobierno fue permitir que en lo sucesivo, otros que se encontraran en la misma situación también fueran indemnizados. Si los tribunales propusieran denegar la decisión, en el caso

de *Spartan Steel* no perdura, en favor del demandante, ningún argumento sustancial de equidad que determine la decisión del caso. Por consiguiente, si para justificar a *MacPherson* se puede encontrar otro principio, diferente del que citó Cardozo, y si ese otro principio justifica además una parte de los precedentes mejor que el de Cardozo, o si es además mejor que los argumentos invocados para justificar decisiones de un nivel superior en el ordenamiento jerárquico, entonces el nuevo principio es un fundamento mejor para decisiones ulteriores. Por supuesto que este argumento para no copiar el principio de Cardozo es innecesario si el nuevo principio es más abstracto, y si se puede considerar que el principio de Cardozo no es más que una forma concreta de ese principio más abstracto. En ese caso, más que rechazarla, Hércules incorpora la explicación que da Cardozo de su decisión. En realidad, exactamente de esa manera usó Cardozo la opinión de un caso anterior en el cual se apoyó, el de *Thomas v. Winchester*.²⁹ Es posible, sin embargo, que el nuevo principio inicie una línea diferente, de modo que justifique un precedente o una serie de precedentes sobre bases distintas de las que proponen sus opiniones. El famoso argumento de Brandeis y Warren sobre el derecho a la intimidad³⁰ lo ejemplifica de manera impresionante: ambos letrados sostuvieron que ese derecho subjetivo no era desconocido por el derecho objetivo sino que, por el contrario, su reconocimiento quedaba demostrado por una amplia variedad de decisiones, pese al hecho de que los jueces que habían decidido esos casos no lo mencionaran explícitamente. Puede ser que su argumento, concebido de esa manera, no haya tenido éxito y que, puesto en lugar de ellos, Hércules hubiera llegado a un resultado diferente. Sin embargo, la teoría de Hércules muestra por qué el argumento de Brandeis y Warren —que en ocasiones se toma como una especie de fraude ingenioso— tenía por lo menos sensatez en sus aspiraciones.

Hércules debe plantearse también otro problema, diferente y más complicado. Por poco compleja que sea la historia de su tribunal, en la práctica se encontrará con que la exigencia de congruencia total que él ha aceptado resultará demasiado fuerte, a menos que la matice un poco más para incluir la idea de que, al aplicar esta exigencia, se puede dejar a un lado como errónea alguna parte de la historia institucional. Porque, incluso con su soberbia imaginación, será incapaz de hallar un solo conjunto de principios que

reconcilie todas las leyes y precedentes que hay. Cosa nada sorprendente: no todos los legisladores y jueces del pasado tenían la capacidad ni la penetración de Hércules, ni tampoco eran hombres y mujeres de la misma ideología y opinión. Es claro que cualquier conjunto de leyes y decisiones puede ser explicado histórica, psicológica o sociológicamente; pero la coherencia exige una justificación, no una explicación, y la justificación debe ser plausible y no ficticia. Si alguien construye una justificación que establece distinciones arbitrarias y recurre a principios que no son convincentes, eso no puede contar en modo alguno como justificación.

Supongamos que en la jurisdicción de Hércules, la ley de accidentes por negligencia ha evolucionado de la siguiente manera, simplificada e imaginaria. Comienza con decisiones específicas de derecho consuetudinario, que reconocen el derecho a cobrar daños y perjuicios por lesiones corporales causadas por instrumentos muy peligrosos y de fabricación defectuosa. Después, esos casos son reinterpretados mediante alguna decisión que marca un hito —así sucedió en el caso *MacPherson*—, como justificados en virtud del derecho mismo, muy abstracto, de toda persona a la razonable atención y cuidado de otros cuyas acciones pudieran lesionarla en su persona o en su propiedad. El principio, entonces, se amplía y se reduce a la vez, de diferentes maneras. Los tribunales deciden, por ejemplo, que no existe ningún derecho concreto contra un contable que se ha mostrado negligente en la preparación de informes financieros. Deciden también que en ciertos casos, por ejemplo, en un formulario estándar de contrato de compra-venta de automóviles, no se puede renunciar al derecho. El legislador agrega una ley que estipula que, en ciertos casos de accidente laboral, se autorizarán indemnizaciones a menos que el acusado pruebe que el único culpable era el demandante. Pero también estipula que en otros casos, por ejemplo en los accidente aéreos, la indemnización se limitará a una cantidad máxima estipulada, que podría ser mucho menor que la pérdida real; y agrega después que el pasajero de un automóvil no puede procesar a su conductor aun cuando éste conduzca con negligencia y el pasajero resulte herido. Con estos antecedentes, suponemos ahora que a Hércules lo llaman para decidir el caso *Spartan Steel*.

¿Puede encontrar un conjunto coherente de principios que justifiquen esta historia tal como lo requiere la equidad? Podría ensayar con la proposición de que los individuos no

tienen derecho a indemnización por daños y perjuicios a menos que el daño infligido haya sido intencional. Sostendría que sólo se les permite cobrar indemnización por negligencia por razones de oportunidad, no en reconocimiento de ningún derecho abstracto a tal indemnización, y citaría las leyes que limitan la responsabilidad para proteger a las compañías aéreas y de seguros, así como los casos que excluyen la responsabilidad de los contables, como prueba de que se rechaza la demanda de daños y perjuicios cuando la directriz política va en sentido contrario. Pero debe aceptar que este análisis de la historia institucional es incompatible con las decisiones del derecho consuetudinario, especialmente con la decisión histórica que reconoció el derecho general a indemnización en casos de negligencia. No puede decir, de manera compatible con el resto de su teoría, que sea posible justificar estas mismas decisiones por razones políticas, si —en virtud de la tesis de los derechos— sostiene que los tribunales sólo pueden extender la responsabilidad en respuesta a argumentos de principio, no a argumentos políticos. Debe, pues, dejar de lado estas decisiones por erróneas.

Podría intentar otra estrategia: proponer algún principio de acuerdo con el cual los individuos tienen derecho a percibir daños y perjuicios en las circunstancias exactas de los casos particulares que dieron lugar a las decisiones, pero que no tienen un derecho general a tales indemnizaciones. Podría conceder, por ejemplo, que un principio jurídico garantiza el derecho a indemnización por daños sufridos en el interior de un vehículo de propiedad del demandante, pero rechazar un principio que se extendiera a otros daños. Pero aunque pudiera recortar de esa manera su justificación de la historia institucional para adecuarla exactamente a dicha historia, se daría cuenta de que esa justificación descansa sobre distinciones que son arbitrarias. En su teoría política no puede encontrar lugar para una distinción que concede un derecho abstracto si alguien resulta herido mientras conduce su propio coche, pero se lo niega si va como pasajero o si resulta herido en un avión. Ha establecido una serie de argumentos que no pueden mantenerse como justificación coherente de nada.

Podría, por lo tanto, conceder que no encuentra sentido alguno en la historia institucional, a no ser suponiendo algún derecho general y abstracto a la indemnización en caso de negligencia; pero podría argumentar que se trata de un derecho relativamente débil que, por ende, cederá ante considera-

ciones políticas de fuerza relativamente secundaria. Citará las leyes limitadoras, y casos que apoyen su punto de vista de que es un derecho débil. Pero se verá entonces frente a una dificultad si, aun cuando la ley que limita la responsabilidad en los accidentes aéreos no haya sido revocada, las líneas aéreas son ya suficientemente seguras, y los mecanismos de seguros de que éstas disponen lo bastante eficientes y baratos, como para que el hecho de no revocar la ley sólo pueda ser justificado admitiendo que el derecho abstracto es tan débil que bastan para derrotarlo argumentos de oportunidad relativamente endebles. Si Hércules admite que ese derecho es tan débil, entonces no puede justificar las diversas decisiones del derecho consuetudinario en las cuales éste se apoya, como derecho concreto, contra argumentos de oportunidad mucho más fuertes, como los que pueden esgrimir actualmente las líneas aéreas. Entonces, debe optar por considerar que ha habido una equivocación, sea ésta el no haber revocado la ley de limitación de responsabilidad por accidentes en las líneas aéreas, o bien las decisiones del derecho consuetudinario que asignan mucho más valor a ese derecho.

En todo caso, por consiguiente, Hércules debe ampliar su teoría para incluir la idea de que una justificación de la historia institucional puede presentar alguna parte de esa historia como inadecuada. Pero no puede hacer un uso descarado de tal recurso, porque si fuera libre de considerar inadecuado cualquier pasaje incompatible de la historia institucional, entonces la exigencia de coherencia no sería en modo alguno una exigencia auténtica. Hércules debe llegar a una teoría de los errores institucionales, y esa teoría debe tener dos partes. Debe demostrar las consecuencias, para ulteriores argumentos, de considerar inadecuado algún evento institucional; y debe limitar el número y el carácter de los eventos de los que se puede prescindir de esa manera.

Para construir la primera parte de su teoría de los errores, Hércules se valdrá de dos conjuntos de distinciones. Distinguirá primero entre la autoridad específica de cualquier evento institucional, que es su poder, en cuanto acto institucional, para efectuar precisamente las consecuencias institucionales específicas que describe, y su fuerza gravitacional. Si clasifica algún evento como un error, no niega su autoridad específica, pero sí su fuerza gravitacional, y no puede apelar coherentemente a dicha fuerza en otras argumentaciones. Distinguirá también los errores engastados de los que son corregibles; errores engastados son aquellos cuya autori-

dad específica está fijada de tal manera que sobrevive a su pérdida de fuerza gravitacional; errores corregibles son aquellos cuya autoridad específica depende de la fuerza gravitacional de tal manera que el error no puede sobrevivir a su pérdida.

El nivel constitucional de su teoría determinará cuáles son los errores engastados. Su teoría de la supremacía legislativa, por ejemplo, asegurará que cualquier ley que él considere inadecuada perderá su fuerza gravitacional, pero no su autoridad específica. Si Hércules niega la fuerza gravitacional de la ley de limitación de la responsabilidad de las líneas aéreas, la ley no queda por ello revocada; el error es engastado, de manera que la autoridad específica sobrevive. Hércules debe seguir respetando las limitaciones que la ley impone a la responsabilidad, pero no la usará como argumento en favor de un derecho más débil en algún otro caso. Si acepta alguna doctrina estricta del precedente, y describe como errónea alguna decisión judicial, tal como la que niega el derecho de responsabilidad por negligencia de los contables, entonces la doctrina estricta puede preservar la autoridad específica de tal decisión, que podría estar limitada a su fuerza de ley, pero la decisión perderá su fuerza gravitacional; se convertirá, en palabras del juez Frankfurter, en algún resto o desecho jurídico no especificado.

Esto es bastante simple, pero Hércules tendrá mayores dificultades con la segunda parte de su teoría de los errores. En virtud de la justificación que ha adscrito a la práctica general del precedente, se le exige que componga una justificación más detallada, que tome la forma de un esquema de principio, para la totalidad de las leyes y decisiones de derecho consuetudinario. Pero una justificación que considera errónea una parte de lo que ha de ser justificado es, *prima facie*, más débil que otra que no lo haga. La segunda parte de su teoría de los errores debe demostrar que es, no obstante, una justificación más fuerte que cualquier alternativa que no reconozca error alguno o que reconozca un conjunto diferente de errores. Esa demostración no puede ser deducida a partir de simples reglas de construcción teórica, pero si Hércules tiene presente la relación que estableció antes entre precedente y equidad, esa relación le sugerirá dos orientaciones para su teoría de los errores. En primer lugar, la equidad incide sobre la historia institucional no en cuanto historia, simplemente, sino en cuanto un programa político que el gobierno se proponía continuar en

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

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

6. OBJECIONES POLÍTICAS

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

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

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

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

En ocasiones, como razón de su decisión, un funcionario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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