

Izquierda
y derecho

Ensayos de teoría jurídica crítica

Duncan Kennedy

to what, beyond, the letter
has the impression of being
a small child's letter, just
of the kind of the language
of a child's letter.

IT SEEMS THERE WAS THE JAIL
THE CLARENCE THOMPSON AND JOHN L. LEWIS
LEWIS THOMPSON OF THE JAIL
HE WAS BORN IN THE JAIL
BIRMINGHAM, ALA.

Selección de textos y traducción: Guillermo Moro

Izquierda y derecho

Ensayos de teoría
jurídica crítica

Duncan Kennedy



siglo veintiuno
editores



siglo veintiuno editores argentina, s.a.

Guatemala 4824 (C1425AUF), Buenos Aires, Argentina

siglo veintiuno editores, s.a. de c.v.

Cerro del Agua 248, Delegación Coyoacán (04310), D.F., México

siglo veintiuno de españa editoras, s.a.

Sector Foresta nº 1, Tres Cantos (28760), Madrid, España



Esta colección comparte con IGUALITARIA el objetivo de difundir y promover estudios críticos sobre las relaciones entre la política, el derecho y los tribunales.
www.igualitaria.org

Kennedy, Duncan

Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica. - 1ª ed. -

Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

160 p.; 21x14 cm. - (Derecho y Política / dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo)

Traducido por: Guillermo Moro

ISBN 978-987-629-149-1

I. Filosofía del Derecho. I. Moro, Guillermo, trad. II. Título

CDD 340.1

© 2010, Duncan Kennedy

© 2010, Siglo Veintiuno Editores S. A.

ISBN 978-987-629-149-1

Impreso en Alana Impresores // Doblas 1908, Buenos Aires,
en el mes de octubre de 2010

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso en Argentina // Made in Argentina

Índice

<i>Presentación, Roberto Gargarella y Paola Bergallo</i>	9
<i>Introducción, Guillermo Moro</i>	11
1. El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica	27
Introducción	27
Preferencias ideológicas	34
Tres tipos judiciales	38
El juez activista (restringido)	38
El juez mediador	41
El juez bipolar	42
La interpretación del comportamiento estratégico	44
La crítica de la ideología como concepto explicativo	45
Una psicología del comportamiento estratégico	52
La negación: no sólo un río en Egipto	54
Los tres tipos de jueces como negadores	57
Análisis psicológico versus diálogo	62
Los jueces como negadores	64
¿La negación es inconsciente?	64
La negación como fenómeno colectivo	66
La negación como respuesta al conflicto de rol	68
Motivos para que el público niegue la ideología en la decisión judicial	73
Temor de las consecuencias	73
La superación de la contradicción	76

El consenso coercitivo sostiene la negación	80
Proyección de la ideología como estabilizador del sistema de negación	80
2. Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen	85
3. La distinción entre decisión judicial y legislación	105
Decisión judicial <i>versus</i> legislación	109
Filosofía del derecho y decisión judicial	115
Tipología de teorías de la decisión judicial	125
4. El constitucionalismo norteamericano como religión civil: notas de un ateo	127
Referencias bibliográficas	145
Nota sobre los textos	153

Presentación

Los trabajos de Duncan Kennedy que ha compilado Guillermo Moro para este volumen representan un aporte insoslayable para explorar la relación entre derecho y política. La obra de Kennedy constituye, sin duda, uno de los pilares más sólidos de los Estudios Críticos del Derecho (*Critical Legal Studies* o *CLS*) originados en la academia jurídica estadounidense. Desde sus inicios en la década del setenta, este movimiento ha desarrollado una crítica interna del derecho, la actividad judicial y la fe en el constitucionalismo, proponiéndose a la vez como un espacio de intervención política.

Las páginas que siguen muestran la complejidad del esquema teórico con el que Kennedy ha contribuido al proyecto de los *CLS*. En su obra, la crítica no toma la vía del relativismo escéptico ni busca socavar la importancia social de la actividad judicial, sino que ofrece herramientas para que ésta pueda reflexionar sobre sus contradicciones y plantearse una agenda de izquierda.

Al mismo tiempo, los trabajos seleccionados exhiben la destreza del autor para revelar tanto algunos de los presupuestos conservadores como las limitaciones metodológicas de las teorías del derecho dominantes en la cultura jurídica anglosajona. Dada la influencia que esas teorías han alcanzado en nuestra región, sus críticas se proyectan también a nuestros debates y aportan nuevos elementos para repensar las conexiones entre el derecho y la política.

Por último, cabe destacar que la originalidad del pensamiento de Kennedy surge en buena medida de su fuerte apuesta interdisciplinaria. Es, en este sentido, una muestra de la vocación que alienta nuestra colección. El recurso al psicoanálisis, a los estudios

culturales y a la filosofía de tradición continental representa la opción epistemológica desde la cual el autor ofrece una de las propuestas más provocativas del pensamiento contemporáneo sobre la izquierda y el derecho.

ROBERTO GARGARELLA

PAOLA BERGALLO

Igualitaria (Centro de Estudios
sobre Democracia y Constitucionalismo)

Introducción

Guillermo Moro*

Cuando conceptualizas nuestro programa, estás traicionándolo.

DUNCAN KENNEDY, "Roll Over Beethoven"

La versión de la teoría crítica del derecho elaborada por Duncan Kennedy ha seguido una suerte curiosa.

Al interior de la mayoría de los ámbitos de trabajo ligados de alguna manera a la filosofía jurídica, su pensamiento es considerado como el más representativo de los *Critical Legal Studies* (en adelante, CLS), la variante norteamericana de la teoría crítica del derecho. Cuando se habla de los CLS, se habla de Duncan Kennedy. Sin embargo, el contenido específico de su pensamiento es muy poco conocido, y a menudo es reducido a una caricaturización algo pomposa y poco plausible vinculada a afirmaciones tales como "el derecho es política", "el derecho es radicalmente indeterminado" o "el discurso de los derechos es un mecanismo de dominación carente de potencial emancipatorio", que supuestamente serían sostenidas por los CLS. De este modo, el acertado reconocimiento de Kennedy como el miembro más destacado de esta corriente lo ha dejado atrapado en la superficial caricatura de la teoría crítica en general que muchos abogados y juristas se encargaron de establecer.

Es imposible intentar remediar esa carencia a través de las pocas páginas previstas para esta introducción, pero los ensayos traducidos y reunidos en este libro acaso contribuyan a hacerlo.

* Universidad Nacional del Litoral, Universidad de Palermo (Argentina).

El proyecto de los "Estudios Jurídicos Críticos" o *Critical Legal Studies* tuvo su germen en el convulsionado período que va de fines de los años sesenta a principios de los años setenta, caracterizado por un clima de visible agitación social en los Estados Unidos (guerra de Vietnam, auge de los movimientos por los derechos civiles), que fijó el escenario para la gestación de una nueva camada de estudiantes, activistas y profesores/as de derecho rebeldes que se propusieron atacar y transformar la posición tradicional del derecho en el campo de la política y la cultura norteamericana.¹

Esta posición tradicional, reproducida como ideología profesional –generación tras generación– al interior de las facultades de derecho, estaba vinculada a una idea de los materiales jurídicos (la Constitución, las leyes, las sentencias judiciales) y del saber construido a su alrededor (la "ciencia" jurídica) como productos técnicos, apolíticos, objetivos y neutrales de regulación social, bajo el ideario del "imperio de la ley" (como opuesto al "gobierno de los hombres"). Los CLS, sobre la base de una original combinación de insumos conceptuales provenientes del realismo jurídico norteamericano y el marxismo –entre muchas otras corrientes de pensamiento filosófico, social y político, tanto norteamericanas como europeas–, se propusieron desmentir esa imagen, enfatizando en cambio sus efectos *naturalizantes* y *legitimadores* en la arena social. Los trabajos de esta corriente, en extremo heterodoxos y disímiles entre sí –tanto desde lo temático como desde lo estilístico–, coinciden no obstante en retratar la pretendida objetividad y neutralidad del discurso jurídico como una *máscara* lejos de ejercer una mera función técnica de regulación y coordinación de conductas, el derecho moderno contribuye activamente al sostenimiento de un particular régimen económico y

1 Suele considerarse que, como grupo, los CLS comenzaron a existir en 1977, en la Conferencia de los *Critical Legal Studies* celebrada en Wisconsin, Madison.

político Liberal² (y de las injusticias que éste encarna). Las normas jurídicas y las sentencias judiciales –tanto como la supuesta “ciencia” jurídica construida para explicarlas y sistematizarlas– se cuentan entre los dispositivos simbólicos más importantes de la sociedad capitalista para naturalizar como *institucionalidad inevitable* lo que no es sino *relación de poder contingente*.

El derecho, desde esta perspectiva, no es sino un dispositivo alienante, que distorsiona la conexión entre las personas y las expropia del control sobre su destino. Es por eso que los trabajos de esta variante de la teoría crítica siempre se sustentaron en la esperanza de que descongelar la (falsa) necesidad para exhibir la contingencia tendría un efecto revitalizante y emancipador, abriendo espacio para la imaginación de futuros alternativos. La crítica del derecho era, entonces, una tarea relevante en términos de combate cultural y político.

En esa empresa, los trabajos de los CLS apuntaron a abordar “ramas” concretas del campo jurídico (derecho de los contratos, derecho de daños, derecho de familia, derecho de propiedad, derecho constitucional, derecho laboral, derecho administrativo), intentando generar –a través de una metodología provocadoramente bautizada *trashing* o “demolición”– relatos contrahegemónicos *internos* que desnudaran lo que el discurso jurídico Liberal pretendía acallar: las filiaciones ideológicas de las doctrinas jurídicas, la contribución a la conservación de la desigualdad social y económica –en períodos históricos determinados– de los distintos grupos de derechos, y el carácter contradictorio de cada uno de los “campos de saber” contruidos a su alrededor.

La idea de realizar trabajo “interno” distingue a los CLS, en cuanto teoría del derecho,³ de las modalidades tradicionales

2 Utilizo aquí el término con mayúsculas –tal como suele hacerlo Kennedy– para referir al núcleo de acuerdos básicos que modernamente comparten tanto las ideologías “conservadoras” como las “liberales” (con minúsculas).

3 Debe tenerse presente que los CLS no fueron sólo una “teoría del derecho”, sino también un “movimiento” (en tanto colectivo de personas con una percepción autoconsciente de su conformación, crecimiento y rivalidad respecto de otros colectivos, con una meta

adoptadas para teorizar lo jurídico (incluidas otras variantes de la "teoría jurídica crítica", tanto en Europa como en Latinoamérica). En vez de afincarse en disciplinas generales como la filosofía del derecho o la filosofía política (tradicionalmente percibidas como "marginales" –cuando no "irrelevantes"– por la mayoría de los operadores jurídicos), los CLS optaron por presentar su crítica de una manera *particular*, minimalista, "viral", atacando (infectando) los campos de saber técnicos percibidos como "núcleo duro" de lo jurídico, tema por tema, discusión por discusión.

Ello explica la presencia mayoritaria en la obra de autores como Kennedy de trabajos de doctrina (principalmente, en su caso, sobre derecho de los contratos y derecho de daños), más que de teoría general. Pero no debe perderse de vista que esa decisión temática es una decisión de política académica, una adopción estratégica del "punto de vista interno", que en todo momento permanece sustentada por la gestación de una nueva mirada teórica, la cual es explicitada en una porción minoritaria pero crucial de su obra.

II

Los ensayos incluidos en este libro pertenecen a esa minoría crucial de textos explícitamente "teóricos". Se trata de algunos de los trabajos centrales en los que Kennedy explica, delinea y depura su teoría crítica del derecho.

En "La distinción entre decisión judicial y legislación", Kennedy problematiza una dicotomía básica que subyace a la organización política del Estado moderno: la distinción entre *crear* y *aplicar* el derecho. De acuerdo con ese esquema, la tarea de creación de derecho corresponde a los órganos representativos de gobierno (ta-

transformadora común y un activismo orientado hacia ella) y una "escuela de derecho" (en tanto red de contención y estímulo para profesores y estudiantes con ideas afines).

les como el Congreso), cuyas decisiones –tomadas vía regla de mayoría– poseen una autoridad derivada del respaldo electoral de sus miembros. El espacio que la modernidad privilegia para la discusión política e ideológica es el espacio legislativo, que concentra la legitimidad democrática. Las normas resultantes del proceso deliberativo que idealmente ha tenido lugar allí son luego obligatorias para toda la comunidad política (aun para quienes no comparten su contenido o fueron minoría en la votación). Dado que las normas necesariamente emplean un lenguaje general, para resolver los eventuales conflictos particulares que puedan suscitarse en relación con su alcance específico se prevé la actuación del poder judicial, cuya legitimidad se funda no ya en el respaldo democrático electoral sino en la pericia técnica para “aplicar” imparcial y objetivamente los mandatos preexistentes del derecho.

Al cuestionar la plausibilidad de esta distinción entre la tarea de creación y la tarea de aplicación de las normas, Kennedy desestabiliza uno de los pilares básicos de la autoridad política en nuestras sociedades. Éste es un problema con una vasta trayectoria en la teoría jurídica, por lo que la crítica de la decisión judicial de Kennedy necesita situarse en el mapa del resto de las teorías contemporáneas más conocidas al respecto, tarea que el autor acomete en la segunda mitad del trabajo.

En “El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica” –el trabajo más extenso de este volumen– Kennedy desarrolla en detalle la idea de que siempre es *posible* para un juez (y para cualquier intérprete del derecho en general) trabajar *en pos de* la obtención de un resultado determinado (aunque nada lo obliga a ello, y nada le garantiza que “tendrá éxito”⁴ en su intento) sin es-

4 Entendiendo el “éxito” como la posibilidad de generar una argumentación jurídica convincente que produzca (para el intérprete y su audiencia) un “efecto de clausura”, es decir, una sensación de que el caso no podía resolverse de otra manera con arreglo a derecho. Nótese que se habla de generar “convicción” y de producir “efectos”, no de “corrección” ni de “verdad” ni de “razonabilidad” de la argumentación jurídica.

tar violando por eso el deber de "fidelidad al derecho" –más aún, a veces por requerimiento de éste–. El resultado puede estar, y a menudo está, motivado por *preferencias ideológicas* del intérprete, que –sin ser más "determinadas" que las normas jurídicas o los precedentes interpretados– orientan su "agenda" en el contexto de su posición institucional. En el caso de los jueces, dicha posición institucional está ceñida a una contradicción. Por un lado, se pretende que se limiten a "aplicar el derecho". Pero, por otro lado, se les pide que "hagan justicia". Ambos mandatos confluyen en un diseño del rol judicial de acuerdo con el cual los jueces deben "hacer justicia de acuerdo al derecho". Sin embargo –dado que Kennedy forma en las filas de los escépticos respecto de la posibilidad de la "objetividad" en materia moral (y en cualquier otra materia, por cierto)–, desde el momento en que las consideraciones valorativas ingresan en el trabajo judicial, el ideal de la estricta "aplicación" del derecho resulta comprometido.

Para mediar la angustia producida por esa contradicción, los jueces incurren en lo que Kennedy –tomando conceptos de Jean Paul Sartre y del psicoanálisis freudiano– llama "mala fe" y "negación". Estos conceptos le permiten especular extensamente sobre la vivencia de la discrecionalidad por parte de distintos "tipos" de jueces, de una manera novedosa: la discrecionalidad deja de ser tratada –a la manera de dos de los teóricos clásicos a los que Kennedy se enfrenta, Herbert Hart y Ronald Dworkin– como una consecuencia de alguna propiedad *de* los materiales jurídicos (ser "determinados" o "indeterminados") o *de* los casos (ser "fáciles" o "difíciles"), para ser tratada como un atributo inerradicable de la decisión sobre la *estrategia de trabajo* que adoptará cada juez en pos de alcanzar algún resultado al interpretar los materiales o resolver los casos.

Este análisis se efectúa desde el enfoque distintivo de la obra de Kennedy, el *enfoque fenomenológico*, explicado en el breve pero denso opúsculo "Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen". Kennedy utiliza la fenomenología como un mecanismo para diferir o "poner entre paréntesis" (la *epoché* husserliana) la pregunta por la ontología de las cuestiones jurídicas ("¿es esta respuesta jurídica

realmente correcta?", "¿es este caso verdaderamente indeterminado?"), haciendo pasar a primer plano la vivencia de los actores situados respecto de los materiales jurídicos. Esta vivencia, por su parte, nunca es definitiva, sino que puede estar sujeta a transformaciones, pues lo que en principio es percibido por el intérprete como una cuestión cerrada puede transformarse, abrirse, mediante trabajo jurídico (o viceversa). Y el resultado de ese trabajo jurídico tampoco revelará la "esencia" de la cuestión: simplemente indicará, *ex post facto*, que *este* actor, con *esta* agenda, con *esta* disponibilidad de tiempo, con *esta* habilidad argumentativa, frente a *esta* audiencia, en *este* contexto político-social, etc., vivenció la "clausura" en un determinado punto de su proceso hermenéutico, dándolo por "terminado".

Desde esta perspectiva, el derecho se halla en una *situación paradójica*: es vivenciado por el intérprete como una "cosa" que restringe relativamente su libertad de trabajo, pero al mismo tiempo no existe fuera de ese trabajo. Es decir que el derecho tiene un modo de existencia evanescente, inestable, en permanente fuga. El derecho habita la *interacción*: entre un intérprete *situado* y un conjunto *variable* de materiales jurídicos potencialmente aplicables a los hechos de un caso.

Esta reducción fenomenológica del derecho como "cosa" al derecho como "acontecimiento" pone al juez, al jurista, al abogado, o a cualquier sujeto que haga interpretación de las normas, frente a frente con *la nada*: la idea de un "derecho" preexistente que resuelve de por sí la cuestión, con independencia de cada uno de nosotros, desaparece.⁵ Éste es un giro netamente existencialista

5 Dado el difundido y persistente malentendido según el cual la teoría jurídica crítica sostiene la tesis de "la indeterminación radical del derecho", no es redundante aclarar aquí una vez más que Kennedy se posiciona absolutamente en contra de dicha tesis (a la que considera ingenua y torpe, propia de académicos que "jamás leyeron una sentencia judicial" y que creen que pueden comprender los problemas específicos del derecho a la luz de alguna herramienta filosófica de moda, v. g., la deconstrucción). Por eso Kennedy habla de una *interacción*: los materiales jurídicos (tal como son percibidos, progresiva y variablemente, por el sujeto intérprete) son vividos como

en la obra de Kennedy. La reducción fenomenológica del derecho nos enfrenta a la angustia de la incerteza, lo que a su vez nos obliga a reasumir entera responsabilidad por nuestros actos. Jueces, juristas y abogados pierden, así, su mayor arma retórica. Ya no pueden invocar compulsión de "la ley" para justificar sus decisiones: ellos son siempre *parte* de la decisión. Dios ha muerto.

Justamente, el ensayo que cierra este volumen, "El constitucionalismo norteamericano como religión civil: Notas de un ateo", toma la iconología de la religión como una metáfora desde la cual explorar la práctica norteamericana de aceptar las decisiones de los jueces de la Corte Suprema de Justicia en materia de control de constitucionalidad. ¿Qué tan parecida es la Constitución al "texto sagrado"? ¿Qué tan parecidos son los jueces que la "interpretan" a los sacerdotes y los adivinos antiguos? ¿Qué significa el constitucionalismo para los ciudadanos que han abandonado la creencia en Dios, en el Derecho?

III

¿Por qué hacerlo? Los CLS en general, y Duncan Kennedy en particular, se posicionaron desde un principio como actores *políticos*, en el sentido de entender la totalidad de su actividad profesional —desde su producción académica hasta el dictado de sus clases y sus intervenciones públicas— como instancias para avanzar un proyecto de transformación social. Y ese proyecto se consideró siem-

una restricción, un freno, un límite... pero que no puede ahogar la libertad de intentar moverlo, desplazarlo, malearlo, a menudo con "éxito". Las ideas de "libertad" y de "restricción" que, efectivamente, Kennedy alguna vez empleó (en su célebre artículo "Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology") pueden entenderse justamente en este sentido: como variables de una dialéctica circular en la que ni el sujeto (intérprete) ni el objeto (derecho) se despliegan de manera independiente uno del otro en el acontecimiento interpretativo.

pre –tanto desde dentro como desde fuera del movimiento– como una versión de la agenda de “la izquierda” en el derecho.

— Ahora bien, ¿en qué sentido puede decirse que trabajos como los que presentamos en este libro forman parte de esa agenda?

— Desde la segunda mitad de los años noventa (más específicamente, a partir de la publicación de los trabajos preparatorios de su libro principal, *A Critique of Adjudication. Fin de Siècle*), Kennedy comenzó a presentar su proyecto político bajo la inusual insignia “modernismo/posmodernismo de izquierda” (*left modernism/postmodernism*). Este proyecto es complejo, pues –como se advierte a primera vista– presenta dos dimensiones que, si bien a veces pueden funcionar complementariamente, a menudo entran en conflicto: por un lado, la dimensión “de izquierda”; por el otro, la dimensión “modernista/posmodernista” (mpm).

— La dimensión de izquierda⁶ está asociada al combate de la desigualdad (la drástica inequidad en la distribución de la riqueza y de las oportunidades entre los distintos grupos sociales) y de las jerarquías ilegítimas (en términos raciales, sexuales, económicos, generacionales) –o tal vez de toda jerarquía–, así como a la generación de mecanismos que posibiliten una mayor participación ciudadana en la administración de la cosa pública, un mayor involucramiento de las personas en las decisiones que atañen a asuntos cruciales para la definición de su propia vida, una menor “alienación”.

— Por su parte, la dimensión modernista/posmodernista está asociada típicamente con movimientos culturales desarrollados en el campo de las artes, más que con la política, el derecho o la ciencia social. Sus referentes son, por un lado, el modernismo cultural (o sea, la vanguardia del período que va de la última década del siglo XIX a mediados del siglo XX), y por el otro, el estilo posmoderno

6 La noción de “izquierda” es muy compleja de definir, teniendo en cuenta su historia sumamente rica en matices y versiones disímiles (muchas de las cuales, por cierto, aún son hostiles a conceder importancia al trabajo sobre el derecho en el marco de la transformación social). Aquí sólo puedo emplear el término en un sentido vago, meramente indicativo.

en la arquitectura, la pintura y la teoría en general, a la manera de Foucault, Derrida o Judith Butler. Se trata de un ataque profundo a las estructuras básicas de la racionalidad occidental burguesa, que pone en cuestión la posibilidad misma de los "grandes conceptos" como la objetividad, la neutralidad, la justicia, la corrección.⁷

La dimensión "de izquierda" del proyecto de Kennedy se complementa con la dimensión mpm en lo que hace a la crítica de los diseños institucionales del Liberalismo, cuando éstos son —contingentemente— contrarios a sus reclamos. En esas situaciones, la desnaturalización o desreificación del *statu quo*, o la demostración de incoherencia de campos de saber supuestamente monolíticos, o

7 Si bien he preferido prescindir de las referencias bibliográficas en esta introducción, ciertas cuestiones específicamente polémicas o complejas del pensamiento de Kennedy hacen necesario incorporar su propia voz, como aquí, jugando a definir la posición ideológica que lo distingue: "El modernismo/posmodernismo (mpm) [...] es un proyecto que tiene la meta de alcanzar vivencias estéticas/emocionales/intelectuales trascendentes en los márgenes o en los intersticios de una cuadrícula racional desbaratada. La actividad práctica del mpm se centra en el artefacto, algo hecho o performato (puede ser arte, puede ser el objeto más mundano, puede ser la deconstrucción de un texto, puede ser la preparación de la cena). Hacer y apreciar artefactos son dos caminos hacia la vivencia trascendente, pero por lo general hacen zozobrar la teoría de las vivencias. El análisis, que en el modernismo es siempre *ex post*, es incorporado a la *performance* por los posmodernistas y enfatiza la omnipresencia de 'fuerzas primales' o 'suplementos peligrosos' reprimidos o negados y la plasticidad de los medios formales que presuponen que no son plásticos. El mpm superpone (incluye tanto como no incluye) ideología terapéutica; movimientos de vanguardia dentro de la literatura, pintura, música y danza modernas; postestructuralismo francés; teoría literaria; y mucho más. Las mujeres, las personas de color y los gays han sido numerosos en el personal del mpm. Comparte con la izquierda el ruego unificador de oposicionismo, pero dirigido a la cultura 'oficial' o 'burguesa', al 'etnocentrismo' y al racionalismo en general, más que al *statu quo* político, social y económico. Otro hilo unificador es la actitud de 'postedad' (*posture*), que yo presento prosaicamente como 'pérdida de fe', respecto de las afirmaciones y aspiraciones racionalizadoras y universalizantes de las élites modernas, ya sean de izquierda o de derecha, personales o políticas, intelectuales o prácticas" (Kennedy, 1997: 7-8).

el descubrimiento de la indeterminación de cuestiones jurídicas supuestamente determinadas por el derecho vigente, o cualquier otra intervención que debilite las pretensiones de naturalidad, coherencia y necesidad sobre las que se apoya el discurso jurídico moderno dominante, resultan claramente funcionales a la agenda de izquierda.

Ahora bien, si la crítica de la decisión judicial (y de los derechos y el razonamiento jurídico en general) es lo suficientemente profunda (por ejemplo, si va acompañada de una crítica de la idea misma de "corrección"), puede entrar en tensión con el proyecto de la izquierda o de los grupos desaventajados que éste intenta favorecer. Curiosamente, sin embargo, como cuestión historiográfica, se aprecia que han sido en su mayoría teóricos de inclinación de izquierda o al menos "progresista" quienes han desarrollado los argumentos críticos contra la supuesta objetividad y determinación de la decisión judicial. Esto conduce a lo que Kennedy llama "el dilema del progresismo jurídico".

Por un lado, en los Estados Unidos, fueron los teóricos progresistas (en una tradición que comienza con el trabajo de los realistas anteriores a la Primera Guerra Mundial) quienes desarrollaron la crítica de la decisión judicial (destacando su sesgo ideologizado, su no neutralidad, etc.) durante un período histórico en el cual la crítica tenía una gran trascendencia práctica: apuntaba a deslegitimar las decisiones de una Corte Suprema conservadora que obstaculizaba sistemáticamente las pretensiones reformistas. Pero, por otro lado, la posibilidad de que esa situación contingente cambie (la posibilidad de que la ubicación ideológica de los magistrados de la Corte cambie, como efectivamente sucedió en los Estados Unidos durante la presidencia de Franklin D. Roosevelt, a través de la incorporación de suficientes *Justices* "progresistas" como para obtener una mayoría que respaldara las políticas sociales del *New Deal*) y que la Corte deje de ser un ámbito hostil y pase a ser un ámbito receptivo de la agenda política progresista —mucho más receptivo, acaso, que el Congreso— plantea la necesidad de no llevar "demasiado lejos" la crítica, en pos de no socavar los cimientos de un edificio que puede ser tácticamente importante para el proyecto. Así, muchos teóricos pro-

gresistas, si bien se ubican tradicionalmente como representantes de la "crítica de la decisión judicial" (y destacan su carácter "político", o "moral", o "social"), necesitan rechazar el aspecto radical de la tendencia mpm, pues están comprometidos con un discurso donde la "corrección" de ciertas decisiones judiciales (aquellas decisiones, por supuesto, como la de los célebres casos *Brown v Board of Education*, o *Roe v Wade*, que instrumentan algún resultado importante para la agenda progresista) no puede ser puesta en duda.

En la Argentina, así como en algunos otros pocos países latino-americanos (entre los que se destaca Colombia), los últimos años han sido escenario de una revitalización de la promesa "emancipadora" del discurso jurídico. Luego de décadas de una devastadora combinación de autoritarismo militar y neoliberalismo económico en la región, la llegada a los máximos cargos en el poder judicial de jueces con una agenda receptiva a las reivindicaciones progresistas ha posibilitado la obtención de sentencias que se venían reclamando desde hace años –cuando eran impensables–, sobre temas de gran trascendencia política, social y económica. El conjunto creciente de redes de activistas jurídicos de la región se ve enfrentado al dilema: conservar sus argumentos profundamente críticos (desarrollados, por ejemplo, durante los años noventa) respecto de la función judicial, o adoptar un discurso de férrea defensa de la misma –al menos tal y como se manifiesta en sus decisiones preferidas– ahora que los vientos son favorables (esta última, con matices, ha sido la actitud mayoritariamente adoptada).

Otra forma, relacionada, en que las tendencias de izquierda y mpm del proyecto colisionan tiene que ver con la "movilización".⁸ Muchos partidarios de la izquierda consideran que si uno ya no cree en la posibilidad de un resultado jurídico correcto ni en la

8 Esta crítica ha sido dirigida contra Kennedy y los CLS, principalmente, desde la teoría jurídica feminista (*Feminist Jurisprudence*) y la teoría racial crítica (*Critical Race Theory*), o a veces desde la intersección entre ambas.

existencia de los derechos, entonces se queda condenado al *quietismo*, lo cual es un lujo que podrán darse quienes no resultan marginados ni oprimidos por el sistema (digamos, los hombres blancos profesionales de clase media que dan clases en la prestigiosa Harvard Law School, como Kennedy), pero no así los miembros más desaventajados de la sociedad (minorías étnicas, raciales y sexuales, pobres, desocupados, discapacitados), para quienes muchas veces el derecho se presenta como esperanza de una vida más digna.

En realidad, este planteo se funda, una vez más, en la caricatura de la crítica, más que en la crítica misma. La crítica apunta a discutir nuestra *actitud* al trabajar con el derecho (y las consecuencias derivadas de esa actitud), no la utilidad o inutilidad del derecho para el cambio social en términos maximalistas.⁹ La "pérdida de fe" en el razonamiento jurídico o en los derechos puede conducir a la inacción... pero lo opuesto también es posible. No hay una conexión lógica entre ambas actitudes. Hay un acontecimiento: algo que *sucede* o *no sucede*, caso por caso, persona a persona. Por lo pronto, la experiencia activista del propio Kennedy —y de la mayoría de los miembros de los CLS— parece desmentir la imputación de quietismo como consecuencia necesaria de la crítica.¹⁰

9 En palabras de Kennedy: "La gente a veces dice: '¿Una crítica de los derechos? ¡Pero si te deshaces de los derechos el Estado puede hacerte lo que quiera! ¿Qué hay del derecho a la privacidad? ¡No tendríamos ninguna manera de objetar la intrusión estatal!'. [Están equivocando el punto] [...] No hay nada en la crítica que pueda sugerir una reducción de los derechos de los ciudadanos frente al Estado. Haber perdido la fe en el discurso de los derechos es perfectamente consistente —y de hecho, está a menudo asociado— con una creencia apasionada en la expansión radical de los derechos de los ciudadanos contra el Estado. [...] No se trata de cómo deberíamos definir los derechos sino de cómo deberíamos sentirnos respecto del discurso en el que los reclamamos" (Kennedy, 1997: 334. Énfasis en el original).

10 Más allá del conocido involucramiento de Kennedy en labores de trabajo jurídico sobre temas de vivienda en distintas comunidades del estado de Boston, su principal activismo —al igual que el del resto de los CLS— estuvo centrado en su lugar de trabajo, las facultades de

Un tercer punto de tensión entre la dimensión de izquierda y la mpm se ubica en el hecho de que el trabajo crítico tradicional de izquierda fue concebido como una tarea de "demolición para la reconstrucción", es decir, como una necesaria limpieza de un ordenamiento visto como negativo (v. g., el capitalismo) en tanto condición previa del establecimiento de un ordenamiento positivo (v. g., el socialismo). En cambio, la tendencia mpm es hostil a todo proyecto reconstructivo. No propone la instalación de una nueva estructura en lugar de aquella sobre la que deposita su ácido filo. Está organizada alrededor de la *performance* orientada a producir reacción en el público. Está orientada —como dice Kennedy— a "escandalizar al burgués" (*épater le bourgeois*), más que a nacionalizar su propiedad. Así, intenta destrabar sensaciones como el anhelo, la contradicción, el éxtasis o la depresión allí donde permanecían controladas por la racionalidad y objetividad de algún discurso censor (como el discurso jurídico).

derecho, abogando por una transformación radical de las prácticas de educación jurídica (percibidas como una instancia crucial de la conservación y reproducción de las jerarquías sociales ilegítimas). Este activismo focalizado o minimalista, bajo la bandera de un llamado a "*politicar el lugar de trabajo*" que Kennedy —recogiendo sus experiencias— desarrolla en diversos escritos, exhibe una clara influencia sobre los críticos de la idea foucaultiana de "micropolítica". Para muchos abogados y profesores de derecho que gustarían llamarse "de izquierda", sin embargo, este tipo de política tiene sabor a poco, o no está suficientemente comprometida con el "cambio social", entendido como una empresa de gran escala. El tema es sin dudas complejo y discutible, y no es éste el espacio propicio para tratarlo en profundidad. Sin embargo, no quisiera dejar de destacar el elemento a la vez corrosivo e incómodo presente en la mirada micropolítica, en la medida en que trae a primer plano los espacios habituales en los que *se está*, o se elige estar, como focos de producción y reproducción del poder. Sucede que es muy habitual que personas que han elegido "estar" en, digamos, la academia o la judicatura, inflamen su pecho con grandiosos proclamas contra "el capitalismo", "el neoliberalismo", "el Estado" o "la dominación simbólica", pero luego no se animen a ninguna lucha real en su más prosaico espacio social de pertenencia, reproduciendo todas y cada una de las prácticas asociadas con aquellos "demonios" en la clase, en el tribunal, o en la última negociación con el decano de turno.

En suma: la crítica de la decisión judicial (así como la crítica de los derechos y del razonamiento jurídico) es importante para el proyecto político del modernismo/posmodernismo de izquierda porque el discurso jurídico representa en las sociedades modernas uno de los vehículos privilegiados de la noción de que hay una razón determinante de las cosas, de que hay "un sentido", de que hay una manera neutral y objetiva de resolver las contradicciones humanas. Si el enemigo es la clausura, el aura de necesidad que recubre los arreglos sociales contingentes, entonces la decisión judicial,¹¹ esa tarea de declarar autoritativamente lo que "el derecho" predispone respecto de cada uno de nosotros, será un blanco fundamental.¹²

Qué tan deseable sea esto desde el punto de vista de visiones alternativas sobre la agenda "de izquierda", en el contexto argentino y latinoamericano en general, es una cuestión abierta. Algunos consideran que las tensiones que esboqué más arriba son, ciertamente, irresolubles, y una agenda modernista/posmodernista será siempre, en última instancia, enemiga de la izquierda. Otros consideran que, si bien las críticas que subyacen a la tendencia mpm son acertadas, "aún no es el momento" de formularlas, porque nuestros países latinoamericanos no han alcanzado todavía las conquistas sociales ni el desarrollo institucional "sufi-

11 No sólo se trata del proceso de toma de decisiones, sino también de las imágenes de objetividad, prudencia, imparcialidad o justicia asociadas íntimamente a la figura del *ius*—acaso con mayor intensidad que respecto de cualquier otro ícono circulante en el imaginario de nuestra cultura—.

12 En uno de mis últimos escritos, Kennedy ha remarcado que uno podría resultar convencido por sus planteos modernistas/posmodernistas incluso si uno fuera un progresista comprometido, o un conservador o un libertario: "En otras palabras, no hay nada inherentemente de izquierda [en el mpm]. Es parte de un proyecto de izquierda no porque lo sea inherentemente, sino porque, en el estado actual de la política en el mundo, considero que la creencia fetichizada o reificada en el imperio de la ley es un obstáculo para la constitución y el activismo de izquierda. Al respecto, tengo la impresión opuesta a la de quienes consideran que socavar el fetichismo jurídico es socavar la fe de la izquierda" (Kennedy, 2008: 6).

ciente" (como sí sucede en los países centrales). Un tercer grupo, finalmente, rechaza el anterior diagnóstico y su invitación a la "espera estratégica" como timorato y paternalista: propone pensar nuestro "subdesarrollo" menos como una tragedia que como una oportunidad para construir un futuro alternativo, creativo, una ruptura real con las prácticas de alienación y dominación a las que el derecho ha sido funcional, que para ser efectiva necesita tomar en serio (y no despreciar) las características específicas históricas y contextuales de nuestras sociedades (que no son las de los Estados Unidos ni las de los países centrales de Europa).

En cualquier caso, al margen de lo deseable de la empresa o de la efectividad que le auguremos, el proyecto *a la vez* artístico y político¹³ de Kennedy posibilita la atractiva vivencia de acometer el estudio de productos con la forma típica de la intelectualidad jurídica (como este libro) no sólo como instancias de comprensión analítica, sino también como una experiencia estética.

13 Aunque tal vez no sea ni una cosa ni la otra, ya que (si aceptamos suficientemente el mensaje) distinciones tales como "arte y política" deberían decaer.

1. El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica

INTRODUCCIÓN

Este ensayo es parte de un trabajo mayor* que propone una teoría acerca de los efectos políticos que tiene la práctica social norteamericana de organizar la creación de derecho a través de distintas instituciones judiciales y legislativas. El tema central del presente ensayo es el rol que desempeña la ideología política, en el sentido llano de "liberalismo" o "conservadurismo", en aquella parte de la actividad judicial que es mejor descripta como creación de derecho. Afirmo que proyectos ideológicos que nos resultan familiares, como los dos mencionados, influyen ampliamente la creación judicial de derecho, pero que el trabajo jurídico ideológicamente orientado es diferente del trabajo legislativo ideológicamente orientado. A través del desarrollo de estas diferencias, analizo la gran cuestión del significado y los efectos sociales de la decisión judicial.

A veces resulta evidente que los jueces se sienten compelidos por los materiales a alcanzar determinadas soluciones sin tomar en consideración sus propias preferencias legislativas, o incluso contra ellas. Sin embargo, *siempre* aspiran a generar un efecto retórico particular: el de la necesidad jurídica de sus soluciones, sin considerar la ideología. Trabajan para lograr este efecto pese a que sabemos que el comportamiento estratégico es una posibili-

* Véase Kennedy, 1997: 180-212. [N. de T.]

dad inerradicable de la interpretación, entendiendo por comportamiento estratégico la elección, fundada en motivaciones externas, de trabajar para desarrollar una de las posibles soluciones del problema jurídico en cuestión en lugar de otra.

El proyecto general del presente ensayo es examinar el impacto que tiene la decisión judicial, así concebida, en una sociedad dividida ideológicamente. Una idea básica es que buena parte del conflicto ideológico versa sobre las normas jurídicas, en cuyo desarrollo los jueces desempeñan un rol importante. Pero que sean "actores" ideológicos está en discusión. Habiendo llegado a la conclusión de que efectivamente son actores ideológicos, al menos parte del tiempo, me pregunto de qué manera afecta el resultado de la disputa ideológica el hecho de que una cantidad significativa de la actividad de creación de normas se organice a través de actores cuyo rol ideológico está en discusión.

Defino una ideología como un proyecto de universalización de una *intelligentia* que considera que actúa "para" un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otros grupos. El liberalismo y el conservadurismo son los ejemplos primarios de ideología norteamericana. Una característica importante de estas ideologías es que tienen una estructura general similar y elementos argumentativos similares, de manera que la diferencia entre ellas reside en la forma en que estos elementos son desplegados o "hablados" a propósito de una serie de cuestiones.

Con respecto a cualquier asunto jurídico particular, podemos identificar lo que está en juego para los participantes que entienden el asunto en términos ideológicos. Ello puede ser distinto de lo que está en juego para las partes en un litigio (definir las reglas que gobiernan las inspecciones policiales puede ser un aspecto menor de la estrategia del acusado, pero una cuestión crucial para los defensores de la libertad civil).

Los representantes jurídicos de la *intelligentia* ideológica presentan sus argumentos ante legisladores, ante funcionarios ejecutivos y administrativos, y ante jueces y jurados. Podemos clasificar las cuestiones jurídicas, grosso modo, como cuestiones que involucran la elaboración (e interpretación) de normas o la indagación de hechos, con una significativa categoría intermedia

de cuestiones "mixtas" (tales como: ¿el acusado fue "negligente"?).

- Este ensayo aborda "cuestiones de derecho" y no "de hecho", así como el lugar en la estructura judicial –los tribunales de apelación– donde los jueces tienen un máximo nivel de autoridad formal para decidir tales cuestiones. Es la actividad de los tribunales de apelación la que más claramente se presenta como una instancia de creación de derecho, que decide cuestiones ideológicas, pero que sin embargo es llevada adelante en una situación en la que se discute si quienes toman las decisiones son (o deberían ser) actores ideológicos.

- La actividad de creación de derecho de los jueces tiene lugar en el contexto de una estructura de normas jurídicas (frente a una determinada laguna, conflicto o ambigüedad en esta estructura). Los jueces resuelven problemas interpretativos a través de una forma de trabajo que consiste en reformular alguna parte de esta estructura, y luego desplegar un repertorio de argumentos jurídicos para justificar sus soluciones. Una modalidad importante de la influencia ideológica en la decisión judicial proviene de la interpenetración entre esta retórica específica y técnica de la justificación jurídica y la retórica política general del momento.

- Podemos al menos adivinar el impacto que produce sobre el corpus total del derecho el hecho de que gran parte esté a cargo de jueces que persiguen proyectos ideológicos bajo estas peculiares restricciones interpretativas. Esta difusión del poder de creación de derecho reduce el poder de las mayorías ideológicamente organizadas, ya sean liberales o conservadoras, para producir cambios significativos en cualquier área temática regulada por el derecho. Faculta a las fracciones jurídicas de la *intelligentsia* para decidir los resultados del conflicto ideológico entre ellas, por fuera del proceso legislativo, e incrementa la apariencia de naturalidad, necesidad y justicia relativa del statu quo, cualquiera que sea, en comparación con lo que prevalecería en un régimen más transparente. En cada caso, la decisión judicial funciona para asegurar ya intereses ideológicos particulares, ya intereses generales de clase de la *intelligentsia* relacionados con el statu quo social y económico. (Me referiré sumariamente a éstos como

efecto de moderación, efecto de empoderamiento y efecto de legitimación.)

Para que este proyecto general tenga sentido, tenemos que poder responder la pregunta: ¿cómo puede el juez actuar ideológicamente? ¿Cómo puede hacerlo, más específicamente, si acepta que está obligado a ser un intérprete fiel de las leyes, que está obligado a hacer "lo que la ley manda" aun si ésta entra en conflicto con su preferencia ideológica? Dentro de la cultura norteamericana, los observadores informados practican una hermenéutica de la sospecha en relación con la afirmación de que el discurso jurídico, y particularmente los argumentos jurídicos de política pública [*legal policy argument*], son autónomos respecto del discurso ideológico. Este ensayo se inscribe en esa tradición.

Intenta reconstruir la situación del juez desde adentro, para decirlo de alguna manera, al preguntar cómo el juez vivencia [*experiences*] el cuerpo de materiales jurídicos* y cómo responde a él cuando tiene una clara preferencia ideológica por un resultado. Una meta crucial es identificar las estrategias a través de las cuales el juez puede mantener su propia creencia, y la de su audiencia, en que está cumpliendo con su deber de fidelidad interpretativa, a pesar de que sus acciones "moldean" o "mueven" el derecho en una dirección ideológica o en otra.

Una indagación sobre cómo los jueces pueden actuar ideológicamente debería ser de interés incluso para los adeptos a las diversas teorías que postulan que los jueces pueden y deben ser "neutrales". Ninguna de estas teorías siquiera sugiere que todos o la mayoría de los jueces norteamericanos actúan de acuerdo con sus

* La expresión "materiales jurídicos" alude a lo que en la tradición jurídica continental suele denominarse "fuentes del derecho". La utilización de esa terminología, menos formal, es significativa en Kennedy, en línea con su concepción de la interpretación jurídica como un "trabajo" que, en cuanto tal, se realiza en un medio (diversos "campos" en los que se ubican los casos) y con ciertos "materiales" (normas jurídicas, precedentes). [N. de T.]

preceptos, y un juez que acepte alguna estará a menudo en duda sobre cómo aplicarla. Incluso si una de las teorías es correcta en tanto descripción de cómo los jueces deberían razonar para resolver casos que tengan una fuerte carga ideológica, parece muy probable, dado el modo en que los abogados y jueces conciben actualmente el derecho, que los jueces se encuentren constantemente en la situación de tener que hacer elecciones estratégicas.

Las elecciones estratégicas consisten en decidir cómo desplegar el trabajo de investigación y razonamiento jurídicos. La fidelidad al derecho entra a jugar sólo cuando hay un derecho al cual serle fiel. Cualquier operador jurídico, abogado o juez, puede influir en lo que el derecho "es" realizando trabajo jurídico. Muy pocos actores jurídicos tienen teorías consistentes sobre cómo el derecho exige que uno despliegue sus recursos para definir el derecho. Si son abogados, suponen que es legítimo desplegar sus recursos para moldear el derecho a favor de sus clientes. Para ellos, el comportamiento estratégico en la elección de cuánto trabajar en la interpretación jurídica y en qué dirección es un asunto de todos los días; no viola el deber de fidelidad al derecho porque es constitutivo del derecho al que uno le es fiel.

A menudo hablamos como si las cosas fueran totalmente diferentes dentro del proceso de decisión judicial. Parece que está mal que un juez afirme que *para él* la fidelidad al derecho entra a jugar sólo una vez que ha creado algún derecho al cual serle fiel. Pero, por supuesto, los relatores escriben proyectos de sentencias que están "orientados por el resultado", en el sentido de que el juez dicta una elección normativa, y el trabajo de los relatores es producir la mejor argumentación jurídica posible en su apoyo. Y los jueces mismos, cuando trabajan en salas, a menudo se encuentran en la posición de tener que producir la mejor argumentación que pueden para una elección normativa que difiere significativamente de la que estiman más acorde a la fidelidad interpretativa.

Aquí trataremos lo que podríamos llamar el caso central, en el que se supone que la decisión es no estratégica —motivada solamente por el deber de fidelidad—, el caso en que un juez decide por sí mismo una cuestión de derecho. Es una creencia común, apoyada por una considerable literatura de las ciencias sociales,

que los jueces, en esta situación, a menudo pueden trabajar y de hecho trabajan para hacer que el derecho se corresponda con la "justicia", o con algún otro ideal "legislativo", y que conducen este trabajo bajo la influencia de sus preferencias ideológicas (véase, por ejemplo, Yarnold, 1992). Pero es una creencia igualmente común que este trabajo está restringido por los materiales jurídicos.

Siempre es *posible* para el juez adoptar una actitud estratégica hacia los materiales, tratar de hacer que signifiquen algo distinto de lo que al principio parecía que significaban, o darles un significado que excluya otros inicialmente posibles. Por otro lado, *nunca es necesario* que lo haga y *nunca es seguro* que vaya a tener éxito si lo intenta. Finalmente, *por lo general no es posible* saber si una decisión particular resultó diferente, debido a que el juez adoptó una estrategia particular de trabajo, de lo que habría resultado si hubiera adoptado alguna otra estrategia.

Siempre es posible comportarse estratégicamente, en el sentido de intentar que una particular interpretación de las normas parezca la más adecuada. No hay ninguna definición del imperio de la ley que pueda evitar que los jueces se esfuercen en esta dirección, y es por lo menos plausible que el imperio de la ley exija que los jueces actúen de esta forma al menos una parte del tiempo.

Un juez que habitualmente se comporta de manera estratégica frente a los materiales puede ser insensible a las implicaciones específicamente ideológicas, o bien trabajar duro para desenterrarlas de su conciencia. Puede tener una agenda que nosotros caracterizaríamos como personal o idiosincrásica más que ideológica. Un juez con ese perfil tiene que usar el discurso y escuchar los argumentos, y al mismo tiempo, de algún modo, no entender la situación de la manera en que los otros la entienden, pero esas cosas pasan todo el tiempo.

No es en absoluto necesario comportarse estratégicamente. Muchos jueces parecen acercarse a los materiales con la creencia de que tienen que significar algo, y parecen tener poco talento o inclinación para el trabajo jurídico. Pueden experimentar un sentido de clausura al final de un proceso que parece una búsqueda azarosa, simplemente aferrándose al sentimiento cuando lo alcan-

zan. Pueden reprimir o nunca haber adquirido la habilidad de trazar estrategias.

Desde nuestro punto de vista, el aporte de estos jueces a la creación judicial de derecho no es interesante (aunque podríamos especular sobre cómo se ubicaría su comportamiento no estratégico en relación con el comportamiento de jueces que son actores políticos). Vale la pena distinguir este comportamiento ideológicamente azaroso tanto del seguimiento irreflexivo de las reglas como de la restricción.⁸ No se trata de seguimiento irreflexivo de las reglas porque el juez sabe que hay una cuestión de derecho y está tratando de encontrar una respuesta. Tampoco es restricción porque la restricción significa resistencia ante un intento de hacer que los materiales signifiquen algo en particular.

- ⁸ Kennedy explica claramente a qué se refiere con estos términos en *A Critique of Adjudication* (1997: 160-1), donde afirma: "Hay dos situaciones en las que es plausible describir a los jueces como atados por el Derecho. Éstas corresponden a dos vivencias diferentes del juzgar. La primera podría ser llamada 'seguimiento irreflexivo de las reglas'; la segunda, 'restricción por el texto' (*constraint by the text*). En el seguimiento irreflexivo de las reglas, la juez tiene hechos ante sí y una sola norma en mente. Está enfocada en la cuestión de qué pasó, y hay dos respuestas contradictorias bien definidas. Si una versión es la que 'realmente' pasó, entonces parece obvio que la demandada ha violado la norma relevante; si es la otra versión, entonces la demandada no ha violado la norma. En esta situación, nadie está pensando en interpretaciones alternativas de la norma. Cuando los hechos han sido finalmente determinados, la juez aplica irreflexivamente la norma, a la manera deductiva. [...] El modelo opuesto de atadura es uno en el que los hechos son conocidos y es la interpretación adecuada de la norma lo que está en cuestión. A la juez no le gusta el resultado que la interpretación obvia de la regla produciría, trabaja mucho para construir una buena argumentación jurídica en favor de una interpretación diferente, y fracasa. En el primer caso, el Derecho opera sin esfuerzo para 'guiar' la acción de la juez; en el segundo, se trata de 'restricción', de un obstáculo para decidir el caso de la manera en que te gustaría decidirlo. En el primer caso, nadie está siquiera pensando en la creación de Derecho. En el segundo, la juez intenta con todas sus fuerzas crear un Derecho 'nuevo' (en el sentido de 'no-obvio'), pero no encuentra una manera de hacerlo sin violar el deber de fidelidad hacia los materiales". [N. de T.]

Que siempre puedas comportarte estratégicamente no significa que en todos los casos puedas cambiar una regla que al principio parecía ser vinculante, o que siempre puedas tomar lo que parece una cuestión abierta y mostrar que el lado liberal era claramente el correcto, o lo que sea. Siempre puedes trabajar en la manipulación, pero tal vez no logres tu objetivo.

Puede ser que no haya oportunidades "reales" para el comportamiento estratégico. Posiblemente los jueces adopten a veces, de hecho, la *actitud* estratégica. Pero siempre que así lo hagan, pueden estar o bien engañándose a sí mismos sobre lo que está ocurriendo realmente, porque el derecho los guía sin que lo adviertan y en última instancia los construye a dar la respuesta correcta, o bien actuando de mala fe, en el sentido fuerte de transgredir la restricción de fidelidad interpretativa que su rol les impone.

No creo que sea posible refutar esta posibilidad, excepto si apelamos a la historia de la crítica y la reconstrucción. Y esta historia, a mi modo de ver, sólo establece que es plausible afirmar que el trabajo ideológicamente focalizado cambia constantemente el significado de los materiales —esto es, que los casos exitosos de comportamiento estratégico son frecuentes—. Los jueces a menudo producen un significado convincente para los materiales jurídicos, que es distinto del significado convincente que otros jueces, con una agenda de trabajo opuesta, habrían producido (o produjeron en un voto disidente). En lo que sigue, trataré de fortalecer esta hipótesis a través de una descripción de tres tipos de agenda que los jueces persiguen de manera estratégica. Introduciré mis tres caracteres típicos tal como podría describirlos alguien que sólo estuviera interesado en predecir su comportamiento, alguien que usara la noción corriente de "preferencia" ideológica.

PREFERENCIAS IDEOLÓGICAS

Una preferencia ideológica liberal o conservadora es una tendencia a elegir normas jurídicas asociadas con el liberalismo o el conservadurismo. Una preferencia puede ser obvia o difícil de discer-

nir, puede ser reconocida o negada y puede ser consciente, inconsciente o semiconsciente. Una preferencia, en el uso común, es más que un patrón fáctico (aunque a veces los economistas la usan precisamente en este sentido limitado). Cuando imputamos una preferencia, suponemos que estamos brindando una explicación o una interpretación de una acción pautada, atribuyéndola a una disposición psicológica del actor.

Cuando indagamos sobre la existencia de una preferencia en este sentido psicológico, consideramos elecciones pasadas entre lo que pensamos que eran normas jurídicas alternativas posibles, y también usamos la evidencia de la elección del juez entre unidades argumentativas* o modos retóricos disponibles con connotaciones ideológicas. Hay argumentos jurídicos que de manera directa o analógica traducen el discurso político general en discurso jurídico. La retórica de la autosuficiencia es conservadora; la de la solidaridad, liberal. Éstas son marcas a partir de las que inferimos preferencias ideológicas.

Pienso que cuando Holmes expresó sus "dudas respecto de si jueces con simpatías económicas diferentes no decidirían [un particular] caso de manera diferente cuando se enfrentaran con la cuestión" (Holmes, 1894), estaba usando una noción como la de preferencia. Lo que dijo fue provocador porque la noción de que la decisión judicial debería excluir la ideología implica la exclusión de preferencias de este tipo.

Cuando creemos que un juez tiene una preferencia ideológica, digamos por elecciones normativas liberales o conservadoras, solemos hablar de "motivaciones ideológicas" y de "influencias ideológicas" respecto de determinados resultados. Uso estas expresiones con cierto recelo porque son ambiguas en dos sentidos. Primero,

* En inglés, *argument bits*, homólogas a los signos lingüísticos saussureanos. La idea de unidad argumentativa o *argument bits* es la piedra de toque sobre la que Kennedy desarrolla sus estudios semióticos de la argumentación jurídica, en los que analiza detalladamente la dinámica oposicional y los mecanismos de transformación, generación, soporte y andamiaje que la caracterizan como lenguaje (véase Kennedy, 1991: 309-365, y 1997: 133-156). [N. de T.]

sólo pueden establecerse mediante procedimientos interpretativos, y no probarse o sustanciarse a través de metodologías más positivas. Segundo, no significan que el actor tenga un compromiso interno con la ideología como proyecto, sino sólo una preferencia o predisposición para elegir los resultados asociados a ella.

Mientras que un patrón de resultados liberales puede ser "probado" si tenemos una definición suficientemente ajustada de liberalismo, la preferencia, disposición o "simpatía" imputada no puede probarse. Pero la prueba es también innecesaria para los propósitos de esta investigación en particular. La gente les imputa "motivaciones ideológicas" a los actores todo el tiempo, en el sentido de preferencias. En un trabajo más extenso sobre el tema, sostengo que una "hermenéutica de la sospecha", o búsqueda de las motivaciones ideológicas escondidas en las sentencias judiciales que se presentan a sí mismas como técnicas, deductivas, objetivas, impersonales o neutrales, ha sido durante los últimos cien años la característica más importante de los debates norteamericanos sobre la decisión judicial.

En el discurso jurídico, la evidencia de esta imputación de motivaciones casi nunca es flagrante, en el sentido de que implique una admisión de intención. En las sentencias judiciales, los jueces *siempre* "niegan", en el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos. Esto es, afirman explícitamente que el resultado —el desenlace que le dan a un caso al elegir una particular resolución para una cuestión de derecho o de definición de ciertas normas en lugar de otras— fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. Obviamente, se trata de una convención y dice poco sobre lo que "realmente" está sucediendo.

En la mayoría de los casos, la única base para imputar una preferencia, motivación o influencia es "interpretativa". Esto significa que la sentencia tiene más sentido si la interpretamos como ideológicamente motivada que si la tomamos como aparece superficialmente. No puedes "probar" que tiene más sentido; sólo puedes argumentar a favor de tu propia interpretación mostrando que la sentencia es contradictoria o no concluyente cuando se la

toma en sus propios términos, pero parece al menos inteligible –si no persuasiva– cuando se la entiende en términos de preferencias ideológicas. No hay un intento de mostrar con evidencia directa lo que el juez estaba pensando. No es una cuestión de prueba, sino de la plausibilidad de una "lectura".

La segunda ambigüedad en la noción de motivación ideológica está relacionada con la primera. Muchos años atrás afirmé que Sir William Blackstone tenía una "motivación apologética" al describir el sistema jurídico inglés. Algunos lectores infirieron que yo estaba sosteniendo una teoría conspirativa similar a la que los teóricos liberales y conservadores han detectado a menudo en las descripciones marxistas de las instituciones capitalistas. Tal vez yo estaba sosteniendo que el discurso jurídico era una mistificación deliberada, que enmascaraba una agenda ideológica capitalista con una terminología neutral para engañar a las masas sobre lo que realmente estaba sucediendo (véase Kennedy, 1979).

Pero se puede afirmar, y eso es lo que yo quise hacer, una preferencia, o motivación, o influencia, sin afirmar que el actor suscribe la ideología como proyecto, con un compromiso interno hacia ella en tanto algo que impulsar o defender frente a sus oponentes. La preferencia y las acciones que ella motiva o influencia no son más que una predisposición al hacer elecciones en los casos particulares. Puede describirse al actor como alguien mucho más que predispuesto en situaciones de elección –por ejemplo, como un verdadero creyente, o un "ideólogo", o alguien que es "políticamente correcto"–. Pero etiquetar a un actor como comprometido en lugar de solamente predispuesto requiere mucha más evidencia, una evidencia diferente de un mero patrón de resultados y del uso de unidades argumentativas ideológicamente identificables.

Más adelante en este ensayo, sugiero que la mejor manera de entender las preferencias ideológicas en la conducta judicial es concebirlas como semiconscientes, o, en términos sartreanos, como de "mala fe". Pienso que la idea de disposición semiconsciente –una disposición que el juez se "niega", en el sentido de Anna Freud, a sí mismo, y no que es "reprimida" por completo o conscientemente conspirativa– encaja en el uso corriente del dis-

curso político norteamericano. Hablamos del "sesgo" liberal o conservador de un juez precisamente en este sentido de orientación semiconsciente. Y no creemos que sea necesario "sustanciar" la imputación excepto a través de la técnica interpretativa descripta más arriba.

TRES TIPOS JUDICIALES

EL JUEZ ACTIVISTA (RESTRINGIDO)

Los abogados consideran que algunos jueces son activistas restringidos, lo que quiere decir que ésa es la imagen que ellos (los abogados) tienen sobre cómo operan estos jueces, una imagen que utilizan para predecir lo que estos jueces harán. Ésta es mi versión de la imagen de los abogados. Supongamos que la jueza,* en un primer acercamiento al caso, tiene una clara noción de cuál es la norma del *common law*** aplicable y de cómo interpretarla. Pero supongamos que si fuera legisladora no querría que esa norma se aplicara a casos como éste, y la cambiaría (ya sea prospectiva o retrospectivamente) agregándole una excepción.

Supongamos además que si le pidieran que explicara su descontento con "el derecho", y la dirección en la que ella lo cambiaría, elaboraría una crítica política de la norma y una justificación política de la excepción que ha propuesto, que usted podría identificar con una "ideología conservadora". Finalmente, supongamos que esta jueza tiene una crítica política conservadora similar respecto de muchas otras normas, y que nunca o casi nunca critica las normas de una manera que la haga sonar como liberal.

Esta jueza no tiene la intención de desobedecer la ley. Lo que la convierte en una activista restringida es que invierte una impor-

* Para atender a la cuestión de género, el autor a veces universaliza en masculino y otras en femenino. [N. de T.]

** Conjunto de normas jurídicas no escritas, pero sancionadas y recogidas por la costumbre o la jurisprudencia, que constituyen el fundamento del derecho en los países anglosajones. [N. de T.]

tan- te cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente de la que en principio parecía la mejor. Hace lo mismo en todos los casos en los que el derecho le parece "demasiado liberal". A veces tiene éxito y a veces no. Cuando fracasa, elige sin rencores una norma que difiere de su preferencia legislativa. En otras palabras, cualquiera que sea la norma que finalmente elija aplicar al caso, representará la mejor interpretación que ha podido encontrar para los materiales. Escribe sentencias que son formalmente "jurídicas" y que reflejan su honesta creencia de que el derecho "exige" el resultado que ella ha alcanzado.

Llamo activista a esta jueza porque tiene una motivación "extra-jurídica", a saber, el logro de una sentencia justa, para preferir un resultado en vez de otro a lo largo de una amplia variedad de casos, y trabaja para hacer que esos resultados sean derecho. Nótese que esta forma de activismo está orientada a las *normas jurídicas*. La jueza tiene una preferencia por una norma distinta de la que piensa que tal vez debería aplicar, no una preferencia por una de las partes del litigio.

En el transcurso de su trabajo, la jueza examina los argumentos a favor de su nueva interpretación jurídica y los mejores argumentos en contra, con un espíritu de fidelidad hacia los materiales. Pero lo hace con una meta: establecer que la solución legislativa que prefiere es la solución jurídica correcta. En la persecución de esta meta, ha sido cualquier cosa excepto neutral en el uso de sus recursos. Ha invertido mucho tiempo ideando una estrategia, hurgando en los libros, manteniendo todo el tiempo un ojo alerta para retazos de material que podrían llegar a ser útiles en la construcción de su argumentación.

Para el desarrollo de la mejor argumentación contra su posición, ha tenido una motivación defensiva. Esto es, ha intentado pensar lo que diría contra su alternativa alguien que estuviera tan determinado a sostener la primera impresión como ella lo está a desbaratarla. Cuando considera que tiene una buena respuesta para las objeciones que se le ocurren, detiene su indagación y prosigue con la tarea positiva de apuntalar su propia posición, imaginando otras objeciones para refutar.

Por cierto, en este proceso ella se ha sometido de buena fe al riesgo de ser persuadida por el bando opuesto. Se ha abierto real y sinceramente a la posibilidad de que cada argumento a favor de su primera impresión fuera correcto y ha estado dispuesta a darse por vencida ante ellos si no podía contestarlos. Pero de todos modos tiene un "proyecto" identificable, una dirección en la que se mueve (cambiar la norma injusta por una justa). Desde su punto de vista, será una derrota si (como suele suceder) no logra encontrar una manera de sortear la norma injusta.

Ahora supongamos que la activista tiene una noción legislativa de lo que sería mejor, pero anticipa desde el comienzo del proceso de interpretación que no hay una respuesta que sea claramente la mejor desde la perspectiva interna de la fidelidad a los materiales. Trabaja para encontrar la estrategia interpretativa que pueda superar esta primera impresión estableciendo que la fidelidad exige el resultado conservador que ha elegido con fundamentos legislativos.

Si llega a la conclusión de que el derecho impone la interpretación "equivocada", luchará contra esa conclusión, pero se someterá a ella si no puede elaborar una buena argumentación jurídica en sentido contrario. Si acaba teniendo la sensación de que los argumentos para las interpretaciones alternativas están equilibrados de forma lo suficientemente pareja como para que haya un margen de elección a la hora de decidir entre ellos, decidirá de acuerdo con su opinión (predeciblemente conservadora) de qué es lo justo en esas circunstancias, y escribirá una sentencia argumentando de la mejor manera posible que ese resultado era jurídicamente necesario.

Lo que se quiere afirmar con esto es, primero, que muchos jueces son activistas restringidos y crean una porción considerable y trascendente de derecho a través de sus decisiones judiciales y, segundo, que los resultados que alcanzan los jueces activistas restringidos conservadores son diferentes de los que alcanzan los liberales con el mismo enfoque. La manera en que despliegas tus recursos entre estrategias de trabajo alternativas, en respuesta a tu reacción inicial ante los materiales, marca una gran diferencia. Los jueces liberales que trabajan duro y bien encontrarán buenas

razones, razones incluso aparentemente (para ellos) concluyentes, en favor de soluciones liberales a cuestiones de interpretación. Los jueces conservadores encontrarán soluciones en el sentido contrario.

En tercer lugar, si la jueza conservadora, a través del trabajo, logra hacer que el resultado conservador parezca necesario, podríamos decir que ha cambiado el mandato del derecho respecto de lo que inicialmente parecía ser. Este cambio fue *permitido* por los materiales, toda vez que de otra manera la jueza no podría, al final del proceso, estar operando bajo la restricción de la fidelidad interpretativa. Pero no fue *mandado* o impuesto por ellos. Ciertamente el derecho pareció hablarle a la jueza, en la primera instancia, generando al parecer por su propia fuerza una vivencia de certeza sobre lo que exigía. Pero "él" no le dijo a la jueza que lo cambiara, o qué tenía que poner en su lugar.

EL JUEZ MEDIADOR

La lógica de los precedentes de la Corte sugiere que las recusaciones sin causa^{*} deberían ser abolidas enteramente porque el derecho a votar en jurados es un derecho político fundamental. Pero la jueza O'Connor una vez más intentó mediar sugiriendo en una opinión concurrente que los acusados y los litigantes civiles, pero no los fiscales, deberían poder continuar discriminando a los jurados sobre la base del sexo.

La jueza O'Connor es una abogada muy inteligente, con un instinto político muy sensible [...]. Parece creer que al rechazar la posición extrema de los conservadores y de los liberales en cada caso, y al tratar de demarcar un compromiso judicial, está actuando como la voz de la moderación razonable (Rosen, 1995).

* Se trata de la posibilidad que tiene en los Estados Unidos cada una de las partes sometida a un juicio por jurado de excluir, en audiencia previa, a algunos de los ciudadanos convocados para integrarlo, sin necesidad de dar justificación alguna. [N. de T.]

La postura del juez mediador es, desde el punto de vista del observador externo, más pasiva que la del activista restringido. Él ha desarrollado una idea sobre la manera en que los grupos de interés persiguen el conflicto ideológico a través de las decisiones judiciales. Está orientado hacia este aspecto de la decisión judicial exactamente de la misma manera que los otros participantes. Pero utiliza este entendimiento para figurarse lo que los "ideólogos", sus colegas activistas restringidos, considerarían interpretaciones liberales y conservadoras óptimas de las normas, y luego elige una interpretación que se ubica en el medio. Esto es posible porque la estructura ideológica de los materiales es un *continuum*. La norma liberal y la norma conservadora son los polos, entre los cuales hay una serie de posiciones "moderadas".

Esto no se contradice con el carácter de "o lo uno o lo otro", o binario, de la decisión judicial. Es verdad que gana una parte o la otra, pero generalmente hay varias interpretaciones de las normas según las cuales el demandante gana, y varias que producen la victoria del demandado. Al juez mediador le interesa la estructura de las normas, más que las partes particulares del litigio. Con mediación me refiero a la elección de una formulación de la norma, de una interpretación —más que una toma de posición en favor de una de las partes— que es "moderada" desde el punto de vista ideológico.

Desde el punto de vista de un observador que intenta predecir su comportamiento, el mediador está *controlado* por la ideología, aun si se trata de la ideología de otros, aunque se abstenga de todo compromiso ideológico. Ello se debe a que él media predeciblemente entre las diferencias de posición ideológica de otros. Deja que los ideólogos decidan indirectamente por él al plantear una elección y luego rechazarla eligiendo el medio.

EL JUEZ BIPOLAR

El juez bipolar combina rasgos de los otros dos tipos. A veces trabaja duro para desarrollar una posición liberal fuerte respecto de un tema, y parece un activista restringido. Pero en el siguiente caso, favorece con igual fuerza una posición conservadora, tam-

bién a la manera de un activista restringido, pero con el compromiso opuesto. El observador externo considera que este juez tiene el proyecto de construir una carrera judicial mediadora, más que una sentencia mediadora para un caso particular.

Su sentencia en un caso dado será difícil de diferenciar de la que produciría un juez activista restringido que estuviera del mismo lado, excepto porque no buscará promover el proyecto liberal o conservador a lo largo de una serie de casos. (Aunque el juez bipolar bien puede haberse inclinado hacia un lado o el otro en un determinado campo jurídico, con un sentido tan claro de la estrategia a largo plazo *para ese campo* como el de un colega activista.)

Lo que hace que este juez sea bipolar es que tiene una tendencia constante a alternar entre las ideologías a lo largo del tiempo. Supongamos que eres un abogado litigante que presenta un caso con una fuerte carga ideológica ante su juzgado en un momento en el que ha dictado varios fallos consecutivos desde una posición liberal. Hay una probabilidad mucho mayor de que favorezca una interpretación conservadora de las normas en tu caso de la que habría si ese mismo caso se le hubiera presentado hacia el final de una seguidilla de sentencias conservadoras.

Puedes predecir que probablemente muchos aspectos del caso resultarán afines a su particular temperamento judicial, o a su anterior patrón de alternancia entre bandos. Pero también es cierto que su temperamento judicial tiene una estructura general independiente de esas particularidades: es bipolar. No pertenece a un campo ideológico. Pero al igual que con el mediador, predecimos su comportamiento sobre la base de nuestro conocimiento de las producciones ideológicas de otros. Las producciones de otros definen las alternativas entre las que él fluctúa. A diferencia del mediador, él "se deja ir" y participa activamente en la construcción de las posiciones ideológicas de las que al mismo tiempo es "independiente". Sus sentencias liberales influyen en la evolución del "bando" liberal, así como sus sentencias conservadoras influyen en el conservadurismo. Pero luego de intervenir, se retira. La independencia resulta ser otra forma de compromiso.

LA INTERPRETACIÓN DEL COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO

Ante el reconocimiento del comportamiento estratégico podríamos responder, por supuesto, intentando descubrir, en cada caso, cuál era la interpretación correcta, como opuesta a la que resultó del camino estratégico adoptado por el juez activista restringido, por el mediador y por el bipolar. Podríamos preguntar, en otras palabras, en qué sentido la norma elegida es diferente de lo que habría resultado si los jueces hubieran "sólo interpretado" los materiales jurídicos.

He afirmado en otra parte que es metodológicamente incoherente y prácticamente imposible hacer el análisis centrado "sólo en la interpretación", a menos que tengamos precisamente lo que nos falta: algún otro criterio de corrección jurídica distinto del despliegue plausible de herramientas argumentativas que la cultura jurídica pone a disposición de los jueces para generar el efecto de necesidad jurídica (Kennedy, 1992). A falta de un criterio independiente, no creo que tenga sentido preguntar cómo es que las sentencias de estos jueces resultaron diferentes de lo que habrían sido si hubieran "sólo interpretado" el derecho.

Según lo indiqué en la Introducción, mi plan es utilizar mis tres modelos de jueces en su condición de estrategias ideológicas como elementos de una teoría acerca de la diferencia que implica para el conflicto liberal/conservador el que una parte tan importante de nuestro derecho sea creada a través de un proceso de decisión dentro del que se supone que el liberalismo y el conservadurismo no desempeñan rol alguno. La idea es contrastar el statu quo no con una situación imaginaria en la que los jueces "sólo interpretan", sino con una situación igualmente imaginaria de supremacía legislativa.¹

1 Mis ideas básicas son (a) que el cambio del régimen legislativo ideológicamente motivado es moderado por el trabajo opositor de activistas restringidos, mediadores y bipolares, cuando el régimen tiene que ser elaborado judicialmente, (b) que las fracciones de la *intelligentsia* liberal y conservadora resultan empoderadas, a través de la decisión judicial, para colonizar partes de la estructura jurídica que

Teniendo esto en cuenta, este ensayo aborda a continuación dos aspectos problemáticos de mi descripción de la estrategia judicial. La primera cuestión es si la idea de ideología en tanto liberalismo o conservadurismo puede servir como explicación de lo que hacen los jueces, y la segunda cuestión es si es posible dar cuenta de la posición activista restringida, mediadora y bipolar sin recurrir ni a la idea de engaño consciente ni a la de total inconsciencia.

LA CRÍTICA DE LA IDEOLOGÍA COMO CONCEPTO EXPLICATIVO

El uso que hago de la noción de ideología en mis presentaciones del juez activista restringido, del mediador y del bipolar es obviamente problemático. Los proyectos ideológicos de la *intelligentsia* liberal y conservadora figuran en mi discusión como un "detrás" que es "revelado" cuando descubrimos la plasticidad del razonamiento jurídico.² Pero la mera sustitución del razonamiento jurídico por la ideología en tanto explicación de los resultados está sujeta a la crítica de que la ideología no está más determinada que aquello a lo que reemplaza.

En otras palabras, mi abordaje parece requerir la convicción de que hay una diferencia importante entre entender los resultados jurídicos como la consecuencia de aplicar un método neutral de decisión judicial, y entenderlos como el resultado de la persecu-

no pudieron influenciar a través de la legislación, y que (c) la negación de la ideología en la decisión judicial tiene un difuso efecto legitimador.

2 Espero que el lector recuerde que no intenté probar que el razonamiento jurídico nunca podría producir una clausura o que la vivencia de estar obligado es mera ilusión. Mi meta era sólo mostrar que hay lagunas, conflictos y ambigüedades, que éstas son una función del trabajo jurídico tanto como de los materiales con los que el juez trabaja, que la vivencia de "libertad" para moldear el campo jurídico es común, y que uno no puede afirmar con certeza que cuando se produce la clausura, ésta sea un producto de una propiedad del campo más que de la estrategia de trabajo adoptada bajo restricciones particulares.

ción de proyectos ideológicos. Esta estrategia parece exponer la indeterminación del nivel superficial del discurso en pos de acceder al nivel "real", que es la ideología.

Pero las ideologías son ellas mismas "textos" que cada juez individual tendrá que interpretar antes de poder decidir qué es lo que exige su compromiso político presupuesto. Decir que el juez es un activista restringido liberal no nos dice lo que el liberalismo "exige" en cualquier caso particular dada la posibilidad del comportamiento estratégico dentro del proceso de interpretación ideológica.

La jueza consultará los "principios" y "valores" que supuestamente conforman o subyacen al liberalismo, en contraste con los del conservadurismo, y luego considerará alguna lista de ejemplos canónicos de principios y valores en acción. El problema es que las ideologías como sistemas de discurso, y la gente que las desarrolla para satisfacer el interminable flujo de nuevas cuestiones, están sujetas a la crítica de que son internamente inconsistentes o contradictorias. Mientras que dentro de cada proyecto hay una presión constante para reconciliar las contradicciones y desarrollar teorías sobre lo que hace o debería hacer que la ideología sea internamente coherente, no existe consenso sobre cómo hacerlo ni sobre si se ha logrado.

En esta situación, cabe preguntarse qué es lo que "determina" la posición liberal o la conservadora respecto a una nueva cuestión: por ejemplo, el discurso del odio [*hate speech*] en la universidad. Si cada ideología emplea los mismos principios abstractos (derechos, regla de la mayoría, imperio de la ley, moral judeocristiana, libre mercado con redes de contención, por ejemplo), y cada una se desplaza de un lado al otro entre un pequeño conjunto de argumentos de nivel inferior (a favor y en contra del paternalismo, a favor de la igualdad sustantiva o de la igualdad formal, por ejemplo), entonces parecería que cuando surja un nuevo caso será una cuestión a desarrollar cómo aplicar la ideología.

Desafortunadamente, esto soslaya la dificultad de decidir lo que el liberalismo y el conservadurismo "son". No es sólo que hay movimientos de una posición a otra, digamos, de favorecer el paternalismo en el dormitorio a privilegiar la autonomía en el directo-

rio, etcétera, sino también que los liberales y los conservadores están decididos a no "ir demasiado lejos" hacia la izquierda o hacia la derecha (Bobbio, 1994). Los liberales llevan adelante sus compromisos con la igualdad económica sustantiva y la igualdad formal de estatus sólo hasta cierto punto, y en ese punto, bastante abruptamente, dan una "voltereta" y se reúnen con sus adversarios en nombre de la moderación.

Empiezan a hablar, digamos, de los niños, con una retórica más paternalista y sentimental que orientada hacia los derechos o igualitaria, y hablan de los peligros de la "nivelación" o de la "guerra de clases", o incluso de la mera "redistribución" en la política económica. En este punto, suenan como conservadores, excepto en que "trazan la línea" un poco más a la izquierda. Los conservadores hacen lo mismo del otro lado: en algún punto, cuando la red de contención, desde una perspectiva liberal, ha sido todo menos abolida, los conservadores retroceden ante el abismo y adoptan la retórica del Estado de Bienestar que habían denunciado afanosamente como criptocomunista.

Esto significa que hay dos dimensiones de potencial incoherencia que amenazan constantemente a cada bando, a saber: (a) el problema de reconciliar opiniones en ámbitos diferentes (para los conservadores, su retórica antipaternalista en economía con su retórica paternalista sobre la cuestión social) y (b) el problema de explicar, dentro de un ámbito determinado, por qué trazan una línea particular en lugar de "llevar la posición hasta su extremo lógico" (para los liberales, la razón por la que no están a favor de una completa redistribución de la riqueza, por ejemplo).

En resumen, las ocasiones para el comportamiento estratégico al elegir una interpretación de la ideología propia serán al menos tan numerosas como las que hay para elegir una interpretación de los materiales jurídicos. Supongamos que la cuestión es la regulación universitaria del discurso del odio. Concurren el compromiso liberal con las libertades civiles y el compromiso liberal con la justicia racial. Están dadas todas las instancias particulares de la defensa liberal del discurso comunista, por más "odioso" que sea, y del apoyo liberal a las normas fuertes contra el hostigamiento racial y sexual en el lugar de trabajo.

Supongamos que, tras un primer examen, la activista restringida liberal considera que su propia ideología liberal "exige" que se invalide esa regulación. Si este resultado "no le gusta", puede disponerse a trabajar para reformular los principios y valores liberales y reconfigurar los precedentes liberales de manera que el resultado cambie. Posiblemente no sea capaz de elaborar una argumentación liberal convincente contra la regulación y termine sintiéndose "obligada" por la ideología a un resultado que no le gusta. Pero tal vez el arduo trabajo ideológico conduzca a la opinión de que el caso puede ser resuelto de cualquiera de las dos maneras por un liberal, o a la opinión de que cualquier buen liberal tiene que apoyar las regulaciones.

Por supuesto, podríamos decir que la ideología liberal "realmente" exige uno u otro resultado. Un juez puede pensar que el liberalismo exige la regulación del discurso discriminatorio, pero nosotros podríamos concluir que está equivocado porque el liberalismo lo prohíbe. Si tuviéramos mucha confianza en que las ideologías tienen esta potencia cuando se las aplica correctamente, podríamos apelar a la noción de proyecto ideológico como explicación de los resultados judiciales, aun si admitiéramos que los jueces a veces cometen errores.

Es posible que el crítico interno de este uso de la noción de proyecto ideológico no sea capaz de "probar que no puede hacerse". Pero sí apuntará persistentemente a las fallas internas en las demostraciones existentes de cómo se aplican los principios liberales o conservadores en la práctica. Por lo demás, también hay muchos casos en los que el razonamiento liberal supuestamente determinado es insensible a versiones alternativas del liberalismo que tienen aparentemente igual derecho a la legitimidad.

Dentro de los "bandos" ideológicos hay diversos grupos con posiciones diferentes, e incluso diferentes "subideologías". A veces esto se manifiesta en términos de las comunidades de base sobre las cuales se apoyan. Los republicanos liberales de la vieja alta burguesía WASP,* con su progresismo en cuestiones sociales y de derecho ci-

* Sigla de *White, Anglo-Saxon and Protestant* ("Blanco, anglosajón y protestante"), características de pertenencia social a través de las que

vil combinado con su apoyo a los negocios y la postura antirregulatoria, son muy diferentes de los libertarios, de los judíos neoconservadores, de los norteamericanos blancos de clase media fundamentalistas de la cuestión social, y de los conservadores negros. Las feministas, los integrantes de la Coalición Rainbow,* los defensores de los derechos civiles, los sindicalistas progresistas y los ambientalistas, por nombrar unos pocos, coexisten dentro del bando liberal.

— Mi definición de proyecto ideológico admite los conflictos o incoherencias entre las premisas teóricas, así como las inconsistencias entre las diferentes prácticas y entre la teoría y la práctica. También contempla una "pertenencia" fluida al proyecto y el desacuerdo sobre quién está dentro y quién fuera. Nada de esto es inconsistente con la vivencia de clausura, pero ciertamente vuelve inverosímil la afirmación de que la ideología liberal o conservadora va a brindarnos una explicación más ajustada de los resultados que la interpretación neutral del derecho.

— De hecho, el paralelismo entre ideología y legalidad sugiere una indagación de los modos en que la falsa creencia de la gente en la determinación de su propia posición ideológica desvía el curso de la política democrática. Y luego podríamos ir detrás de la ideología para intentar descubrir cómo es que los jueces deciden, por ejemplo, que "no les gusta" oponerse a la regulación del discurso del odio en la universidad, incluso a pesar de que en principio consideraban que su propio liberalismo exigía esa oposición.

— Por ejemplo, podríamos seguir a Jerome Frank y recurrir a una explicación en términos del "temperamento judicial" (Frank, 1930). Luego podríamos explicar el temperamento en términos

los grupos más tradicionalistas de los Estados Unidos se diferenciaban respecto de linajes considerados "inferiores" como negros, judíos, indios, etcétera, a quienes discriminaban y perseguían violentamente. Adn se utiliza, a veces en sentido irónico, como una suerte de canon de "pureza" o alta alcurnia. [N. de T.]

* Organización de derechos civiles fundada por el reverendo Jesse Jackson. [N. de T.]

de las experiencias infantiles. Pero cada nivel, de la legalidad a la ideología y al temperamento, requiere que "el sujeto" interprete, y permite una estrategia interpretativa basada en el nivel que está detrás. (Aunque en cada nivel hay también vivencias de clausura, de restricción por el texto.) En cada nivel, el intento de persuadirnos de que lo que pasó fue causado o exigido por el texto se enfrentará a la objeción de que el mismo texto podría haber producido el resultado opuesto si el actor hubiera perseguido una estrategia interpretativa diferente.

Al principio podría parecer que la regresión infinita de la interpretación invalida uno a uno cada "detrás", de manera tal que "la explicación es imposible". Esto no me parece correcto. Tratar las ideologías como "proyectos" es reconocer o afirmar la incoherencia de sus componentes teóricos, con la esperanza de que sin embargo seremos capaces de distinguir el liberalismo y el conservadurismo para nuestros propósitos prácticos debido a que hay otros factores distintos de la coherencia interna que los "estabilizan".

Por "estabilizador" entiendo algo que contribuye a nuestra sensación de que estamos hablando significativamente cuando afirmamos que alguien "es" liberal, o que una posición "es" liberal, o que "los liberales, pero no los conservadores, se enfrentan a una difícil elección respecto a una cuestión particular". La idea básica es que el proyecto es una entidad lo suficientemente estable como para tener utilidad analítica, porque es más que una teoría: también es una actividad grupal autoconsciente con una historia y con una dimensión práctica.

Algunos de los estabilizadores que nos permiten pensar que sabemos de lo que estamos hablando cuando hablamos de liberalismo y conservadurismo son los siguientes:

- Consenso autoconsciente: es liberal resolver de una manera particular sobre una cuestión nueva si los liberales dicen que es liberal, y nos aseguramos si los conservadores también dicen que es liberal.
- Historia: una posición es liberal si la gente que se llamaba a sí misma liberal pensó en algún momento

- pasado que tal posición se seguía de premisas liberales y la incorporó a su programa como tal.
- Posición estructural frente a las alternativas: es liberal si está situada entre una posición conservadora bien definida y posiciones comunistas o anarquistas igualmente bien definidas; es conservadora si está situada entre una posición liberal bien definida y posiciones fascistas o de ultra libre mercado.
- Coherencia local: es liberal si está tan cerca de muchas otras posiciones liberales similares y bien definidas, que sería extraño resolver de manera contraria, dado lo mucho que ya está asentado en las inmediaciones.

Espero que resulte evidente que no estoy afirmando nada ligeramente "científico" u "objetivo" sobre esta manera de usar los términos "ideología", "liberalismo" y "conservadurismo". Habrá mucho espacio para el desacuerdo, después de la aplicación meticulosa de todos los tests que he mostrado, sobre si una persona o una posición particular es una cosa o la otra.

Para el observador abocado a un proyecto de teoría social crítica, lo que necesita ser explicado es *el acontecimiento* (la elección judicial de una norma), y cada nivel de textualidad "detrás" del acontecimiento es útil. Como observadores críticos, a veces sentimos que "sabemos lo que está ocurriendo", al punto de llegar a una clausura explicativa, a través del proceso de multiplicar los niveles disponibles para comprender el accionar del juez. Mientras no esperemos más del esfuerzo explicativo que estas experiencias de clausura, la regresión infinita presenta oportunidades para una descripción más rica y para respuestas más inteligentes, más que para un desastre metodológico.³

3 No es posible "salvar" ninguna versión racionalista de la explicación interpolando una distinción "texto/acontecimiento" a último momento. Pero esa no es la meta. Lo importante en el texto es que a veces alcanzaremos el cierre explicativo, en el sentido de que nos sentiremos restringidos, por nuestra teoría sobre las causas por las que el caso se resolvió de la manera en que se resolvió, a responder

A mi modo de ver, este tipo de crítica resulta amenazante, no para la explicación en abstracto, sino para el tipo particular de explicación a través de la ideología que los izquierdistas, por razones izquierdistas, han querido incorporar a la teoría social crítica. Mi ataque hipotético contra el uso que yo mismo hago del concepto de ideología no es más que el último incidente de un ataque continuo a esta intención izquierdista. Mi teoría fue diseñada para resistir este ataque, a la manera del último párrafo.

Pienso, en otras palabras, que los efectos de moderación, empoderamiento y legitimación pueden ser consecuencias plausibles de la decisión judicial incluso si se concede que el liberalismo y el conservadurismo no son más determinados en cuanto explicaciones de resultados (elección de normas) que el imperio de la ley, e incluso si no nos resulta más productivo abordar otro nivel hacia atrás. La sensación ocasional de clausura explicativa que este tipo de interpretación ideológica de la decisión judicial produce me parece una base más plausible para trabajar en pos del proyecto de la izquierda, aun si a menudo el liberalismo y el conservadurismo no resultarán de utilidad para propósitos explicativos más ambiciosos.

UNA PSICOLOGÍA DEL COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO

Podríamos tratar mis descripciones de jueces típicos como hipótesis empíricas sobre patrones de resultados. Podríamos tratar de verificarlas usando nuestras propias definiciones "externas" de resultados liberales y conservadores, determinando caso por caso lo que consideramos que eran "realmente" las restricciones

de una manera particular. Si nos sentimos contrariados a llegar a la conclusión de que la jueza resolvió como lo hizo debido a que se sintió restringida por su entendimiento de su propio liberalismo, entonces tendrá sentido ofrecerle una versión alternativa del liberalismo, invertir energía en la crítica interna. Si pensamos que fue sobornada, o que odia a los demandantes, esa estrategia parecerá una pérdida de tiempo, y actuaremos concordantemente. Esta versión pragmática de la explicación es suficiente para mí.

impuestas por la fidelidad interpretativa, e identificar después jueces como activistas restringidos, mediadores y bipolares sin ninguna referencia a sus estados mentales mientras juzgaban. Ya debería resultar claro por qué éste no es un camino plausible para mí. Primero, es difícil producir definiciones externas de liberalismo y conservadurismo. Segundo, no creo que sea posible determinar cuáles fueron "realmente" las restricciones impuestas por la fidelidad interpretativa.

Alternativamente, podríamos ver lo que los jueces hacen como una estrategia consciente, o como una estrategia verdaderamente inconsciente, como una estrategia reprimida. Creo que cada una de estas alternativas es útil a veces. Pero he escogido un cuarto camino. En mi descripción los jueces son semiconscientes. Ésta es la postura característica de mediación en un conflicto a través de la negación, o la "mala fe". Una descripción como ésta me parece más realista de hecho que la conciencia y la inconsciencia, pero en la elección de esta estrategia hay más en juego que la pregunta siempre intrigante de qué creen los jueces que están haciendo.

Otra razón para insistir en la psicología de la negación o de la mala fe es que si los jueces son capaces de operar sin enfrentar abiertamente el carácter problemático de su rol, es más plausible que nadie más lo enfrente tampoco. El elemento ideológico es una suerte de secreto, como un secreto familiar —la relación incestuosa entre el abuelo y mamá— que afecta a todas las generaciones como algo que se sabe y se niega a la vez. Se trata de un fenómeno psicológico colectivo, social, con consecuencias políticas (los efectos de moderación, empoderamiento y legitimación). Podría ocurrir incluso si los jueces fueran manipuladores ideológicos conscientes que engañaran a un público que quisiera ser engañado, pero tendría entonces la inestabilidad de cualquier conspiración que involucre a muchos miles de personas y que tenga que renovarse constantemente reclutando nuevos Grandes Inquisidores.

Mi manera de abordar el asunto es empezar con la psicología de la negación en un juez individual y luego sugerir mecanismos a través de los cuales la psicología del actor de la historia es

adoptada por la audiencia para la acción. Los jueces mantienen el secreto, incluso ante ellos mismos, en parte porque los participantes de la cultura jurídica y de la cultura política general quieren que lo hagan. Todos quieren que sea verdad que no sólo es posible sino también habitual que los jueces juzguen desprovistos de toda ideología. Pero todos están al tanto de la crítica, y todos saben que la teoría ingenua del imperio de la ley es una fábula, y aquellos que lo saben sospechan que las versiones sofisticadas de la filosofía del derecho contemporánea no son mucho mejores.

*La negación: no sólo un río en Egipto**

¿Qué significa decir que el juez está “negando”? Tiene que haber algo más involucrado que un acto de habla** familiar: cuando se le preguntó si su actuación había estado influenciada por la ideología, él respondió “no, no lo estuvo”. La negación, en el sentido que nos interesa, es un acto de habla que tiene una motivación particular. Cuando imputamos negación, queremos significar que escogemos una interpretación psicológica del acto. Al igual que con la imputación inicial que atribuye una “motivación ideológica” a un juez, no hay manera de probar o verificar que el juez está incurriendo en negación.

* *Denial is not just a river in Egypt* es un juego de palabras muy difundido en el lenguaje coloquial norteamericano. “Denial” (negación) y “the Nile” (el Nilo) tienen una pronunciación muy parecida en inglés. Siendo Kennedy un maestro en la utilización de símbolos (conf. Peter Goodrich, 2001), es razonable pensar que la invocación de este habitual juego de palabras no es irrelevante o casual. Tiene que ver con el posicionamiento que Kennedy pretende para su “análisis psicológico”. En él, el autor trabaja a partir de nociones que casi han pasado a formar parte del sentido común norteamericano (“psicología pop”), más que desde un empleo técnico-complejo o demasiado pretensioso de la teoría psicoanalítica, ante la que se posiciona como un “agnóstico posfreudiano”. [N. de T.]

** El concepto de “acto de habla” corresponde a la filosofía del lenguaje, y se refiere a aquellos casos en los que decir algo es hacer algo, o en los que al decir algo estamos haciendo algo, que se conocen también como enunciados performativos. [N. de T.]

Este uso de la "negación" se originó en la teoría psicoanalítica, en la interpretación que Freud hizo de los celos (véase S. Freud, 1992b), por ejemplo. Sin embargo, Anna Freud le dio un renovado impulso (A. Freud, 1961), y ha pasado al discurso popular norteamericano de los *talk shows* diurnos y de los programas de doce pasos* ("Él ha estado negando su alcoholismo por años" o "Ella ha estado negando cómo la engañaba su pareja por años"). Mi versión es una adaptación de ambas fuentes, y de las ideas relacionadas de mala fe y disonancia cognitiva, para el propósito particular que nos ocupa. Este tipo de interpretación de la psicología judicial tiene una genealogía de realismo jurídico.⁴

Usamos la palabra "negación" como una interpretación de una pieza de comportamiento que no está en sí misma en discusión: estamos de acuerdo sobre lo que se dijo o se pensó, y queremos descubrir qué es lo que está "detrás" de ello. Sentimos la necesidad de ir "detrás" porque estamos de acuerdo (el intérprete y la audiencia para la que se hace la interpretación) en dos cosas.

Primero, estamos de acuerdo en que lo que el actor ha dicho es una representación equivocada de su propio deseo, emoción, opinión o intención, o de hechos externos importantes relacionados

* El "programa de doce pasos" es un método para superar adicciones, ordenado a partir de doce principios básicos o "pasos" que guían el proceso de recuperación. [N. de T.]

4 Altman (1990). Mi enfoque difiere tanto de las primeras versiones realistas como de la de Altman no en mi definición de negación, sino en la especificación de qué es lo que se está negando y por qué. En mi opinión, la específica psicología del jergar que propone Altman se encuentra viciada por su incapacidad para distinguir claramente entre (a) "aplicar una norma" y (b) "respetar el derecho" en el trabajo de interpretación (elección normativa), y por su consecuente incapacidad para distinguir claramente entre lo que llama activismo y lo que llama manipulación. Su desarrollo del paralelismo entre mecanismos de defensa y disonancia cognitiva es útil, pero no parece haber una diferencia tal entre los vocabularios que amerite incorporar la teoría de la disonancia cognitiva a la discusión, más allá de la mención en el texto. La reconstrucción de Altman de la "posición de los Critical Legal Studies" sobre la indeterminación (333-47) es incluso más extravagante que lo que él describe como la "caricatura" de mi posición (309 n. 48).

con su situación, pero en el sentido especial de un "rechazo a reconocer", "rechazo a advertir", "rechazo a admitir". La negación requiere algo como el "rechazo" porque presupone que hay evidencia para la cosa negada, o una afirmación de ésta por alguien distinto del actor. Cuando digo que los jueces "niegan" el rol de la ideología en sus decisiones, está implícito que, a mi modo de ver, la ideología sí desempeña un rol de hecho. En este sentido, el negador está siempre equivocado.

Segundo, estamos de acuerdo sobre lo que la representación equivocada *no* es:

- No es meramente convencional, como cuando le preguntamos al enfermo terminal "¿cómo estás?" y él responde "Bien, ¿y tú?". Cuando los jueces escriben sus sentencias en el lenguaje de la necesidad jurídica, se trata sólo de una convención; cuando decimos que incurren en negación, queremos decir que al menos parcialmente creen en la convención.
- No es una representación equivocada consciente, deliberada, estratégica, ni una mentira diseñada para engañar a la audiencia sin que quien habla crea en absoluto en su verdad (los jueces no están intentando engañarnos conscientemente sobre el rol de la ideología en la decisión judicial).
- No es una falla cognitiva o un error azaroso. Podemos alcanzar esta conclusión porque tenemos más datos que la afirmación en sí misma, como en el ejemplo "No estoy enojado", gritó, con las venas inflamadas". O bien, quien habla puede repetir la representación equivocada después de "desechar" el *feedback* o los nuevos datos que la audiencia cree que "normalmente" lo harían corregirla; nuevos datos que pueden tomar la forma, por ejemplo, de una devastadora crítica de la decisión judicial.

Si estas condiciones se cumplen, es una práctica común buscar una explicación "psicológica". Me refiero a una explicación que

atribuye la persistencia de la representación equivocada a las necesidades o a los deseos de aquel que habla. El tipo de necesidad o deseo en cuestión es específico y complejo. Lo llamamos negación cuando tenemos la idea de que si el que habla reconociera la verdad sobre un hecho externo, o sobre su propio deseo, emoción, opinión o intención, experimentaría una dolorosa angustia. La motivación para la negación es prevenir o deshacerse de esta angustia.

Hay todavía otro nivel, otro "detrás": lo que causa la angustia, o la causaría en ausencia de negación, es un "conflicto" intrapsíquico, en el sentido de una elección dolorosa. Puede ser un conflicto entre deseos contradictorios, o entre la conciencia y el deseo, o entre un deseo y el temor a las consecuencias de actuar de acuerdo con él, o simplemente entre versiones contradictorias de la realidad, donde esa elección tiene implicancias importantes, y así sucesivamente.

En el uso común, la negación es la manifestación verbal de una especie particular de pensamiento desiderativo [*wishful thinking*]. El deseo es que un conflicto que produce angustia, uno que la audiencia ha decidido que es "real", debe desaparecer. Quien habla resuelve el conflicto y disipa la angustia al liberarse "falsamente" de uno de los dos elementos en conflicto, por ejemplo negando el enojo en una situación en la que uno no debería enojarse, o negando que uno siente una compulsión a beber porque admitirlo requeriría que uno decida si dejará de hacerlo o no.

Los tres tipos de jueces como negadores

Lo que sigue es una reconstrucción imaginativa de mis tres tipos de jueces como negadores. Es una interpretación basada en la evidencia de sentencias leídas en su contexto histórico, sumada al tiempo que pasé en conferencias judiciales. No estoy diciendo que todos los jueces nieguen el rol de la ideología, o que aquellos que lo niegan lo hagan todo el tiempo, o incluso que todos los jueces estén influenciados por la ideología. Como dije más arriba, algunos jueces simplemente están desorientados, o abocados a agendas que no son en absoluto ideológicas en el sentido en que he venido usando el término. De otros puede considerarse que son aleatorios, o que

operan sobre la base de motivaciones verdaderamente inconscientes que son demasiado complejas y también inaccesibles. Y en muchos casos, los jueces se sienten restringidos por el texto, de manera tal que sus inclinaciones estratégicas liberales, conservadoras, mediadoras o bipolares resultan ser irrelevantes para el resultado, al menos desde su propio punto de vista.

En la medida en que supongamos que un número significativo de jueces son activistas restringidos, mediadores y bipolares, y que han intervenido en la creación de mucho derecho importante que estas posturas ideológicas pueden justificar de manera adecuada, el análisis debería ser interesante. Debería ser interesante incluso si pensamos que siempre hay una respuesta jurídica correcta, que es la misma cualquiera sea nuestra posición ideológica "personal"; también debería ser interesante si pensamos que algunos jueces se comportan de la manera descripta al menos cierta parte del tiempo.

La *activista restringida* acepta la restricción de la fidelidad interpretativa. Pero cuando piensa que esta obligación va a requerir que ella alcance un resultado injusto, o cuando ve una textura abierta, trabaja para cambiar el significado de los materiales en la dirección de lo que hemos decidido que es su propia ideología. Cuando escribe sus sentencias, obedece la convención que le exige presentar el resultado como totalmente determinado por los materiales y por su razonamiento. Contra la acusación de que el imperio de la ley significa que no haya ideología al juzgar, su respuesta es una sentencia que niega que la ideología haya tenido algo que ver. No hace ninguna referencia al rol que ha desempeñado la estrategia ideológica en su proceso de trabajo.

He tenido conversaciones con tres sofisticados jueces activistas restringidos, dos liberales y uno conservador, en "privado", por así decir. Los dos liberales negaron, a la manera de Cardozo, que la ideología desempeñase rol alguno en sus decisiones, aunque coincidieron totalmente en que el razonamiento jurídico era a menudo indeterminado; que la política era una influencia constante; que a ellos se los percibía como liberales judiciales y a menudo como "partidistas"; y que los liberales, pero no los conservadores, habían apoyado sus iniciativas judiciales más importantes.

Ambos jueces liberales también dijeron que intentaban moldear el derecho "en respuesta al desarrollo de la sociedad". Pensaban que las respuestas liberales a problemas sociojurídicos, tales como la responsabilidad por el producto o las cuestiones entre locadores y locatarios, se correspondían mejor con las "necesidades" de la sociedad que las respuestas conservadoras. Por eso ellos elegían esas respuestas, reconociendo humildemente que bien podían estar equivocados. Esto no los hacía actores ideológicos, según su opinión, porque seguían siendo agentes libres, tomando sus decisiones en función de los méritos, sin ninguna lealtad o compromiso interno con la ideología que estaban implementando a lo largo del tiempo. El juez conservador fue mucho más "cínico". Consideraba que sus colegas liberales eran inconscientes o hipócritas, y ofreció una descripción sardónica —pero también recelosa— de sus batallas con ellos.

Considero que los activistas restringidos liberales incurren en negación o en mala fe, porque su explicación de cómo son independientes de la ideología evade la crítica en lugar de darle una respuesta. Tanto los liberales como los conservadores, como los jueces activistas, están formalmente comprometidos a poner en vigencia las normas que ven respectivamente como aquellas que responden a la evolución de la sociedad y satisfacen sus necesidades. Lo que los divide ideológicamente es que tienen interpretaciones claramente diferentes de la "sociedad", la "evolución" y las "necesidades". No dudamos en llamar a una persona liberal o conservadora sin otra base que el hecho de que regularmente adopta la interpretación que un "bando" o el otro ha desarrollado a través del tiempo como una aplicación de los principios generales compartidos (derechos, regla de la mayoría e imperio de la ley, ética judeocristiana, economía de mercado con redes de contención) a cada cuestión particular que implica la necesidad y la evolución social.

Es cierto, estos jueces podrían tener una posición ideológica en un sentido más fuerte. Podrían "creer" en el liberalismo o en el conservadurismo como doctrinas y estar comprometidos a trabajar tanto para mejorarlas como para asegurar su triunfo práctico en el mundo. Para ellos es correcto negar que sean ideólogos o partidistas en este sentido más fuerte. Pero la acusación que nos con-

cierte en la crítica de la decisión judicial no es que los jueces están comprometidos, sino meramente que la ideología influye en la decisión.

Si la jueza admite que a través del tiempo ha considerado de manera regular que las soluciones liberales eran más justas que las conservadoras, y en consecuencia ha elegido convertirlas en derecho, ha admitido lo suficiente para validar la crítica. La insípida persistencia en afirmar la independencia cuando el voto de uno es altamente predecible es un ejemplo perfecto de mala fe.

Hay dos tipos de *mediadores*. Un tipo es un moderado en términos ideológicos que media como un activista restringido (centrista). Las preferencias legislativas de este juez corresponden a los resultados que trabaja para generar a través de la decisión. Es un negador e incurre en mala fe, en la medida en que afirma que todo lo que está haciendo es "resolver según su leal saber y entender", sin ningún compromiso con un bando, porque lo que queremos decir con influencia ideológica en la decisión judicial es que existe una orientación regular hacia un conjunto de resultados, más que partidismo o verdadera creencia.

El tipo más interesante de mediador ha internalizado una norma fuerte contra el comportamiento activista de cualquier tipo. La idea que tiene de su rol es que le prohíbe actuar como su colega, que es "conservador por acto reflejo", y también como su colega que es "centrista por acto reflejo". Cree en una de las varias teorías sobre su rol que excluyen una motivación ideológica para el trabajo del razonamiento jurídico, aun si es restringido. Puede ser un reflexivo continuador de la escuela de Hart y Sacks, un dworkiniano, un positivista o un pragmatista feminista, o puede adherir a la visión activista de que el juez debe hacer que el derecho evolucione para satisfacer las "necesidades de la sociedad".

○ Su práctica representa por cierto una versión de la neutralidad, dado que su política "personal" o legislativa, que puede ser liberal, conservadora o centrista, no influye en cómo resuelve. Oficia como mediador incluso cuando piensa que el resultado es monstruoso y que nunca votaría por él si fuera legislador. La ideología no tiene una influencia interna, basada en el compromiso, en su

comportamiento. Influye en él sólo porque él permite que las posiciones ideológicas de otros determinen su posición al estructurar las diferencias que él procede a mediar.

Pero ni siquiera los defensores más revisionistas del imperio de la ley creen que los jueces deberían elegir regularmente el camino de la moderación ideológica, en contra de sus intuiciones acerca de la justicia si fuese necesario, sino, en cambio, que en algún sentido no deberían tener ninguna posición ideológica. Desde el punto de vista de la crítica, la ideología no deja de ser una influencia aunque sólo entre por la puerta de atrás, por decirlo de alguna manera, estructurando sus alternativas.

El tipo del juez *bipolar*, al igual que el mediador, se presenta en dos variantes. Puede ser activista por compromiso personal o legislativo, primero de un lado y después del otro. En este caso es, en términos de la psicología popular, "esquizofrénico". Está sujeto a la crítica de que incurre en mala fe en cada faceta de su personalidad dividida porque en cada una es un activista. O tal vez se lo interprete mejor como alguien que actúa en función de una teoría implícita pero insostenible de la neutralidad judicial: verbigracia, que en tanto no sea consistentemente liberal o conservador no tiene una posición ideológica.

Como los otros dos, quiere que se considere que hace lo que se supone que debe hacer, esto es, que resuelve según su leal saber y entender, sin un compromiso ideológico. Está exento del cargo de tener un compromiso con la moderación porque en cualquier caso dado él puede tomar partido por los liberales o por los conservadores. La manera en que decide un caso particular es manteniendo la mente abierta el mayor tiempo posible, escuchando atentamente los argumentos de ambos lados, y partiendo de la concepción que tiene de sí mismo como alguien que no es ni liberal ni conservador ni moderado, sino un "agente libre".

Éste es su problema: tiene un compromiso con su idea de sí mismo como agente libre, pero pondría en duda ese compromiso si se encontrara resolviendo muy seguido en favor de un bando u otro. Y toda vez que está orgulloso de su independencia y piensa que los otros la reconocen, puede estar influenciado no sólo por sus propias ideas sino también por lo que él piensa que son las

ideas de su audiencia sobre qué proporción de decisiones liberales y conservadoras se necesitan para sostener la afirmación de que se es un agente libre.

Este tipo de juez bipolar difiere del activista restringido porque no comienza preguntándose si estaría a favor de la interpretación obvia de la norma si fuera legislador. No concibe su rol de esa manera en absoluto. Lo que hace es escuchar al abogado o a otros jueces plantear sus argumentos a favor de alternativas ideológicamente organizadas e intentar descubrir cuál "encaja" mejor en el cuerpo de materiales. Adopta primero un punto de vista y después el otro. Finalmente, se compromete. Pero el compromiso está ideológicamente pautado a través del tiempo en pos de mantenerlo independiente.

El mediador no activista, según lo he descripto, es ideológicamente moderado y cree que la moderación no es una ideología. El juez bipolar no activista resuelve los casos según su leal saber y entender, pero resulta que los entiende bajo la restricción de que debe ser capaz de aparecer ante sí mismo, con el tiempo, como alguien que no es ni liberal ni conservador, sin importar cómo reaccionaría a los méritos del caso sin esa restricción.

Ambos tipos son clásicos actores de mala fe, porque se niegan a sí mismos y niegan a los demás algo que, lo saben perfectamente, está sucediendo. No tendrían ninguna posibilidad de lograr sus intervenciones estratégicas altamente pautadas a menos que *alguna* parte de su mente, alguna parte muy cercana a la superficie, estuviera captando las implicancias ideológicas de "cada uno de sus movimientos". Pero tienen una respuesta mucho más astuta, más sofisticada, que la del activista contra el cargo de que tienen una posición ideológica. Nos muestran sus sentencias mediadoras o sus sentencias bipolares en el largo plazo y nos piden que creamos que en verdad están por fuera de la ideología.

Análisis psicológico versus diálogo

No llegamos al análisis psicológico de los jueces norteamericanos si antes no decidimos que, al menos por el momento, no vale la pena continuar nuestra investigación sobre la apreciación que éstos hacen de los méritos de un caso, y, por cierto, que no vale la

pena seguir dialogando con ellos en sus propios términos; y esto porque, por el momento, es más interesante descubrir por qué dicen lo que dicen, asumiendo que es equivocado, que seguir investigando si es equivocado. Puede resultar bastante exasperante ser tratado de esta manera, cuando uno considera que su persistencia en la propia perspectiva está bien fundamentada; es más, que es un ejemplo del "principio de realidad" en acción.

Pero la mera adopción de la postura psicologizante no clausura la posibilidad de que no haya una representación equivocada, de que la perspectiva que estamos por analizar psicológicamente sea correcta. Podemos mantener la mente abierta en cuanto a los méritos, ver qué obtenemos cuando realizamos un análisis psicológico, y volver a debatir sobre los méritos la próxima vez que un juez o un teórico del derecho presente una explicación de su decisión, o de la decisión judicial en general, que sostenga haber excluido lo ideológico. Ése es el punto en el que me encuentro ahora: no afirmo haber demostrado que es imposible excluir lo ideológico, o haber mostrado que lo ideológico está siempre presente, etcétera. Pero no creo en las explicaciones que afirman que siempre puede estar o que de hecho siempre está ausente. De manera que por lo pronto parece que el análisis psicológico vale la pena.

Y, por supuesto, es fácil hacer análisis psicológico en la dirección opuesta. Los compromisos que tienen los radicales con la presencia de la ideología en la decisión judicial serían difíciles de abandonar. Desde mi punto de vista, la insistencia en que el derecho es siempre y en todo lugar ideológico, en que es "una construcción social de principio a fin", etcétera, involucra tanta negación (de lo mecánico) como la posición opuesta. Aquí me veo como el representante del principio de realidad, en la forma de mi propia teoría, que es tan hostil a las críticas globales de la objetividad en el derecho, ya sea que estén hechas desde el viejo ángulo marxista o desde el posmoderno, como a la afirmación de que los jueces siempre pueden ser y de hecho usualmente son neutrales.

LOS JUECES COMO NEGADORES

¿LA NEGACIÓN ES INCONSCIENTE?

Cuando alguien dice "No estoy enojado", o "Mi ideología no tiene nada que ver con ello", y nosotros pensamos que está incurriendo en negación, más que en un gesto de cortesía, una mentira o un error ocasional, es difícil decidir qué nombre darle a la relación que esa persona establece con el hecho verdadero, con su verdadera intención, con su verdadera emoción.

Cuando estamos equivocados sobre los hechos, de una manera ocasional e inmotivada, decimos que "no somos conscientes" de los hechos verdaderos. Cuando mentimos, somos "conscientes" de los hechos. En la represión, tal como la concibe Anna Freud, los impulsos reprimidos real y verdaderamente han "desaparecido": "Pero el yo del niño que ha resuelto sus conflictos mediante la represión, con todas sus secuelas patológicas, vive en paz" (A. Freud, 1961: 57). La negación es una modalidad de defensa mucho menos drástica, que requiere una inversión de energía mucho menor y, tal como los otros mecanismos de defensa no represivos, tiene que ser movilizada "en cada nueva arremetida instintiva" (1961: 59). Cada vez que alguien afirma que el juez tiene un rol ideológico, o que la evidencia lo sugiera, el juez tiene que negarlo, más que ser capaz de deshacerse de él de una vez y para siempre con un solo acto de represión.

Pero el adjetivo "inconsciente" parece muy extraño aplicado a la negación según la he definido. Resulta problemático sostener que para alguien determinado hecho o estado interior es inconsciente cuando esa persona destina una gran cantidad de energía a "evitar saberlo". Cuando afirmamos que estamos frente a un error motivado o a un pensamiento desiderativo, estamos diciendo que hay una parte de la psiquis que registra la posibilidad de una verdad desagradable y que después se moviliza para evitar saberla. Hablar de negación en el sentido psicológico significa que lo que está involucrado es más que un mero acto de habla, y al "más" lo interpretamos como una estrategia para lidiar con un conflicto que produce angustia. Esto presupone que el "estratega" de esta historia sabe más que el obtuso ejecu-

tante del acto de habla en el que se produce la negación. Como dice Sartre:

Por cierto, para quien practica la mala fe, se trata de enmascarar una verdad desagradable o de presentar como verdad un error agradable. La mala fe tiene, pues, en apariencia, la estructura de la mentira. Sólo que —y esto lo cambia todo— en la mala fe yo mismo me enmascaro la verdad. Así, la dualidad del engañador y del engañado no existe en este caso. La mala fe implica por esencia la unidad de una conciencia. [...]

Se sigue, primeramente, que aquel a quien se miente y aquel que miente son una sola y misma persona, lo que significa que yo, en tanto que engañador, debo saber la verdad que me es enmascarada en tanto que engañado. Mejor aún: debo saber muy precisamente esta verdad *para* ocultármela más cuidadosamente; y esto no en dos momentos diferentes de la temporalidad —lo que permitiría, en rigor, restablecer una apariencia de dualidad—, sino en la estructura unitaria de un mismo proyecto. ¿Cómo, pues, puede subsistir la mentira si está suprimida la dualidad que la condiciona? [...]

Se trata de un fenómeno evanescente, que no existe sino en su propia distinción y por ella. Por cierto, estos fenómenos son frecuentes y veremos que hay, en efecto, una "evanescencia" de la mala fe: es evidente que ésta oscila perpetuamente entre la buena fe y el cinismo. Empero, si la existencia de la mala fe es harto precaria, si pertenece a ese género de estructuras psíquicas que podrían llamarse "metaestables", no por ello presenta menos una forma autónoma y duradera; hasta puede ser el aspecto normal de la vida para gran número de personas. Se puede vivir en la mala fe, lo cual no quiere decir que no se tengan bruscos despertares de cinismo o de buena fe, pero sí implica un estilo de vida constante y particular. Nuestra perplejidad parece, pues, extrema, ya que no podemos ni rechazar ni comprender la mala fe (Sartre, 1966: 93-94).

No me parece que la salida del dilema propuesta por Sartre funcione. Pero para nuestros propósitos parece suficiente decir que el negador es semiconsciente, o consciente e inconsciente al mismo tiempo, o bien que el yo quiere su propia inconsciencia respecto de algo que por lo tanto tiene que conocer en algún sentido.

LA NEGACIÓN COMO FENÓMENO COLECTIVO

La idea de que los actores jurídicos en una cultura jurídica determinada pueden embarcarse en una negación colectiva respecto de la verdadera naturaleza de las instituciones tiene vastos antecedentes en la historia jurídica y en la sociología. La versión clásica del problema es la que explica las "ficciones jurídicas". La siguiente es una descripción del fenómeno de la negación en el Derecho Romano, tomada del *Ancient Law* de Henri Maine:

Podría afirmarse entonces de las primeras repúblicas que sus ciudadanos consideraban que todos los grupos a los que afirmaban pertenecer estaban basados en un linaje común. Lo que era obviamente cierto de la Familia se creyó aplicable primero al Hogar, después a la Tribu y por último al Estado. Y sin embargo encontramos que junto con esta creencia o, si se nos permite el término, esta teoría, cada comunidad preservaba registros o tradiciones que mostraban claramente la falsedad del supuesto fundamental [...]. Si tomamos en cuenta solamente a Roma, percibimos que el grupo primario, la Familia, era adulterado constantemente por la práctica de la adopción, mientras que parece haber habido historias siempre vigentes respecto de la exótica extracción de alguna de las tribus originales y sobre un gran aumento de los hogares merced a la acción de uno de los primeros reyes. Aunque en general se suponía que la composición del Estado era natural, se sabía sin embargo que era en gran medida artificial. Este conflicto entre la creencia o teoría, y un hecho notorio, es a primera vista extremadamente desconcertante: pero lo que

realmente ilustra es la eficiencia con que las ficciones jurídicas hacen su trabajo en la infancia de la sociedad. La ficción jurídica más temprana, y la más empleada, fue aquella que permitió que se crearan relaciones familiares de manera artificial, y no creo que haya ninguna otra con la que la humanidad esté más en deuda (Maine, 1917).

Una interpretación psicológica de la negación tiene dos partes bastante distintas. La primera es la decisión de interpretar el acto de habla como una representación equivocada que no es meramente convencional, ni es una mentira o un error azaroso. Éste es, según Maine, el "conflicto entre la creencia o teoría y un hecho notorio". La segunda implica escoger un conflicto o conflictos determinados como la causa de la angustia de la cual la negación se desembaraza en el caso particular. En el caso de la decisión judicial, una cosa es decidir que la negación de lo ideológico al momento de pronunciar la sentencia es una representación equivocada de este tipo, y otra muy diferente es interpretar exitosamente la negación como el producto de conflictos específicos. Maine, en la cita que aparece más arriba, no hace ningún esfuerzo serio por producir una explicación en este segundo nivel, apelando en cambio a la "eficiencia" de las ficciones en la "infancia de la sociedad".

Los conflictos que de manera plausible motivan la negación en los teóricos de la sociedad romana o en los jueces y su público no son las vicisitudes altamente particularizadas de las pulsiones, que a veces parecen útiles para explicar síntomas neuróticos severos o incluso una patología individual severa. La psicología popular moderna basada en los mecanismos de defensa, sin embargo, no está atada a la historia individual de esa manera. A mi modo de ver, lo que hace de Anna Freud no sólo una sintetizadora competente del trabajo de su padre sino también una importante innovadora es, primero, su clara distinción entre represión y otras defensas menos drásticas; segundo, la normalización de los mecanismos de defensa como factores de la vida psicológica; y tercero, su insistencia en una larga lista de

diferentes tipos de conflictos contra los que nos defendemos (A. Freud, 1961: 44-50) .

Estos tres movimientos son los que hacen posible nuestra psicología popular de las defensas, que no tiene nada particularmente "freudiano". En esta versión de la psicología del yo, tanto como en la de Sartre y en la teoría de la disonancia cognitiva, la defensa ya no está íntimamente ligada a la sexualidad en general o al complejo de Edipo en particular. Las defensas son una técnica de autoprotección, pero al mismo tiempo son los mecanismos a través de los que el sujeto construye una "verdad". Su utilidad para entender fenómenos individuales o colectivos se condice perfectamente con el escepticismo postestructuralista epistemológico y ontológico referido a un inconsciente reificado o a un "principio de realidad".⁵

Si muchos jueces niegan el rol de la ideología en sus procesos de toma de decisión (y algunos de ellos mienten), parece plausible buscar un elemento común a su situación que produzca un conflicto, más que un millón de versiones idiosincrásicas del complejo de Edipo.

LA NEGACIÓN COMO RESPUESTA AL CONFLICTO DE ROL.

Es una intuición muy común que si los jueces niegan lo ideológico en sus procesos de toma de decisión, cuando de hecho la ideología está presente, es porque están violando una restricción de rol y no quieren admitirlo. Esto inserta el comportamiento de los activistas restringidos, los mediadores y los bipolares en el molde común de la debilidad de voluntad o del engaño, cosas que todos nosotros negamos todo el tiempo.

5 El uso propio de la psicología popular es no obstante diferente del de Anna Freud, al menos en tres aspectos importantes: para ella, la negación siempre se refiere a hechos externos productores de angustia, mientras que la represión está dirigida a impulsos internos productores de angustia; la negación es un mecanismo normal de defensa sólo en la niñez, volviéndose sintomático en la adultez; y ella era una verdadera creyente en los conceptos básicos de Freud, más que una agnóstica a la manera postfreudiana.

No quiero negar, por mi parte, que los jueces a veces vivencian una restricción impuesta por el texto, y luego deciden en contra de la restricción, violando su juramento de fidelidad a los materiales jurídicos. Es posible incluso (¿quién sabe?) que el principal impacto de la ideología en la creación judicial de derecho tenga lugar a través de este tipo de comportamiento. En la medida en que ése sea el caso, el estudio del impacto que tiene la creación judicial de derecho en nuestros procesos políticos es el estudio de cómo influye la desviación o la violación judicial de normas en los efectos de moderación, empoderamiento y legitimación que mencioné más arriba.

Pero me parece obvio que la negación de la ideología en la decisión judicial implica algo más que un encubrimiento de la desviación. Parece evidente que el juez activista restringido, el mediador y el bipolar están respondiendo a un dilema. Es verdad que mucha gente los condena de antemano, sobre la base de que ellos deberían "simplemente decir no" a la ideología. De acuerdo con esta concepción, desde el instante en que están influenciados en sus decisiones por sus propias preferencias legislativas o por las de alguien más (es decir, por ideologías personales), han cruzado la línea.

Según esta concepción, deberíamos condenarlos aunque aceptaran el imperio de la ley como una restricción, lo que quiere decir que cuando vivencian una interpretación normativa particular como imposible de revertir mediante la argumentación, declaran que se ajusta a derecho, aun si piensan que en tanto asunto legislativo es errónea. Y deberíamos condenarlos aun si, cuando hay textura abierta, no imponen la interpretación normativa que prefieren legislativamente a menos que puedan argumentar de buena fe que es la solución apoyada por la argumentación jurídica más plausible.

Esto está muy bien, pero en la concepción tradicional no es suficiente: ellos deberían excluir categóricamente sus preferencias ideológicas y "ajustarse a derecho", o "sólo interpretar el derecho". Según esta concepción, el imperio de la ley no es una restricción, sino una fuente de guía. La cuestión es si el juez aceptó esa guía, más allá de lo difícil que pueda haber sido descubrir cuál era, o si, por el contrario, se guió por otra cosa.

La concepción alternativa –históricamente asociada con el positivismo británico y radicalizada en el realismo jurídico y en los *Critical Legal Studies*– es que el juez no se enfrenta a un conflicto entre su rol y sus deseos ilegítimos, sino a un genuino “conflicto de rol”. Hay una contradicción entre las normas que, según se supone, deberían gobernar su comportamiento. De acuerdo con esta concepción, el motivo para la negación no es la culpa por la desviación, sino la angustia que genera el dilema de no ser capaz de hacer lo correcto aunque uno se esfuerce al máximo para ello, porque a uno se le dice que haga dos cosas opuestas al mismo tiempo. La negación de lo ideológico resuelve el conflicto, al hacer que la definición del rol parezca coherente en lugar de contradictoria.

Nuevamente, no estoy afirmando que todos los jueces deciden ideológicamente, y pienso que es probable que algunos jueces no tengan nada que negar. Estos jueces no vivencian el conflicto que vivencian mis tres tipos de jueces. Mi afirmación mucho más limitada es que es posible que los activistas restringidos, los mediadores y los bipolares vivencien un conflicto de rol que motiva la negación tanto como, o en lugar de, un conflicto entre su deseo de poder ideológico y sus roles.

Decir que vivencian un conflicto de rol es decir que sería problemático para ellos excluir la ideología porque hay algo en su concepción del rol del juez que parece impulsarlos a incluirla. Pienso que de hecho los jueces, así como otros actores en una serie de posiciones similares, vivencian a menudo un conflicto de este tipo –a grandes rasgos, entre la meta básica o estándar que se les propone y las normas particulares que supuestamente se adecuan a esa meta pero a veces parecen estar en conflicto con ella–. Para los jueces, la meta es hacer “justicia de acuerdo al derecho”, y el conflicto se da entre esa idea y la exclusión categórica de lo “personal”, en el sentido de lo ideológico, en el proceso de toma de decisión.

Para estos jueces, me imagino, no parece posible decir que “justicia de acuerdo al derecho” signifique sólo la aplicación del derecho. Primero, saben muy bien que su tarea es decidir “cuestiones de derecho”, o sea, de definición de normas, y que éstas son cuestiones de interpretación, más que de aplicación de normas a he-

chos controvertidos. Segundo, saben muy bien que "el derecho", tal como aparece al final del proceso de decisión, es una función del trabajo que ellos realicen sobre los materiales jurídicos, y que es esperable que diferentes estrategias de trabajo produzcan diferente derecho —diferentes reglas jurídicas— sin que se disponga de ningún criterio intrajurídico que indique cuál estrategia de trabajo es la correcta.

Imagino que estos jueces sienten que lo que se supone que deben hacer, lo que su rol requiere que hagan, cuando el derecho parece depender de la estrategia de trabajo que utilicen, es consultar sus concepciones de justicia, acaso concretadas como derechos, valores o necesidades. Pero imagino que también sienten que no pueden hacer que la idea de justicia grave en un litigio sin permitir que la ideología ingrese en el proceso de decisión. No quieren que ingrese, y desearían que no lo hiciera. Tal vez incluso creen que si tan sólo pudieran descubrir cómo, la excluirían. Pero, de acuerdo con su experiencia, tan pronto como se empieza a hablar de justicia, se enfrenta un concepto controvertido, y esa controversia es la discusión familiar entre las concepciones liberales y conservadoras del orden social justo, esto es, de las normas jurídicas justas.

Estos jueces están en un aprieto. Su sentido de justicia es inevitablemente ideológico, en el sentido de que un observador externo podría clasificar fácilmente al juez como liberal o conservador sobre la base de su respuesta a qué es lo que exigía la justicia en las circunstancias dadas. La única alternativa a la justicia ideológica, una vez que el comportamiento estratégico se ha convertido en una posibilidad, parece ser la decisión al azar. Pero, podría suponer el juez, la decisión al azar implica una violación de la definición del rol de hacer "justicia de acuerdo al derecho", aún más grave que procurar hacer justicia bajo la sombra de la ideología.

Al realizar esta descripción, mi objetivo era sugerir lo que de hecho podría motivar a los jueces para negar lo ideológico en la decisión judicial, en lugar de "simplemente decir no" y deshacerse de ello. Puede ser una descripción acertada de lo que algunos jueces vivencian, incluso si concluimos que de hecho hay un

método no ideológico para decidir cuestiones de derecho. Si este método existe, los jueces deberían emplearlo, pero tal vez lo ignoren o sean incapaces de hacerlo funcionar en casos particulares.

Según mi modo de ver, un juez que vivencia el conflicto de rol "está en lo correcto", porque realmente hay un conflicto al interior de su rol, de manera que su única alternativa a la negación es reconocer que no puede hacer su trabajo de la manera en que se supone que debe hacerlo. Considero que el conflicto es "real" porque no hay ninguna teoría existente que explique plausiblemente cómo el juez puede decidir, una vez que es consciente de la posibilidad del comportamiento estratégico en la interpretación, de una manera que excluya la ideología, suponiendo que su sentido de justicia sea congruente con alguna ideología existente.

Dworkin, por ejemplo, le dice dos cosas al juez: que no hay criterios fuera de la argumentación jurídica para determinar la corrección de las elecciones normativas (Dworkin, 1985: 171-74), y que el juez debería desplegar su propia "filosofía política" (que puede ser el liberalismo o el conservadurismo) (1985: 181), tanto en el análisis que busca la determinación jurídica a través del encaje (*fit*), como en la resolución de las lagunas, los conflictos y las ambigüedades que persisten a pesar de ese esfuerzo (véase Dworkin, 1986). Aunque usa el lenguaje de las "respuestas correctas", Dworkin no les ofrece ninguna comodidad a aquellos que se proponen resolver el conflicto de rol del juez haciendo que éste "simplemente diga no" a la ideología.

Desde esta perspectiva, la negación de lo ideológico por parte del juez tiene el contenido específico que Sartre identificaba con la mala fe, porque la representación equivocada es de uno mismo como una máquina, como si interpretara mecánica y no estratégicamente. La mala fe en este sentido explota la verdad (según Sartre) de que la subjetividad humana es al mismo tiempo facticidad, sólo una cosa en el mundo, y trascendencia, en movimiento más allá de su aparente fijeza, libre. Aquí, el juez se representa equivocadamente a sí mismo como facticidad, como mecánico, pareciéndole que cumple con el requisito que su rol le impone de ser eso de principio a fin, a pesar de su vivencia de la restricción impuesta por el texto como una cosa incons-

tante, siempre impredeciblemente sujeta a disolución a través del trabajo jurídico.

MOTIVOS PARA QUE EL PÚBLICO NIEGUE LA IDEOLOGÍA EN LA DECISIÓN JUDICIAL

Hasta aquí, tenemos la negación como una manera de escapar del conflicto de rol. Pero, ¿por qué el juez no responde diciendo "Mi rol tiene un conflicto interno, así que necesita ser rediseñado"? ¿Por qué los críticos académicos no ayudan al juez a salir del aprieto sugiriendo que lo estamos forzando a ser hipócrita? Una manera de ampliar el análisis es preguntar qué razones hay para que la gente que no ocupa ese rol niegue la ideología en la judicatura, para actuar como codependientes en la negación del juez. La respuesta para estas personas que provienen de afuera no puede ser el conflicto de rol, ya que no lo están desempeñando. Pero no obstante pueden tener un interés especial en el carácter no conflictivo del rol, en la posibilidad de que éste sea desempeñado sin que la ideología participe en el proceso de decisión.

En la noción de juzgar sin ideología surgen dos tipos de intereses: (a) la gente quiere creer en ella porque no hacerlo provocaría angustias basadas en la centralidad de los jueces en el sistema político, y (b) la gente quiere creer en ella porque la creencia satisface, a cierta distancia, desde una cierta lejanía social, una agradable fantasía sobre las posibilidades de ser en el mundo.

TEMOR DE LAS CONSECUENCIAS

Hay un motivo apologético para creer en el imperio de la ley como una guía en lugar de como una restricción. Si uno cree que es posible excluir la ideología, incluso si uno cree en la idea de que nuestro sistema es "básicamente" bueno, aunque necesitado de reformas (es decir, si uno es liberal o conservador), es

sencillo lidiar con la idea de que los jueces permiten a menudo la entrada de la ideología en lugar de simplemente decirle no. Esa idea requiere sencillamente que reformemos la judicatura, para hacer que los jueces obedezcan las restricciones de rol con cuya validez "todos" coinciden. Denunciar la tiranía del poder judicial puede ser un aspecto básico de la política liberal o conservadora, sin que ello implique amenazar "el sistema" en absoluto.

Pero si la crítica es correcta, éstas son sombras chinescas, por más satisfactorias que sean como tales, puesto que no hay ninguna explicación coherente de cómo los jueces cuyo sentido de justicia está ideologizado pueden hacer lo que su rol, definido como no dejar entrar la ideología, requiere que hagan. Y en tanto es difícil imaginar cómo podríamos llegar a excluir de la judicatura a las personas que tengan este sentido "perdido" de justicia (especialmente si nosotros mismos nos hemos "perdido"), "el sistema" parece fallado de un modo bastante fundamental, más que simplemente sujeto a la corrupción inevitable de la desviación judicial.

En pocas palabras, este tipo de crítica despierta ansiedad en parte porque es deslegitimante. Socava el amplio consenso Liberal* no sólo en cuanto a cómo debería ser la sociedad sino en cuanto a cómo, con sus defectos, está organizada, a saber, de acuerdo con los principios de los derechos individuales, el gobierno de la mayoría y el imperio de la ley. Sugiere que, contrariamente a las apariencias, en realidad la sociedad no está organizada de esa manera, y no lo estará incluso después de la reforma de la judicatura. No podría estarlo, dada la realidad empírica del comportamiento estratégico en la interpretación, y la dificultad de imaginar cómo éste podría eliminarse.

Un segundo motivo, un segundo tipo de interés en la noción del imperio de la ley como una guía y no como una mera restricción,

* Kennedy utiliza el término "Liberalismo" -con mayúscula- para indicar una visión general del mundo que es compartida tanto por el conservadurismo como por el liberalismo -con minúscula-. Véase p. 110 de este volumen. [N. de T.]

deriva del compromiso liberal y conservador con diversos precedentes judiciales. El interés liberal en el carácter no ideológico de la decisión judicial podría resumirse con la pregunta "¿no crees que *Brown v. Board of Education*^{*} fue tanto jurídica como ideológicamente correcto?". Los liberales y los conservadores tienen muchos compromisos de este tipo con la corrección jurídica específica de sus sentencias importantes favoritas. La noticia de que el caso *Brown* fue sólo una manifestación de la ideología liberal, en el sentido de que no fue más jurídicamente —como opuesto a moralmente— correcto que *Plessy v. Ferguson*,^{**} es una mala noticia para los liberales, y la motivación para negarla resulta evidente.

Hay todavía otra razón para negar la crítica. Se trata del temor de que si fuera válida, y si los jueces la entendieran completa-

* En este caso clave en la historia jurídica del liberalismo norteamericano la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró en 1954 por unanimidad la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas, en la medida en que violaba la "Cláusula de igual protección" de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución norteamericana. [N. de T.]

** Este caso, que data del año 1896, fijó las bases jurídicas para justificar reiteradas medidas estatales segregacionistas durante los siguientes cincuenta años de historia norteamericana. Una ley de Louisiana disponía que blancos y negros debían viajar en vagones diferenciados (aunque igualmente equipados) en los trenes interestatales. En *Plessy*, la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró la constitucionalidad de esa ley, apelando al argumento "separados pero iguales", esto es, a que no había discriminación en tanto las facilidades ofrecidas a las personas de uno u otro color fueran de igual calidad (lo que, por cierto, no era el caso en los ferrocarriles de Louisiana), ya que no sólo se prohibía que los negros ingresaran al vagón de los blancos, sino que también a los blancos se les prohibía ingresar al vagón de los negros. En el único voto en disidencia (el caso se resolvió por 8 a 1), el juez John Marshall Harlan afirmó que "todos saben que la ley en cuestión tuvo sus orígenes en el propósito, no tanto de excluir a las personas blancas de los vagones ocupados por negros, como de excluir a la gente de color de los vagones ocupados por o asignados a personas blancas". La doctrina judicial de la mayoría en *Plessy* fue utilizada para amparar jurídicamente múltiples situaciones análogas de segregación racial, y recién fue revertida en *Brown v. Board of Education*. [N. de T.]

mente, nos tiranizarían más y peor de lo que ya lo hacen. De acuerdo con esta noción, creer en el imperio de la ley como una guía, y no como una mera restricción, es una ilusión beneficiosa, un mito con buenas consecuencias sociales. Por las razones ya mencionadas, creo que Scout Altman, en el artículo en que predica este temor, se equivoca al pensar que incluso el juez que cree fervientemente el mito puede "respetar el derecho" irreflexivamente (Altman, 1990, n. 13: 318-27). Pero no creo que la crítica pueda negar que una mayor sofisticación judicial *podría* (a) incrementar el comportamiento estratégico a expensas de un comportamiento ideológicamente aleatorio y (b) inducir a algunos jueces a "engañar", con lo que quiero decir no tomar en consideración la vivencia de restricción por el texto.

No voy a acumular especulación tras especulación para intentar calcular en qué medida estos peligros imaginarios de la desmitificación del juzgar son realistas. Mi intuición es que las personas que quieren creer en los derechos y en el imperio de la ley, y los liberales que quieren creer en la justicia de la desegregación, seguirán creyendo en ellos incluso si aceptan la crítica de la decisión judicial, y que una mayor sofisticación por parte de los jueces tendría probablemente muy poco efecto en el contenido del derecho judicial. Pero ¿quién sabe? Yo solamente afirmo que el temor de las consecuencias motiva la negación de la crítica.

LA SUPERACIÓN DE LA CONTRADICCIÓN

Desde mi posición ideológica específica, el modernismo/posmodernismo de izquierda,* hay un motivo mucho más cósmico

* Sobre el modernismo/posmodernismo de izquierda, pueden consultarse las someras consideraciones realizadas en la Introducción de este libro. A los fines de facilitar la comprensión, también pueden resultar útiles las siguientes explicaciones del propio autor sobre su complejo proyecto político, indicando que el elemento de izquierda apunta "a un igualitarismo radical y una democracia participativa", y que el elemento modernista/posmodernista "refiere al modernismo

para la negación, a saber, el carácter contradictorio de nuestros impulsos e ideas. Esta noción de la "fundamentalidad" de la vivencia de contradicción es uno de los rasgos distintivos del modernismo y sus secuelas, algo así como una premisa, como lo es el anhelo de coherencia como una fuerza autónoma en la vida humana. La gente quiere la coherencia por la coherencia misma, al menos alguna parte del tiempo, porque implica un placer, una liberación de una especie de terror. En lugar de explicar esta posición, presentaré dos citas, la primera tomada del primer capítulo de las "Lecciones introductorias al psicoanálisis", de Freud, y la segunda de *El yo y los mecanismos de defensa*, de Anna Freud:

Es importante empezar a tomar oportunamente en cuenta que la vida anímica es una liza donde libran combates tendencias encontradas o, para expresarlo en términos no dinámicos, consiste en contradicciones y en pares de opuestos. La demostración de una tendencia determinada no implica que deba excluirse su opuesta. Sólo interesa el comportamiento recíproco de los opuestos,

cultural y estético y a su crítica, más que al Iluminismo", por cuanto es "un proyecto de experimentación de vanguardia dirigido, siempre dentro de un contexto limitado, a la trascendencia emocional/intelectual/estética de las convenciones". A lo que agrega: "Tanto para las partes de izquierda como para las partes modernistas/posmodernistas del proyecto, una crítica de la certeza jurídica [...] resulta liberadora. Antes que nada, a mí me parece claro, en cuanto izquierdista que contempla las posibilidades de transformación social radical, que un obstáculo para ésta es la reificación o fetichización del derecho. Con esto no quiero decir que la gente quiere ser gobernada por el derecho, sino que la intensidad del deseo los conduce a sobrestimar lo que el derecho hace o podría hacer para explicar o justificar las prácticas sociales. El punto de la crítica es que tanto la versión estándar del imperio de la ley como la versión estándar del constitucionalismo liberal con control de constitucionalidad, en tanto descripciones de la realidad liberal y en tanto ideales, pierden plausibilidad, para decirlo modestamente, cuando tomamos en consideración el carácter indeterminado del razonamiento jurídico" (Kennedy, 2008: 5-6). [N. de T.]

averiguar los efectos que parten de uno y los que parten del otro (S. Freud, 1992a, t. 15: 68).

A estos tres grandes fundamentos de defensa contra los instintos (defensa por angustia ante el superyó; por angustia objetiva y angustia ante la fuerza del instinto) agréganse los motivos que en la vida ulterior surgen de la necesidad del yo de lograr o mantener su síntesis. El yo adulto requiere una especie de armonía entre sus impulsos; de allí surgen todos los conflictos entre las tendencias opuestas, tales como la homosexualidad y la heterosexualidad, la pasividad y la actividad, etcétera (A. Freud, 1961, n. 12: 70).

Esta idea es familiar en el nivel de la coherencia de los deseos o impulsos: es desagradable querer o querer ser dos cosas contradictorias al mismo tiempo. La versión intelectual de esto es que es desagradable reconocer que uno sostiene o cree en dos ideales contradictorios al mismo tiempo, y que en casos particulares lo que uno hace es escoger entre ellos de una manera irracional.

Podríamos interpretar la construcción social de la figura del Juez como el lugar donde más claramente desarrollamos la fantasía colectiva de superar el interminable sentido de duplicidad o contradicción interna que Sartre presenta en el lenguaje paradójico de "ser lo que uno no es" y "no ser lo que uno es". En la "justicia de acuerdo al derecho", la justicia es trascendencia, y por lo tanto inasible, mientras que el derecho es facticidad, el peso muerto del pasado, la compulsión del texto. La mayoría de los norteamericanos, supongo, quiere que el Juez sea como la versión sartreana del mozo francés, una persona completamente compenetrada con su trabajo, que se cosifica o se vuelve facticidad, un micro cinturón de transmisión de la necesidad jurídica. Al mismo tiempo, quiere creer que el derecho es justicia, el producto de la intuición láser del juez, sin contradicción entre los dos elementos.

Imaginamos que al menos algunos jueces reales también quieren esto, pero ellos tienen un problema, para el que la mala fe (la suya y la de su público) es la respuesta. Ellos "saben" que la factici-

dad del derecho se disuelve (a veces) al tomar contacto con el trabajo jurídico, y que su propio sentido de justicia es menos trascendente, menos libre, menos propio, y más factioide, más mecánicamente ideológico, de lo que "debería" ser. La mala fe consiste en exagerar la medida en la que están atados (devenidos factoides, similares a cosas) como aplicadores del derecho, y simultáneamente en soslayar la medida en la que son meros ideólogos cuando se supone que están ejercitando su juicio "independiente" (trascendente). En otras palabras, la negación de lo ideológico, junto con la adicción al drama de la inquisición y la condena por infidelidad al derecho, puede ser vista como la respuesta a la exigencia de que quienes están a cargo de determinados roles en general "sean" sus roles, y de que los jueces en particular "sean" sus roles con total compenetración.

Si bien me parece que el conflicto de rol del juez es un ejemplo, o una de las manifestaciones constitutivas, de esta particular complejidad existencial, no hay ninguna razón para reducirlo solamente a ésta. Por ejemplo, también podría ser útil ver a los jueces como negando, en nombre de su público, para éste, el problema de que no tenemos una concepción coherente de justicia, sino sólo una aspiración hacia algo que no podemos precisar, y de que nuestra práctica de justicia es infinitamente contradictoria. Ésta es otra manera de decir que el objetivo central del rol del juez es afirmar la posibilidad de escapar de la situación ideológica.

Los liberales y los conservadores comparten principios generales, y tanto unos como otros se encuentran en situaciones contradictorias en la práctica, aunque al servicio de resultados diferentes. Los principios operan en la elección de normas jurídicas a través de pares contradictorios de argumentos, que los liberales y los conservadores despliegan de manera opuesta en los distintos ámbitos de la política jurídica, sin explicar cómo seleccionan los ámbitos ni cómo aseguran sus fronteras contra los radicalismos de izquierda y de derecha. El juez es como el ideólogo en cuanto es un devoto de la justicia, pero debería ser distinto del ideólogo en cuanto tiene una respuesta que está limitada en su alcance a la justicia entre las partes. En otras palabras, el juez debería ser para nosotros el modelo de la posibilidad de estar fuera de esta situación "fundamental" de contradicción.

EL CONSENSO COERCITIVO SOSTIENE LA NEGACIÓN

En pos de generar una explicación de la negación enraizada en el conflicto de rol y su angustia concomitante, podemos sumar el elemento del consenso coercitivo, como un estabilizador del sistema. En otras palabras, si la mayoría de los participantes incurren en negación en el sentido psicológico que hemos expuesto, entonces tendrán un motivo para sancionar a cualquiera que traiga la mala noticia de que el hecho de que la decisión judicial excluya o pueda excluir la ideología es mera negación, y no realidad. La motivación es evitar la angustia que se seguiría del desbaratamiento de la defensa. (Éste es un equivalente social de la "resistencia" del paciente al desbaratamiento de un mecanismo de defensa por parte del terapeuta).

Y si las personas sancionan a aquellos que intentan penetrar la negación, éstos dudarán antes de intentarlo, mentirán o adoptarán ellos mismos la negación como una alternativa a la angustia que les genera el conflicto entre su deseo de decir la verdad tal como la ven y el temor al displacer que les ocasionará el hacerlo.

PROYECCIÓN DE LA IDEOLOGÍA COMO ESTABILIZADOR DEL SISTEMA DE NEGACIÓN

En la psicología popular de las defensas, se ha vuelto familiar la idea de que a veces proyectamos sobre otros los impulsos o comportamientos que negamos en nosotros. Los jueces de primera instancia que temen el enojo de los litigantes perdedores, y los jueces de apelación que temen el enojo de aquellos que no están de acuerdo con la interpretación de las normas que ellos establecen, tienen un motivo para desplazar la responsabilidad hacia otros —por ejemplo, el poder legislativo o los jueces anteriores—.⁶ En la medida en que se sienten culpables por sus contribuciones ideo-

6 Cf. Altman, 1990: 305 (donde discute una concepción alternativa sobre la negación judicial).

lógicas a la creación de derecho, tienen un motivo para proyectar intenciones ideológicas sobre otros.

Según he venido afirmando, los jueces participan, quieran o no quieran, en la concepción cultural general de la decisión judicial como una situación de riesgo moral, en la que el principal peligro es la introducción de la ideología. Suponemos que no es psicológicamente viable para los jueces y su público responder que aquí hay un conflicto de rol, y no un drama moral de corrupción. No pueden reconocer que el imperio de la ley es sólo una restricción, y no una guía, y que alguna parte del tiempo, en algunos momentos muy importantes, es una restricción débil, que no les permite liberarse del aprieto que representan sus concepciones ideologizadas, "perdidas", de justicia.

En esta situación, la estabilidad del sistema de negación puede encontrar un apoyo importante en la proyección mutua de motivaciones ideológicas simétricas entre los contrincantes ideológicos, seguida de una acusación de corrupción contra esos contrincantes. Esta "identificación proyectiva" involucra una relación, un vínculo emocional con la persona sobre la que uno ha proyectado un deseo o una característica, y no una mera externalización. La noción me parece útil para interpretar la extraña persistencia en la cultura jurídica norteamericana de una preocupación obsesiva por la igualmente obsesiva negación de lo ideológico, lo que podríamos llamar legalismo crítico norteamericano.

¿Cómo podría "probar" una proposición como la del último párrafo? No podría. Pero consideremos la siguiente carta al editor del *Boston Globe* enviada por un participante liberal en la batalla intensamente politizada sobre la confirmación de un profesor conservador de la facultad de derecho de Harvard, Charles Fried, para la Corte Suprema de Justicia de Massachusetts. Debido a que la carta cita a Fried tanto como lo acusa, nos permite vislumbrar el carácter simétrico de las proyecciones, e incluso contiene una acusación contra el impulso mismo de analizar ideológicamente a los jueces que la propia carta ejemplifica perfectamente.

Fried tiene una distinguida carrera académica, pero no creo que sea una elección apropiada. Él aportaría una predisposición ideológica y una potencial discordia a una corte que ha estado libre de ambas cosas.

Fried fue un servidor comprometido de la así llamada "Revolución Reagan", una agenda que tuvo como una de sus principales metas el desmantelamiento de los derechos y los recursos jurídicos desarrollados durante las administraciones republicanas y demócratas frente a las violaciones del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. La meta casi se alcanzó cuando el procurador general Fried ayudó a persuadir a la Corte Suprema de que abandonase décadas de precedentes y aniquilase la *Civil Rights Act* en una serie de decisiones adoptadas entre 1988 y 1989. Las decisiones fueron consideradas tan destructivas que el Congreso tomó la inusual medida de anularlas mediante la aprobación de la *Civil Rights Act* de 1991, restableciendo el derecho al estado que tenía antes de que el Departamento de Justicia de Reagan y Fried logaran subvertirlo con tanto éxito.

Fried escribe en sus memorias:

"En muchos sentidos los tribunales mismos se habían convertido en grandes actores burocráticos, que se alistaban entusiasta y autoconscientemente en el movimiento para sustituir la autodeterminación de los emprendedores y trabajadores que crean riqueza por los juicios y valores del sector no productivo de la sociedad —abogados, jueces, burócratas, políticos—. Azuzados por litigantes agresivos, por los profesores de derecho y por la prensa liberal, los tribunales se habían convertido en el motor principal para redistribuir la riqueza y ponerle grilletes a la energía del sector productivo".

Esta actitud desilusionada hacia los tribunales y los jueces debe ser sopesada con cuidado. ¿Queremos poner en la Corte Suprema de Justicia a alguien que suscribe la visión extremista de que los tribunales están involucrados en un complot para sabotear el capitalismo y redis-

tribuir la riqueza? ¿Queremos que alguien que afirma que los jueces son parte del "sector no productivo de la sociedad" tenga poder para juzgar a otros jueces? La nominación de Fried debería ser rechazada.

MARK S. BRODIN

Profesor de Derecho

Boston College Law School (Brodin, 1995: 10).

Para entender la manera en que Brodin y Fried se las arreglan para hacer análisis ideológico del "otro" mientras afirman la posibilidad de la neutralidad en general y de su propia neutralidad en particular, encuentro útil referirme al análisis clásico de Freud de los celos neuróticos (como opuestos a los "normales" y a los "psicóticos"). De hecho, pienso que los críticos deberíamos afirmar orgullosamente la analogía entre nuestro análisis de lo ideológico en la decisión judicial y la tradición freudiana de rastrear motivos sexuales allí donde las personas están más preocupadas por ocultarlos. Aquí, como en otra parte, el análisis tiene que ser en extremo medido, de modo tal que evite las pretensiones de haber encontrado "la" verdad del fenómeno. De cualquier modo, es divertido leer las reflexiones de Freud sobre los celos, sustituyendo fidelidad por "neutralidad", infidelidad por "motivación ideológica" y matrimonio por "decisión judicial".

Los celos del segundo estrato, o *proyectados*, provienen, así en el hombre como en la mujer, de la propia infidelidad, practicada de hecho, o de impulsiones a la infidelidad que han caído bajo la represión. Es una experiencia cotidiana que la fidelidad, sobre todo la exigida en el matrimonio, sólo puede mantenerse luchando contra permanentes tentaciones. Quien las desmiente dentro de sí mismo, siente empero sus embates con tanta fuerza que es proclive a echar mano de un mecanismo inconsciente para hallar alivio. Se procura tal alivio, y hasta una absolución de su conciencia moral, proyectando a la otra parte, hacia quien es deudor de fidelidad, sus propias impulsiones a la infidelidad. Este poderoso motivo

puede servirse después del material de percepciones que delatan mociones inconscientes del mismo género en la otra parte, y acaso se justifique con la reflexión de que el compañero o la compañera probablemente no son mucho mejores que uno mismo (S. Freud, 1992, t. 18: 218).

2. Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen

Este ensayo consta de tres partes. La primera presenta un resumen de algunos elementos comunes a las teorías de la interpretación jurídica de H. L. A. Hart y Hans Kelsen. La segunda resume la alternativa fenomenológica de izquierda al positivismo jurídico, tal como ha sido desarrollada por una de las tendencias dentro de los *Critical Legal Studies* [en adelante, CLS]. La tercera intenta clarificar la alternativa a través de una respuesta a una de las muchas lecturas equivocadas de la posición de los CLS, habituales en la filosofía jurídica académica norteamericana positivista y pospositivista dominante.

I

Esta parte se ocupa de la siguiente idea común a los breves escritos canónicos de Hart y Kelsen sobre la interpretación jurídica (Hart, 1961, en adelante Hart; Kelsen, 1934, en adelante Kelsen). Imaginamos la norma sujeta a interpretación como un área o espacio que tiene dos partes. En Hart, hay un "núcleo de certeza" y una "penumbra de duda", también llamada "margen de vaguedad" y "área de textura abierta" (Hart, por ejemplo: 119-20, 123-26, 128, 131, 135, 143, 150). En Kelsen, hay un "marco que abarca varias posibilidades de aplicación" (Kelsen, 77-81). En la penumbra, es una cuestión de discreción, o de equilibrio de las consideraciones en conflicto, o de legislación judicial, o de creación de derecho. Fuera del marco kelseniano, la norma está determinada, pero dentro del marco hay interpretaciones alternativas entre las

cuales el juez debe escoger, ejerciendo su discreción, creando derecho o equilibrando intereses, y la interpretación no está determinada.

Para Kelsen y Hart, la determinación de una norma dada, considerada como una unidad, es una cuestión de grado. Para Kelsen, las normas constitucionales que definen el ejercicio adecuado del poder legislativo dejan relativamente indeterminado qué leyes debería dictar el Congreso, mientras que las leyes son relativamente más determinantes del contenido de las decisiones judiciales que se proponen aplicarlas. De manera similar, para Hart las normas pueden tener penumbras más o menos profusas, aunque incluso los estándares (v. g., "precio justo") tienen significados centrales claros.

Para los positivistas, según mi parecer, debería ser importante que tanto Hart como Kelsen consideren que la existencia de un área de indeterminación es inevitable para todas las normas, y que ninguno de ellos provea una descripción clara de por qué esto debería ser cierto. Más aún, en cada caso, el uso de imágenes espaciales es un obstáculo mayúsculo para la comprensión de lo que quieren decir.¹ Pero me parece que nada en la discusión que sigue depende de cómo los interpretemos con respecto a esta cuestión.

Es igualmente llamativo que ambos autores parecen utilizar la palabra "determinado" de manera confusa. A veces, significa solamente que podemos predecir con gran certeza qué es lo que el intérprete hará con el problema que se le presenta.² En otras ocasiones, significa que la operación es "cognitiva", en el sentido de que la entendemos como un juicio sobre un significado, conside-

1 Para una discusión útil, véase Gianformaggio y Paulson (1995).

2 Dice Hart, por ejemplo: "Los casos claros, en los que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de ejemplos no parece ser problemático o 'automático', son sólo los casos familiares, que se repiten constantemente en contextos similares, donde hay acuerdo general en los juicios en lo que hace a la aplicabilidad de los términos clasificatorios" (Hart: 123). Para una discusión útil, véase Bix (1993).

rado como algo que es independiente del observador, y respecto de lo cual creemos que hay una "verdad de la cuestión", incluso si es probable que los intérpretes estén en desacuerdo sobre cuál es esa verdad.³ De nuevo, esto no será tratado en lo que sigue.

Lo que será importante para el análisis que presentaré a continuación es que, para los casos que se ubican en el área de certeza, ellos hablan como si la cognición de un significado correcto para el núcleo o marco, o la elección altamente predecible de una interpretación, fueran automáticas y sencillas, suponiendo la buena fe. Kelsen parece completamente confiado al asumir que una cuestión está o no está "dentro del marco". Es un asunto de "cognición" (Kelsen, véase n. 34). Hart hace una descripción más matizada de la indeterminación. Para él, sólo se trata de que las "incertezas pueden desatarse en ciertos casos particulares"; los casos que no son claros "son presentados permanentemente por la naturaleza o la invención humana" (Hart: 123, 132). Pero un caso dado sencillamente *está*, sin embargo, siempre ubicado en uno de los espacios metafóricos o en el otro.

Tal vez por esta razón, a veces se caracteriza a estos autores como "formalistas". Cuando afirman que, en una situación particular, sólo hay una respuesta correcta para la cuestión interpretativa, suenan como literalistas,⁴ más allá de lo insistentes que sean respecto de la naturaleza discrecional de las cuestiones que se ubican en la penumbra o dentro del marco. Está claro, no obstante, que estos autores se consideran enemigos del modo de razona-

³ Hart habla de "ejemplos claros, indisputables, de lo que satisface o no [los estándares generales]". La parte del "acuerdo generalizado" ha desaparecido aquí (Hart: 128). Kelsen, cuando discute el ingreso de consideraciones extrajurídicas en el momento de la creación de derecho dentro del marco, habla del "espacio para la actividad cognitiva *más allá del descubrimiento del marco dentro del cual el acto de aplicación deberá estar contenido*" (Kelsen: 83).

⁴ El término "literalista", usual en el medio norteamericano, se refiere a la creencia en que el cuidadoso análisis de las palabras de la ley puede arrojar, en la mayoría de los casos, una única interpretación correcta. En nuestra tradición, ese tipo de creencia suele asociarse a la escuela francesa de la exégesis. [N. de T.]

miento jurídico que en su tiempo recibió el nombre de formalismo, es decir, de la jurisprudencia de conceptos.

La jurisprudencia de conceptos acepta que habrá situaciones en las cuales hay más de una norma válida (sección del Código o precedente vinculante) que, *tomada aisladamente*, puede ser aplicable a los hechos, y que normas diferentes proveerán resultados diferentes para el caso. Los juristas conceptuales (y sus críticos, por ejemplo Géný en *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 1919) también han tendido a creer que hay situaciones que son "nuevas", en el sentido específico de que ninguna norma válida estaba específicamente dirigida a determinarlas en una dirección u otra.

Su método requiere que el juez lidie con los conflictos y las lagunas de la siguiente manera: debe presuponer la coherencia del "sistema" como un todo, y después preguntar cuál de las normas en conflicto, o qué norma nueva, al hacerse aplicable al caso, "encaja" mejor con normas íntimamente vinculadas. Si esto no está claro, pasa a considerar las normas más abstractas, explícitas o implícitas en "el sistema", de las cuales se entiende que derivan las normas particulares (von Savigny, 1867). De nuevo, él elegirá una norma o creará una nueva, pero lo hará sin ejercitar discreción, ponderación, ni "creación de derecho" en el sentido de la legislación.

Desde el punto de vista de Hart / Kelsen, la operación de "construcción", a través de la cual un jurista conceptual lidia con el conflicto o la laguna, es discrecional y "legislativa". Ellos consideran que la jurisprudencia de conceptos sobrestima la determinación del ordenamiento jurídico, sea que estemos tratando con normas aisladas o con "el sistema" tomado como un todo. Una virtud capital del positivismo, tal como ellos lo entienden, es reconocer o incluso destacar la creación judicial de derecho que el conceptualismo oscurece.

Junto con el literalismo y la jurisprudencia de conceptos, un tercer método de interpretación de normas jurídicas usual en el ámbito jurídico occidental es el *policy analysis*, o el método de ponderación o proporcionalidad. Aquí, el intérprete se entiende a sí mismo como enfrentado a una elección entre normas o entre formulaciones de la norma, una elección que se resuelve apelando a

las consideraciones en conflicto que él entiende que subyacen al sistema de normas como un todo.

Hay muchas variantes del método de la ponderación. Lo que se pone en la balanza pueden ser conflictos de derechos, poderes, principios o metas instrumentales supuestamente de interés general, a la par que intereses administrativos (v. g., como en certeza *versus* flexibilidad equitativa), o intereses en la arquitectura del sistema (v. g., en la subsidiaridad o en la separación de poderes). O todo lo anterior (véase Kennedy, 2000; 2004; 2006).

Hart aprueba este tipo de ponderación, a la que se refiere como el método apropiado para la penumbra o área de textura abierta (Hart, por ejemplo: 126-30). Kelsen meramente destaca que no es una solución para el problema de la discreción porque "no provee ningún estándar objetivo de acuerdo con el cual comparar intereses contrapuestos" (Kelsen: 82).

Para los CLS, el punto importante es que el antiformalismo de Hart / Kelsen *presupone* el esquema de acuerdo con el cual todo caso se ubica *o bien* en el área de determinación *o bien* en la penumbra o marco. Para nuestros propósitos, lo que cuenta no es que el método de la ponderación sea frecuentemente necesario y apropiado, sino que ellos no proveen una descripción de cómo es que la situación se encuadra como localizada en la penumbra o marco, de manera tal que no se dispone de una respuesta correcta determinada.

En otras palabras, antes de que comience la ponderación, cualquiera sea su contenido, el intérprete explícita o implícitamente encuadra la situación como una en la cual hay un conflicto o una laguna que lo exime de su deber elemental de aplicar una norma clara cuando los hechos encajan claramente dentro de sus definiciones. Hart / Kelsen se asemejan a los juristas conceptuales y a los inventores de la ponderación de intereses en que no teorizan este encuadre inicial.

II

Esta parte ofrece, en primer lugar, una versión del proceso a través del cual los intérpretes constituyen situaciones jurídicas de alguna de las siguientes dos maneras: o bien como situaciones en las cuales todo lo que se requiere es la aplicación de una norma, o bien como situaciones en las cuales, debido a que estamos en la penumbra o dentro del marco kelseniano, o a que hay un conflicto o una laguna, se requiere algo más que la mera aplicación de una norma (siendo ese "algo más" la elección entre interpretaciones posibles basada en la discrecionalidad legislativa, el análisis de coherencia, el análisis teleológico, la ponderación, o lo que fuere). En segundo lugar, ofrece una versión del rol de la "ideología" en el proceso de encuadrar, y luego decidir, contiendas en las que están en juego asuntos significativos. En tercer lugar, aplica esta concepción a la pregunta sobre cómo entender el rol de la ideología en el cambio jurídico y en la estabilidad jurídica.⁴

A

En el esquema de Hart / Kelsen, compartido por la jurisprudencia de conceptos y el método de la ponderación, no hay lugar para la actividad que yo ubicaría en el centro de una fenomenología de los núcleos, marcos, lagunas y conflictos, una fenomenología que pudiera dar cuenta de la determinación y de la indeterminación. Esta actividad es el "trabajo" jurídico, entendido como la transformación de una aprehensión inicial (Husserl, 1990: 60) de lo que los materiales jurídicos del sistema exigen, realizado por un actor que persigue una meta o una visión de lo que *deberían* exigir. (La concepción de trabajo aquí está inspirada en los *Manuscritos económicos y filosóficos* de Marx, 2004).

El trabajo jurídico, tal como estoy utilizando el término, ya sea que esté dirigido a núcleos o marcos, o a penumbras o conflictos

⁴ Este apartado es en buena medida un resumen del enfoque propuesto en Kennedy, 1992 y 1997, partes 1 y 3.

o lagunas, es emprendido "estratégicamente". El trabajador apunta a transformar una aprehensión inicial de lo que el sistema de normas exige, dados los hechos del caso, en pos de que una nueva aprehensión del sistema, tal como se aplica al caso, se corresponda con las preferencias extrajurídicas del trabajador intérprete.

El trabajo jurídico tiene lugar después de la aprehensión inicial de hechos y normas, y después del "seguimiento irreflexivo de las normas". El intérprete "aprehende" (un proceso *gestáltico*, tal como lo plantea la *Psicología de la forma* de Kohler, 1947) la situación en su totalidad como una situación regida por una norma, y la pregunta es si los hechos particulares del caso desencadenan su aplicación de manera tal que se produzca una sanción. Alguien ha muerto, y el tribunal se pregunta, primero, si el acusado mató a una persona, y segundo, si la muerte fue un homicidio, y eso "depende de los hechos". A menudo, una vez que se averiguan los hechos, nadie siquiera prestará atención a la posibilidad de que se realice un trabajo jurídico dirigido a la interpretación de la norma que define y castiga el homicidio. Se entenderá que los hechos establecen la culpa o inocencia "por sí solos", pues la norma "se aplica por sí misma" aparentemente sin ninguna intervención del intérprete.

Se acepta habitualmente que los hechos adquieren existencia jurídica a través del trabajo de los investigadores, de manera tal que su presentación depende de las estrategias de trabajo y de los niveles de esfuerzo de los fiscales y las partes. También es habitualmente aceptado que los abogados y el juez, y, en un nivel más abstracto, el jurista, a veces trabajan para transformar la aprehensión inicial de qué norma rige y qué es lo que exige. En otros ensayos he descrito, acaso con excesivo detalle, las variadas prácticas que despliegan. Juntas, estas prácticas permiten el "comportamiento estratégico en la interpretación".

Los siguientes son tres tipos de comportamiento estratégico en la interpretación:

Primero, intentar encontrar argumentos jurídicos que producirán el efecto de necesidad jurídica para un resultado -esto es, para una norma-aplicada-a-los-hechos-dados- diferente del resul-

tado que al principio aparecía como obviamente exigido. Por ejemplo, haciendo que parezca que necesariamente hay una excepción a la norma que en apariencia cubre el caso, o que el "verdadero significado" de la norma es diferente de lo que parecía al principio.

Segundo, intentar que lo que en apariencia era una decisión judicial obviamente discrecional (ubicada en la penumbra o dentro del marco) parezca ser una decisión en la que, después de todo y contraintuitivamente, hay un resultado particular —una norma-aplicada-a-los-hechos— que es exigido por los materiales (v. g., el caso cae dentro del núcleo; no hay alternativas dentro del marco).

Tercero, intentar desplazar un resultado inicialmente exigido de manera obvia por el derecho por una percepción de la situación en la cual el juez está obligado a elegir entre alternativas jurídicamente permisibles (v. g., moviendo una interpretación del núcleo hacia la penumbra o hacia el interior del marco, permitiendo la discreción judicial).

En todos estos casos, el intérprete trabaja para crear o para deshacer la determinación, más que simplemente para registrarla o vivirla como algo dado por la situación.

El trabajo presupone un medio, algo que el trabajador "moldea". En este caso, el medio es ese cuerpo de materiales jurídicos que son considerados relevantes para establecer el significado de la norma como aplicable a los hechos. Esto ciertamente incluirá el diccionario, con sus definiciones, el diccionario jurídico, con las suyas —bastante diferentes—, y la doctrina, y todo el cuerpo de normas jurídicas válidas, tal vez derechos y principios más abstractos, tal vez debates legislativos, tal vez precedentes. Desde nuestro punto de vista, la pregunta no es qué es lo que cuenta, oficialmente, como "fuentes", sino qué elementos son buscados y desplegados de hecho en el trabajo de argumentación o justificación.

El trabajador utiliza los materiales jurídicos para convencer a cierto tipo de audiencia (y también a sí mismo) de que una aprehensión inicial (la suya o la de otro) de determinación o indeterminación estaba equivocada. Pero no hay nada que garantice que esta empresa será exitosa. El trabajo no es ni cognición de derecho imperativo ni discreción en la creación de derecho con

acuerdo a una "preferencia legislativa". Está entre medio de ambas cosas. Los materiales jurídicos restringen el trabajo jurídico, pero del modo en que un medio restringe a cualquier otro trabajador. Restringe sólo contra un esfuerzo para hacer que los materiales signifiquen una cosa u otra.

Decir que la interpretación de la norma estaba determinada no es más que decir que al final del proceso de trabajo el intérprete fue incapaz de lograr la re-interpretación estratégicamente descada del significado inicialmente obvio de la norma aplicable a los hechos. En otras palabras, los CLS, según yo los entiendo, aceptan por completo la idea positivista de que el derecho es a veces determinado y a veces indeterminado. Los CLS rechazan tanto la idea de la indeterminación global como la idea de que siempre hay una interpretación correcta, por más oscura o difícil de encontrar que sea. Pero también rechazan la idea de que la determinación y la indeterminación sean "cualidades" o "atributos" inherentes a la norma, independientemente del trabajo del intérprete.

El éxito estratégico contra una determinación inicial obvia (o una indeterminación inicial obvia) es una función del tiempo, la estrategia, la habilidad y de los atributos "intrínsecos" o esenciales u "objetivos" o "reales" de la norma que uno está tratando de cambiar, tal como éstos aparecen en el contexto de los hechos presentados.

La pregunta "ontológica" es si es apropiado considerar la determinación de la norma aplicada a los hechos, es decir, su carácter insuperablemente vinculante o "válido" al final del período permitido para trabajar sobre ella, como su atributo propio, como algo inherente a ella. La alternativa es que el carácter determinado o indeterminado de la norma no puede ser entendido más que como un "efecto", el "efecto de necesidad" o "efecto de determinación", producido de manera contingente por la interacción del tiempo, la estrategia y la habilidad del intérprete con una *incognoscible* naturaleza "en sí" o "esencial" de la norma en el contexto fáctico dado.

El trabajador jurídico ejecuta la clásica reducción fenomenológica o "puesta entre paréntesis" [*epoché*] (Husserl [1913], 1999: 65)

de la cuestión de si la resistencia de la norma a la reinterpretación es un resultado de lo que ella "realmente" es o meramente un efecto del tiempo, la estrategia y la habilidad. El trabajador procede intentando modificar la situación, sin un compromiso previo hacia uno u otro lado respecto de una ontología de la norma. Para el intérprete estratégico nada depende de la decisión sobre la esencia. La posición fenomenológica de izquierda dentro de los CLS también adopta esta actitud.

B

Aquello que está en juego determina cuánto trabajo es necesario realizar. La distinción de Max Weber entre intereses materiales e ideales resulta útil aquí (Gerth y Wright Mills, 1946: 61-65). Los litigantes pueden tener una motivación material, al igual que el juez, pero los jueces (y los juristas) sin duda a menudo sólo son conscientes de los intereses ideales. Ellos eligen una estrategia de trabajo porque consideran que su empresa tiene que ver con la "justicia", entendida como no idéntica a la aplicación del derecho. También entienden que el deber de alcanzar la justicia está "subordinado" al derecho. Pero este deber puede ser operativo sólo después de que el derecho es establecido. La definición convencional del rol del juez (o del jurista) no dice nada sobre el trabajo jurídico, porque el modelo estándar (positivista) reconoce únicamente la cognición y la discreción, y no deja espacio para el trabajo.

Aquellos que entienden que la interpretación es o bien cognitiva o bien discrecional suelen considerar que el trabajo destinado a lograr un cambio particular en el significado obvio de una norma, en una dirección que está determinada estratégicamente, esto es, extrajurídicamente, es ilegítimo. Yo pienso que el argumento de la ilegitimidad es incorrecto.

En primer lugar, la mayoría de la gente está de acuerdo en que los jueces deben realizar un trabajo interpretativo y decidir cómo orientar ese trabajo. Por cierto, la mayoría de los juristas consideraría que es una violación de los deberes del rol judicial que el juez simplemente decida sobre la base del significado inicialmente obvio de la norma, sea el que fuere, una vez que se hubo

señalado que había otra posibilidad. La razón para esto es que el juez sabe que el trabajo puede cambiar la apariencia inicial. No puede tomarla como "verdadera" tan sólo porque es inicialmente obvia en términos jurídicos.

Enfrentado con la obligación de trabajar en una u otra dirección, los jueces (y los juristas) a menudo orientan su trabajo hacia la meta de hacer que su intuición extrajurídica o legislativa de la justicia-en-la-elección-de-las-normas se haga realidad en la decisión judicial. Éstos son "activistas", en la jerga norteamericana. En la conciencia jurídica contemporánea, los jueces que trabajan de este modo están expuestos a la acusación de que están trabajando "ideológicamente".

En el discurso jurídico contemporáneo, una ideología es un "proyecto de universalización" (Habermas, 1984: 16-19), es decir, la aserción de una concepción controversial de la justicia, que algunos alegan que es una mera racionalización de intereses partidarios, pero que sus adeptos defienden como provechosa para el interés general —alegando a la vez que los intereses que defienden sus oponentes son meramente parciales (Mannheim, 1936)—.

La persecución de una agenda jurídica abiertamente ideológica es problemática para el juez o el jurista, debido a que incluso si reconocemos de buena gana que los jueces están obligados por su rol a trabajar para hacer que el derecho positivo se corresponda con la justicia, es una premisa de la teoría democrática liberal de la separación de poderes que la ideología *no es para el poder judicial (ni para el jurista)*, sino para el poder legislativo democráticamente electo.

Los jueces a menudo responden al dilema afirmando que trabajan, e intentando trabajar, exentos de toda ideología —poniendo entre paréntesis sus preferencias legislativas al decidir en qué dirección intentarán mover los marcos o núcleos—. Pero cuando hacen esto, tienen que enfrentarse con el hecho de que su audiencia, y ellos mismos, entienden que diferentes decisiones responden, en muchos casos en los que hay mucho en juego, a diferentes ideologías.

Dos posturas muy comunes de los jueces (y de los juristas) ante la presencia de este dilema son la "separación" y la "mediación".

De acuerdo con la primera, el juez establece, para sí y para otros, que él es "neutral" en términos ideológicos, porque alterna impredeciblemente entre las opciones definidas por las ideologías en conflicto. En la segunda, el juez establece su neutralidad siendo un "centrista", ideando una solución que le da algo a cada bando, pero no le da a ninguno todo lo que demanda. Éstas son soluciones de mala fe, en el sentido que le da Sartre a esta expresión en *El ser y la nada* (1966), porque evitan el conflicto de rol a través de la negación (en el sentido de S. Freud, 1992b, y A. Freud, 1961).

La posición del juez "activista", quien persigue consciente o inconscientemente sus propios compromisos ideológicos (en lugar de afirmar su neutralidad adoptando posturas impredecibles o centristas), me parece éticamente más plausible. El juez sabe que el trabajo puede hacer que la norma se acerque a su preferencia legislativa, pero también puede que no lo haga. Supongamos que él está comprometido con aplicar la regla si no puede desestabilizarla utilizando técnicas judiciales aceptadas y convencionales —esto es, a través de una investigación de los materiales jurídicos que conduzca a su reinterpretación de acuerdo con los cánones del razonamiento jurídico—.

Entonces, ¿por qué no debería dirigir su trabajo, tiempo, estrategia y habilidad a encontrar el argumento que hará que el derecho se corresponda con su concepción de justicia? A mí me parece claro que estaría actuando de manera ilegítima precisamente si no hiciera este intento, en otras palabras, si no hiciera el intento de reprocesar el derecho positivo para que se corresponda con su idea de justicia. El rol judicial (y el del jurista) requiere fidelidad al "derecho" en el sentido complejo que combina un elemento positivo y uno ideal.

Esta posición, que legitima el trabajo jurídico orientado a inclinar el derecho en la dirección ideológica preferida por el juez (o el jurista), es, por supuesto, "anarquista" (o al menos "pluralista") desde el punto de vista "jacobino" que ubica la legitimidad jurídica solamente en la voluntad del pueblo. Más aún, se enfrenta a una regresión infinita al decidir si de hecho el juez ha desestabilizado la norma utilizando sólo lo que recién describí como "técnicas judiciales convencionales". Pero las alternativas que condenan el tra-

bajo judicial *a priori* son peores, porque son incoherentes, dado nuestro entendimiento societal de las exigencias del rol judicial.

c

Si reconocemos que los jueces pueden trabajar, y de hecho trabajan, para cambiar los núcleos o los marcos (consideremos o no que este trabajo es legítimo), entonces una noción básica de Hart / Kelsen resulta socavada. Se trata de lo que Kelsen llama la "concepción dinámica" (Kelsen: 91), según la cual el movimiento de la creación de normas va de lo abstracto a lo particular o concreto. En Hart, es la noción de que la decisión judicial "rellena" la penumbra, tal como lo expresa MacCormick en la siguiente cita:

La tesis de que incluso las leyes o líneas mejor diseñadas dejan alguna penumbra de duda, y que esto hace necesario que se ejerza una discreción parcialmente política para resolverla, no es particularmente nueva, sino que es la moneda corriente del positivismo jurídico moderno [...]

Un punto crucial, sin embargo, es que uno no debería perder de vista o subestimar la significación de dibujar líneas o de la *determinatio* tal como ya la discutimos. El derecho realmente puede resolver, y de hecho resuelve, asuntos de prioridad entre principios fijando reglas, e incluso cuando surgen problemas de interpretación de las reglas, éstos se enfocan en puntos definidos más estrechamente que si la cuestión estuviera todavía enteramente planteada como una cuestión puramente de principio. Se pueden fijar reglas a través de la legislación o del precedente; más comúnmente, en un sistema moderno, mediante una combinación de las dos maneras. Es uno de los obsequios del derecho a la civilización el que pueda someter cuestiones prácticas a formas más estrechamente enfocadas de argumentación que aquellas que están disponibles para la razón práctica irrestricta (MacCormick, 1990: 539, 553-54).

Si el trabajo estratégicamente dirigido en la interpretación puede desbaratar aprehensiones iniciales de núcleos o marcos, entonces esta afirmación sobre los "obsequios del derecho a la civilización" es demasiado optimista. En un tratamiento más extenso de este tema, he sugerido que en los asuntos "pequeños" puede haber grandes cuestiones ideológicas en juego.⁵ Además he sugerido, contrariamente a MacCormick, que los mismos argumentos de principio reaparecen en cada nivel de abstracción, de manera tal que resolver cuestiones "hacia abajo" en la pirámide involucrará argumentos no menos controversiales que aquellos que se aplican arriba.⁶

Para nuestros propósitos aquí, el punto es bastante diferente: incluso cuando una interpretación está asentada, el trabajo puede desestabilizarla. Esto significa que el trabajo puede "inclinarse" o "mover" los núcleos y marcos. Ahora tenemos una dinámica "de abajo hacia arriba" que contrarresta en mayor o menor medida la dinámica de arriba hacia abajo, de lo abstracto a lo concreto, de Hart y Kelsen. En lugar del enfoque progresivamente más estrecho de MacCormick para las cuestiones controversiales, el trabajador puede tener la esperanza de abrir los núcleos o disolverlos.

Así, el trabajo hace más que rellenar el marco o la penumbra dinámicamente a través elecciones normativas determinadas de manera estratégica. La ideología inclina el trabajo, que a su vez inclina núcleos y marcos, lo que a su vez, en la perspectiva de la coherencia, brinda medios para producir otras desestabilizaciones de otros núcleos y marcos.

De acuerdo con esta perspectiva, el cuerpo de derecho válido, esto es, el derecho que los trabajadores jurídicos consideran como núcleos o marcos en su encuentro inicial con los materiales, puede entenderse mejor, primero, como el producto histórico del trabajo de abogados, juristas y jueces que han llevado adelante (al-

5 Véase especialmente Kennedy, 1997: 172-73.

6 A esto se refiere el fenómeno de "anclamiento" (*sinking*), tratado en Kennedy, 1991.

guna parte del tiempo, consciente o inconscientemente) proyectos ideológicos contrapuestos (que pueden ser centristas, en el sentido definido más arriba) y, segundo, como siempre aunque impredeciblemente sujeto a desestabilización por futuras estrategias de trabajo con una orientación ideológica.

III

Para poder entender la posición presentada más arriba –posiblemente la posición dominante dentro de los *Critical Legal Studies* desde alrededor de 1985 y, hoy en día, la única posición que los CLS aún defienden de manera explícita– puede resultar útil contrastarla con una típica malinterpretación de los CLS proveniente de la corriente dominante de la filosofía del derecho angloamericana, en este caso, a cargo de mi amigo Brian Bix:

En particular, los teóricos de los CLS defendieron la indeterminación radical del derecho: el argumento de que los materiales jurídicos no determinan el resultado de los casos particulares. Los teóricos de los CLS generalmente aceptaron que los resultados de la mayoría de los casos eran *predecibles*, pero esto, afirmaban, no se debía a la determinación del derecho, sino a que los jueces tenían inclinaciones conocidas y previsibles. Los materiales jurídicos, por sí mismos, eran considerados indeterminados, porque el lenguaje era indeterminado, o porque las normas jurídicas tendían a incluir principios contradictorios que les permitían a los jueces justificar cualquier resultado que escogieran (Kelman, 1987). Generalmente, las críticas de los CLS fueron consideradas exageradas (Solum, 1987). Aunque es posible que haya casos para los cuales los materiales jurídicos no brindan un resultado claro, o por lo menos un resultado sobre el que todos puedan coincidir inmediatamente, esto no niega ni la facilidad de la vasta mayoría de las disputas

posibles ni la posibilidad de respuestas correctas para los casos más difíciles (Bix, 2003).

1. La tendencia fenomenológica de izquierda de los CLS (probablemente la tendencia dominante) sostenía que los materiales jurídicos determinan o no los resultados de los casos sólo en interacción con las estrategias argumentativas de los juristas que persiguen objetivos con recursos y tiempo limitados. Los materiales son una parte de la determinación, pero sólo en combinación con una actividad interpretativa que no es cognitiva sino consciente o inconscientemente estratégica. No es ni nunca ha sido la posición de esta tendencia dentro de los CLS que "los materiales jurídicos no determinan el resultado de los casos particulares", sino en cambio que su influencia está mediada, y que su determinación o indeterminación "intrínseca" o "esencial" es incognoscible.

Los materiales jurídicos son "indeterminados" únicamente en el sentido de que a veces es posible desestabilizar aprehensiones iniciales a través del trabajo jurídico –"intrínseca" o "esencialmente" no son ni determinados ni indeterminados–. Es verdad, a menudo los aprehendemos como determinando el resultado de un caso particular o, por el contrario, como no determinando el resultado (debido a que el caso está ubicado en la penumbra o dentro del marco). En un tipo de determinación aparente, predecimos un resultado *porque anticipamos que no se hará ningún trabajo para desestabilizar la aprehensión inicial*. Y a menudo será posible predecir que no se hará un trabajo de ese tipo, porque los proyectos ideológicos existentes, empoderados a través de la judicatura, probablemente estén de acuerdo con la aprehensión inicial, o con que el resultado no merece un trabajo desestabilizador. Podríamos anticipar que sería de otra forma si actores con proyectos ideológicos radicales o de alguna otra variante marginal trabajaran más comúnmente como jueces o como juristas influyentes.

En un segundo tipo de caso, los materiales jurídicos parecen determinados cuando, después de trabajar jurídicamente hasta agotar el tiempo y los recursos disponibles, el pronosticador se descubre incapaz de desestabilizar la aprehensión inicial de que hay una norma aplicable, y de que la norma decide el caso a favor

de una u otra de las partes. Él predecirá un resultado *porque anticipa que el trabajo que se realice para desestabilizar la aprehensión inicial fracasará*. La predicción de un resultado de la interacción entre los hechos tal como han sido presentados, el trabajo interpretativo y la "esencia" incognoscible de los materiales está basada en la creencia de que quien toma la decisión no logrará elaborar una buena argumentación a favor de un resultado alternativo. De nuevo, las ideologías centristas compartidas por jueces y juristas en los países capitalistas son un factor importante en este tipo de predicciones.

Los escritores de los CLS han trabajado desde el principio y en forma continuada para descubrir cómo es que las normas, particularmente en el campo de la propiedad y de los contratos, que parece que resistirán incluso el esfuerzo más sostenido de transformarlas a través de la interpretación, dadas las preferencias ideológicas de izquierda moderada y de derecha moderada compartidas virtualmente por todos los jueces en todos los países capitalistas, tienen un impacto enorme e injusto sobre los grupos oprimidos. Ésta es la contribución de los CLS a la sociología del derecho y al derecho y la economía de izquierda.

2. La noción de que la indeterminación del lenguaje explica el modo en que el derecho es indeterminado ha tenido cierta influencia en los CLS, particularmente en los primeros trabajos de Unger (1977: 88), y en escritores como Boyle (1985: 685, 710-11), que pretendían estar hablando por los CLS como un todo. Desde el principio, una corriente más influyente argumentó que las normas varían en cuanto a su "realizabilidad formal" o a su "administrabilidad", de manera tal que la simple crítica lingüística suele ser trivial, como lo son todas las otras argumentaciones a favor de la indeterminación "global" (Kennedy, 1973: 351; 1976: 1685).

La atribución que hace Bix a los CLS de la noción de que "las normas [tienden] a contener principios en conflicto" es extraña. La afirmación de los CLS era, a la Dworkin, que los principios, las políticas y los derechos, y por cierto las visiones de mundo, son todos parte de las fuentes del derecho comúnmente desplegadas, pero, contra Dworkin, que éstas están en inerradicable conflicto, dentro de cada uno de nosotros tanto como entre nosotros. Su

presencia conflictiva está reflejada en el más concreto "sistema de normas jurídicas válidas", que los CLS, siguiendo el realismo jurídico, entienden, *siempre*, como un compromiso complejo de esos conflictos (Kennedy, 2000; 2004). Debido a que las normas son compromisos, más que la realización coherente de uno u otro principio general, están mucho más abiertas a desestabilizaciones de varios tipos de lo que los escritores coherentistas reconocen.

3. Las "inclinaciones" de los jueces son relevantes porque orientan su trabajo jurídico (y el de otros juristas) para transformar las aprehensiones iniciales de lo que los materiales exigen en la particular dirección sugerida por los intereses materiales o ideales del jurista (a grandes rasgos, su ideología). Si el jurista va a tener éxito o no en el trabajo de hacer que los materiales se adecuen a su motivación estratégica extrajurídica material o ideológica nunca puede saberse de antemano (aunque, como con cualquier acontecimiento futuro incierto, podemos apostar por algún resultado). Los juristas constantemente aceptan interpretaciones de acuerdo con las cuales el derecho positivo es contrario a su concepción de lo que debería ser.

Más aún, las "inclinaciones" o la ideología no determinan las estrategias de trabajo del jurista de manera más conclusiva de la que el sistema de normas jurídicas determina los resultados. Las ideologías son tan indeterminadas como el ordenamiento jurídico. Hay un círculo hermenéutico aquí, en el cual las indeterminaciones de cada nivel se resuelven apelando a un nivel más profundo que tiene sus propias indeterminaciones, y así sucesivamente, hasta volver al punto de partida, en el cual las ideas jurídicas influyen en la ideología y viceversa (Kennedy, 1997: 187-91).

4. Las críticas de los CLS han sido consideradas exageradas (o indicadoras de incompetencia o insania) por una corriente dominante de juristas que las ha malentendido más o menos a la manera de Brian Bix en el pasaje citado. También han sido malinterpretadas con frecuencia, no de esa manera, sino como sosteniendo una "determinación en última instancia" por la base, o como una afirmación marxista vulgar de que los jueces son el "comité ejecutivo de la clase dominante", y que proceden caso por caso favoreciendo "los intereses del capital". Las malinterpretacio-

nes derivan en parte de la ignorancia más o menos completa de la fenomenología y de la teoría social crítica que se advierte en la corriente dominante de los teóricos jurídicos norteamericanos, en parte de los recursos limitados que estos teóricos invierten en el conocimiento de corrientes marginales (Bix es una excepción en su familiaridad con la producción de los CLS), y en parte del interés normal de los grupos dominantes por reproducir la marginalidad de los márgenes.

5. Todos saben que "hay casos para los cuales los materiales jurídicos no brindan un resultado claro". Y que hay casos en los cuales los materiales jurídicos no brindan un resultado "sobre el que todos podrían coincidir inmediatamente". Pero otra cuestión es afirmar que las críticas del tipo de las que plantean los CLS cargan con el lastre de "negar" "la facilidad de la vasta mayoría de las disputas posibles" (Bix, 2003). Esta afirmación cuantitativa tiene un lugar importante en el esquema positivista, o al menos en el hartiano. Sirve para asegurarnos de que el reconocimiento de la discreción judicial en la penumbra no plantea ninguna amenaza al valor liberal del imperio de la ley. De acuerdo con Hart, el "escéptico ante las normas" es bienvenido "en la medida en que no olvide que es bienvenido en el margen; y que no nos enceguezca respecto del hecho de que lo que hace posible que los tribunales hagan estos desarrollos sorprendentes de las normas más fundamentales es, en gran medida, el prestigio recogido por los tribunales en razón de sus actividades regidas incuestionablemente por las normas en las vastas áreas centrales del derecho" (Hart: 150; también 149, 121-41, 132).

La afirmación de los CLS es que la pregunta acerca de qué proporción de disputas reales o imaginarias tienen resultados determinados, dados los materiales jurídicos, tiene que ser respondida tomando en cuenta la posibilidad de que el trabajo jurídico vaya a desestabilizar la aprehensión inicial de lo que los materiales exigen. La determinación es una función de las palabras de las normas válidas, y del contenido de otras fuentes, y *también* de su interacción con los recursos y las estrategias de quienquiera que tenga el poder de hacer una interpretación jurídica, y *también* de la "cosidad" de los materiales y de los hechos presentados. Una vez que tomamos

esto en cuenta, las declaraciones sobre la "vasta mayoría de las disputas" o las "vastas áreas centrales del derecho" sencillamente carecen de sentido (Kennedy, 1997: 172).

6. Que los resultados no sean determinados en algunos casos, según Bix, no "niega la [...] posibilidad de respuestas correctas incluso para los casos más difíciles". El único sentido inteligible de una "respuesta correcta" en un caso, difícil o fácil, dada la fenomenología presentada más arriba, es que, habiendo trabajado con el tiempo y los recursos disponibles y de acuerdo con una estrategia elegida, el intérprete no puede encontrar una alternativa a cierta aprehensión particular de qué norma se aplica y de qué es lo que ésta requiere cuando se la aplica. En otras palabras, después de realizar la reducción fenomenológica, la "respuesta correcta" es la producida por una argumentación que tiene el "efecto de necesidad". Con respecto a si hay una respuesta correcta en el sentido de una respuesta accesible a la cognición, los CLS toman la posición de Kant sobre la "cosa en sí".

3. La distinción entre decisión judicial y legislación

Este capítulo aborda una de las "grandes dicotomías" (Bobbio, 1980) de la teoría política en general y de la teoría jurídica en particular: la distinción entre decisión judicial y legislación. Ya he sugerido que en la decisión judicial muchos niegan el elemento ideológico, y que los jueces operan de "mala fe". La negación es en parte una respuesta a la crítica de la decisión judicial, el elemento "viral" en el pensamiento jurídico norteamericano. La filosofía del derecho teoriza la negación explicando cómo la decisión judicial puede ser no ideológica, y es tiempo de examinar las distintas maneras en que lo hace.

Es importante distinguir desde el inicio entre negar el componente ideológico en la decisión judicial y negar que los jueces tomen decisiones que resultan importantes para las *intelligentsias* ideológicas. No creo que mucha gente niegue que a los liberales y a los conservadores les importan las decisiones de la Corte Suprema sobre el aborto, y que les importan de una manera que bien puede describirse como ideológicamente motivada. No creo que mucha gente niegue que a las *intelligentsias* ideológicas les concierne qué decisiones toman los tribunales cuando están resolviendo los detalles de la responsabilidad por los productos.

Pero es una cuestión diferente afirmar que el proceso discursivo a través del cual se desarrollan las normas, aquí la decisión judicial de los tribunales de apelación, tiene un contenido y una significación ideológica por derecho propio. Es diferente porque muchos liberales y conservadores creen, alguna parte del tiempo, hasta cierto punto, usualmente de mala fe, que a pesar de haber cuestiones ideológicas en juego en la definición de las normas, el proceso discursivo que dispone esas cuestiones eligiendo una in-

interpretación de la norma (decisión de los tribunales de apelación) no es o no debe ser ideológico. Los jueces, además, siempre afirman que ellos mismos proceden de acuerdo con un proceso discursivo que excluye positivamente la ideología, aunque por supuesto no deja de ser un lugar común acusar a otros jueces de no lograr hacer esta exclusión.

Hay dos maneras convencionales bastante diferentes de presentar la idea de que la práctica discursiva de los tribunales de apelación para elegir interpretaciones de normas excluye o debería excluir la ideología. Éstas tendrán una presencia importante en la discusión siguiente. Una es decir que el aporte judicial al proceso de creación de la norma es o debe ser "objetivo"; la otra es decir, mucho más modestamente, que no debe ser "personal".

Dentro de la cultura jurídica, desde finales del siglo XIX, ha habido un debate sobre la objetividad de los procedimientos que los jueces utilizan al elegir interpretaciones de normas jurídicas. *Para los abogados*, afirmo, el punto central de estas discusiones ha sido si los jueces son o no, o si tienen que ser o deberían ser, actores ideológicos. Decir que la creación judicial de derecho produce elecciones normativas que son objetivamente correctas es simplemente decir que produce elecciones normativas que no pueden atribuirse a las simpatías ideológicas del juez. A veces se afirma que hay otras cosas en juego, como el valor apolítico de la certeza en tanto facilitadora de las transacciones jurídicas, pero éstas resultan ser un relleno en el debate jurídico, aunque ocasionalmente sean atractivas para los extraños.

Algunos filósofos (de variadas convicciones e ideologías) que se han interesado por la objetividad "en general" y que encaran esta cuestión en el derecho de manera análoga a como surge en cualquier otra parte, han presentado un divertido espectáculo secundario de este debate. A menudo no han entendido lo que está en juego para el abogado, y entonces afirman que el derecho es objetivo de acuerdo con una caracterización de la objetividad que no responde al tema de la preclusión de la determinación ideológica, pensando que de esa manera nos están esclareciendo las cosas a nosotros, iletrados en materia de filosofía (véanse Coleman y

Leiter, 1993: 549; y Feldman, 1994: 551). Debido a que equivocan el punto, estas intervenciones no suelen incorporarse al debate de los abogados.

Stanley Fish cometió el error opuesto en su debate con Ronald Dworkin (Fish, 1982: 551). Él parecía pensar que debería confortarnos que, aun cuando el derecho ciertamente no sea objetivo, los jueces no tienen manera de escapar al control de su contexto. Pero el modo "siempre ya restringido" que propuso era claramente una restricción que no podía excluir la ideología.

El debate paralelo sobre si la decisión jurídica no es o no debería ser "personal" pone en juego los mismos elementos. Quienes no son abogados a veces interpretan que la exclusión de lo personal está dirigida a la corrupción, o a las preferencias azarosas de los jueces, digamos, por los litigantes que usan camisa azul. Pero la única cuestión real es lo personal entendido como lo ideológico. El siguiente pasaje es típico, sobre todo por su vaguedad con respecto a si los jueces "realmente no" deciden sobre la base de valoraciones personales, o están sólo dificultados para hacerlo, de manera que pueden introducir "cambios drásticos en la doctrina" sólo "en raras ocasiones".

El hecho de que los jueces estén protegidos de maneras significativas de la voluntad popular [...] hace que sea inapropiado que alcancen resultados sobre la base de sus valoraciones personales (y posiblemente idiosincrásicas). A pesar de todo el palabrerío de que esto es lo que los jueces realmente hacen, *la verdad es que realmente no lo hacen*. Las restricciones institucionales que ya he mencionado —combinadas con la exigencia de una decisión razonada y una obligación moral de sinceridad— son *contrapesos que dificultan* la imposición de las valoraciones personales de los jueces y que confinan a los tribunales a "movimientos moleculares". *Los cambios drásticos en la doctrina son raros*. Cuando ocurren, *por lo general son una construcción de largo tiempo* y, si tocan nervios morales sensibles, deben esperar un tiempo al menos equivalente para lograr la aceptación general necesaria para

hacerlos efectivos (Shapiro, 1988: 556-557; el destacado me pertenece).

Quiero sostener enfáticamente que en la cultura jurídica norteamericana actual esta versión de la decisión judicial (la de David Shapiro) no es la concepción "predominante" porque no hay una concepción predominante sobre el asunto. Los abogados oscilan entre el perfecto cinismo y el perfecto langdellianismo de fines del siglo XIX, con un espectro sorprendentemente grande e idiosincrásico de variantes en el medio. Con los académicos jurídicos pasa lo mismo. Los teóricos del derecho, quienes a menudo están involucrados profesionalmente en la cuestión, rechazan de manera unánime el "nihilismo" (sea lo que sea que eso signifique), pero en forma igualmente unánime rechazan cualquier tipo de "formalismo". Su espectro de variantes intermedias está más organizado en escuelas que las variantes azarosas de los abogados, pero no es menos barroco.

El artículo de Shapiro sí representa una ortodoxia, una visión que una vez fue meramente sentido común pero que se ha convertido en tradición, controvertida pero fiel a sus primeros principios en medio de un mar de herejes, decadentes y gruñones.

No voy a discutir si los jueces alcanzan o deberían alcanzar los resultados (la creación de normas) sobre la base de sus valoraciones personales o idiosincrásicas, si entendemos lo personal en el sentido de una "preferencia entre helado de chocolate y de vainilla", o de una preferencia por los litigantes que usan camisa azul o que ofrecen coimas. Lo que me interesa es la manera en que los compromisos ideológicos de los jueces (incluido el compromiso de no actuar ideológicamente) ingresan en la creación de normas, y las consecuencias de su presencia, si es que están presentes, bajo borradura o negación. Me parece claro que a veces los jueces eligen ciertas normas sobre la base de una deducción desde otras normas, y que a veces están (con gusto digo "impropiamente") influenciados por factores en verdad idiosincrásicos. Pero la orientación ideológica nunca es algo "meramente personal".

DECISIÓN JUDICIAL VERSUS LEGISLACIÓN

La distinción entre decisión judicial y legislación está íntimamente vinculada a otras varias distinciones, y es imposible explicarla sin referencia a ellas, que comprenden las distinciones entre un tribunal y una legislatura, entre aplicar y crear derecho, entre derecho y política, entre cuestiones objetivas y subjetivas, entre derechos y poderes, y entre funcionarios respaldados por su profesionalidad o por procesos electorales. Desde cierto punto de vista, la decisión judicial es lo que hacen los tribunales y la legislación es lo que hacen las legislaturas. Según esta versión, la distinción es parasitaria de una distinción previa entre las instituciones del tribunal y de la legislatura, y es meramente descriptiva. Lo que sea que los tribunales hagan es decisión judicial; lo que sea que las legislaturas hagan es legislación.

Es mucho más común, sin embargo, considerar que ambos son *métodos de decisión* que pueden o no caracterizar cualquier actividad dada de un tribunal o de una legislatura. Según la versión más antigua y simple de esta concepción, aunque no según el actual entendimiento de los abogados, lo que hacen las legislaturas cuando legislan es crear derecho, y lo que hacen los tribunales cuando emiten sus fallos es aplicar el derecho a los hechos. Pero es perfectamente posible que una legislatura tome una decisión sobre un caso y que un tribunal legisle. Según esta versión de la distinción, decisión judicial y legislación son conceptos mutuamente excluyentes: un actor no puede estar haciendo ambas cosas al mismo tiempo, decidir una cuestión de una manera excluye decidirla de la otra, aplicar derecho existente a hechos existentes es diferente de crear nuevo derecho para aplicar a hechos futuros (o pasados).

La distinción sigue siendo clara incluso si reconocemos que a menudo será necesario reformular la norma antes de poder aplicarla a los hechos. A primera vista no estamos seguros de cómo aplicar la norma a los hechos; resolvemos la cuestión apelando a las definiciones de las palabras. En la medida en que se entienda que el proceso de reformulación es "semántico" o "deductivo", en el sentido de que implica buscar el "significado" de las pala-

bras que componen la norma a aplicar, no es, según este entendimiento, creación de la norma, incluso si se trata de un caso difícil. Las "cuestiones de derecho", en tanto convencionalmente diferenciadas de las "cuestiones de hecho", caen dentro del ámbito propio del juez, según esta concepción, porque involucran cuestiones objetivas de significado y no los juicios subjetivos que se requieren cuando hacemos la elección política de aplicar una norma u otra a una determinada situación de hecho.

La distinción entre decisión judicial y legislación ha sido a menudo un cimiento fundamental de la teoría normativa del Liberalismo (con mayúscula para distinguirlo de "liberalismo", la ideología política opuesta al conservadurismo). Con "Liberalismo" quiero decir creencia en los derechos individuales, regla de la mayoría e imperio de la ley. Las teorías liberales del imperio de la ley requieren la separación de poderes como un medio para proteger los derechos individuales en un régimen de gobierno de la mayoría. La separación entre las instituciones legislativas y judiciales corresponde exactamente a la distinción entre legislación y decisión judicial como métodos de decisión. Las legislaturas *deberían* legislar y sólo legislar; los tribunales *deberían* emitir fallos y ninguna otra cosa, incluso si de hecho pueden violar estas restricciones vinculadas a su rol.

Según esta concepción normativa, el proceso de creación de derecho requiere juicios de valor, que son inevitablemente subjetivos, y por lo tanto políticos. Dado que la creación de derecho es política, debería estar a cargo de funcionarios electos (posiblemente sujetos a restricciones impuestas por la gente en general a través de la creación constitucional de derecho), que operen según una norma de responsabilidad hacia sus votantes.

En cambio, las legislaturas no deberían emitir fallos. Es la decisión judicial (aplicación del derecho) la que determina los derechos de las partes en las disputas. Los liberales, tanto de la escuela positivista como de la de los derechos naturales, coinciden en que el imperio de la ley significa que las partes tienen derecho a la determinación de sus derechos, como quiera que estén establecidos, por un proceso que no esté contaminado por las preferencias políticas subjetivas de la mayoría. Según apunté más arriba, estos es-

critores están preocupados no tanto por lo excéntrico, lo verdaderamente "personal", sino por lo ideológico, lo que James Madison llamaba "facción".

La decisión judicial, según la antigua concepción, no necesita ser política, porque involucra cuestiones de significado y cuestiones de hecho que son independientes de los juicios de valor (y, por lo tanto, objetivas). Dado que la determinación de las cuestiones de derecho puede hacerse de modo objetivo, y no ideológico, parece obvio que así debería ser. Por lo tanto, tendría que serle confiada a profesionales entrenados que operen bajo una norma de fidelidad "independiente" al derecho. Los tribunales constituidos para desempeñar esta función no deberían legislar porque no han sido elegidos mediante un proceso electoral.

Según esta concepción normativa, la expresión "legislación judicial" tiene un significado normativo invariablemente negativo, tal como en esta oración de un periodista sofisticado que comentaba una nominación a la Corte Suprema: "A pesar de que los instintos de Breyer son moderados y no activistas, su pragmatismo plantea interrogantes sobre la legislación judicial que sería provechoso explorar" (Rosen, 1994: 20). Esta teoría considera que el imperio de la ley significa que el ejercicio de la fuerza o la violencia sobre los ciudadanos debe estar justificado de dos maneras: primero, por una apelación a una norma producida a través de un proceso democrático de toma de decisiones que está encarnado en la legislatura o en el proceso constituyente; segundo, por una aplicación de la norma a los hechos en un proceso que sea independiente del proceso de decisión que la generó. La legislación judicial es problemática porque viola el primer requisito, así como el juzgamiento en la legislatura viola el segundo.

Esta versión de la distinción entre legislación y decisión judicial y de su lugar en la teoría liberal desempeña un rol sustancial en la cultura política popular, pero tiene poco crédito entre la *intelligentsia* y menos aún entre la *intelligentsia* específicamente jurídica. La razón es que no parece plausible describir la actividad de los jueces sólo en términos de aplicación del derecho, al menos tal como ésta suele entenderse.

Por supuesto, los jueces aplican derecho todo el tiempo, en el sentido de que toman una norma que todos los involucrados entienden como "válida" y preguntan si sus supuestos de hecho se han probado. Pero parece igualmente obvio que los jueces constantemente tienen que hacer algo que es mejor descripto como creación de derecho que como aplicación de derecho. Como mínimo, los jueces a menudo tienen a su cargo el trabajo de resolver lagunas, conflictos o ambigüedades del sistema de normas jurídicas. En algunos casos, ninguna reformulación basada en las definiciones subyacentes de las palabras que componen la norma aplicable produce una resolución válida deductivamente. Cuando se coincide en que hay una laguna, un conflicto o una ambigüedad en este sentido, entonces también se coincide en que el juez que la resuelve "crea" una nueva norma y después la aplica a los hechos, en lugar de meramente aplicar una norma preexistente.¹

Cuando se la identifica con el contraste entre creación del derecho y aplicación del derecho, la dicotomía legislación/decisión judicial parece no admitir términos medios. Pero tan pronto como pasamos a la noción más amplia de interpretación jurídica, se sigue que la decisión judicial implica tanto crear como aplicar. Pero no se sigue, y está sujeto a controversia, que la creación judicial del derecho deba ser o sea de hecho "legislación judicial" y por lo tanto repugnante a la parte de la teoría del imperio de la ley que requiere una legitimación democrática (legislativa) para el uso de la fuerza contra el ciudadano.

Los jueces norteamericanos niegan enérgicamente que lo que hacen incluso en los "casos difíciles" tenga que ser o sea de hecho legislación judicial, aun si a menudo conceden que crean derecho. Argumentan a favor de particulares elecciones normativas con una retórica de necesidad apolítica. Creo que es justo decir, sin embargo, que sus afirmaciones para cada caso de que están constreñi-

1 No es mi intención aquí tomar partido en ningún debate. Incluso Ronald Dworkin coincide con que los jueces crean derecho en el mínimo sentido indicado en el texto. Véase Dworkin, 1986: 6.

dos por los materiales jurídicos a alcanzar resultados con respecto a los cuales su política es irrelevante no son convincentes.

Primero, es una convención de la escritura de sentencias judiciales, y un requerimiento de la cultura popular, que los jueces se representen a sí mismos como neutrales con respecto al contenido del derecho que crean. Segundo, cualquier juez individual que crea una norma particular tiene un interés, un interés en que su norma prevalezca, en no presentar su elección normativa como legislación judicial. Tercero, muchas afirmaciones particulares vestidas con una retórica de necesidad jurídica en las sentencias judiciales no son convincentes "de por sí", y por lo tanto plantean el interrogante de qué es lo que "realmente" está determinando el resultado.

En crudo contraste con la perspectiva que los jueces presentan en sus sentencias, la práctica habitual del periodismo sofisticado trata a los jueces, al menos a los de la Corte Suprema, como actores políticos cuyas concepciones y alineamientos pueden ser analizados a través del vocabulario convencional de la política. De hecho, como se aprecia en la siguiente cita, el tratamiento periodístico de la Corte utiliza el lenguaje de la ideología con más confianza de lo que lo haría un tratamiento equivalente de las disputas legislativas, dada la difundida opinión de que las divisiones puras entre izquierda y derecha describen sólo parcialmente la política legislativa. Linda Greenhouse describe de la siguiente manera el período de 1993 de la Corte Suprema para la edición dominical del *New York Times*, sección "Repaso de las novedades de la semana":

Muchas de las decisiones producidas [por los jueces] revelan profundas divisiones y algunas llevan la marca de un combate ideológico en bruto [...].

El intercambio [...] subrayó la dinámica actual de la Corte: los jueces Thomas y Scalia en el extremo conservador del espectro de la Corte, y los jueces Blackmun, Stevens, Souter y Ginsburg ocupando un lugar que, aunque ciertamente no es liberal en sentido clásico, puede ser definido como liberal en relación con el lugar donde se ubica la Corte hoy [...]

El juez Kennedy ocupó el centro gravitacional de la Corte (Greenhouse, 1994, sec. 4: 1).

Vale la pena notar que en el único intercambio argumentativo que ella menciona, el ala "liberal" ataca a los "conservadores" por hacer "un intento 'radical' de discutir política en vez de derecho". Los jueces, en otras palabras, se atacan unos a otros acusándose de realizar legislación judicial incluso cuando los comentaristas cuentan la historia en términos estrictamente ideológicos. Una semana después, un periodista del *Boston Globe* retrató el "maquillaje ideológico general" de la Corte en un espectro que incluía las categorías liberal, liberal moderado, moderado, conservador moderado y conservador, y predecía que Stephen Breyer sería un liberal moderado (Flint, 1994, sec. 1: 1-16).

Gran parte del trabajo jurídico académico norteamericano se ocupa de si hay un método políticamente legítimo de creación judicial de derecho a través de la interpretación de los materiales jurídicos—en otras palabras, un término medio entre aplicación del derecho y legislación judicial—. Esta literatura es a la vez descriptiva y normativa. Podría decirse que buena parte de ella es simultáneamente tranquilizadora y celebratoria. Por ejemplo, presenta a jueces famosos como parangones precisamente porque se las arreglan para realizar grandes contribuciones al derecho (esto es, para crear una buena cantidad de "buen" derecho) sin caer en la trampa de la ideología. He aquí a John Noonan, un juez que primero fue un profesor de derecho, comentando, para la *intelligentia* general de lectores del *New York Times Book Review*, la celebratoria biografía del juez Learned Hand escrita por un profesor de derecho:

[El profesional] no estaba comprometido con una agenda conservadora ni liberal, sino con un credo de limitación judicial [...] reforzado por su propia experiencia de la democracia. La limitación judicial fue el estandarte de los liberales cuando los conservadores dominaron los tribunales; continuó siendo el estandarte de jueces como Learned Hand y Felix Frankfurter aun después de que los liberales estuvieran en ascenso en el poder judicial. El re-

sultado es que las sentencias de Hand no complacen enteramente ni a la izquierda ni a la derecha [...]. La corrección política no fue su preocupación. Él buscaba producir la decisión correcta (Noonan, 1994: 7).

Unos pocos meses después, Vincent Blasi, también profesor de derecho, comentaba una biografía del juez Lewis Powell exactamente en el mismo tono:

En una época en que había presiones feroces para que se interpretase la Constitución en favor de una u otra de las agendas partidistas, Lewis Powell hizo probablemente más que nadie para mantener vivo el ideal de la independencia judicial. Pocos jueces en la historia han logrado separar con tanto éxito sus predilecciones políticas de sus juicios sobre lo que la Constitución significa. La actuación del juez Powell decepcionó a muchos conservadores [...]. Dado que su visión prevaleció en un gran número de decisiones muy reñidas, la independencia del juez Powell tuvo un gran impacto en el desarrollo del derecho (Blasi, 1994: 31).

Al autor de una carta de lectores le preocupaba que el comentario pudiese confundir al "lego instruido" haciéndolo pensar que la "independencia" era la excepción y no la regla en la Corte Suprema, pero coincidía en que "la habilidad (de Powell) para poner el derecho por delante de cualquier consideración ideológica o política es lo que lo convirtió en un jurista de renombre" (Levine, 1994: 31).

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DECISIÓN JUDICIAL

Si bien no de un modo tranquilizador ni celebratorio, este apartado aborda la angustia implícita en la particular elección de estos comentaristas a la hora de formular sus elogios. Si lo que hace superior a un juez es su habilidad para resistir las predilecciones ideoló-

gicas no sólo de otras personas sino también las suyas propias, entonces parece seguirse, como entiende el autor de la carta, que el juez no tan bueno no logra hacerlo. Al construir sus teorías normativas, los filósofos del derecho toman posiciones sobre qué es posible que los jueces hagan, y apelan constantemente a ideas sobre qué es lo que hacen de hecho. En el proceso, proveen una tipología de enfoques sobre la cara oculta ideológica de la decisión judicial.

Podemos distinguir no menos de cinco estrategias generales para lidiar con el problema. La primera, asociada con el positivismo clásico a través de H. L. A. Hart ([1961], 1994), es negar o al menos ignorar la posibilidad de un término medio, argumentando que lo que no es aplicación del derecho es sin más legislación judicial. Un problema básico de este enfoque es que hay un gran número de casos en los que el juez por lo menos reformula la regla jurídica existente.

¿Es plausible que siempre que la reformulación del juez sea algo distinto de una deducción desde el "núcleo de significados" de las palabras contenidas en una formulación anterior válida debamos entender que ese juez se está comportando como lo haría si fuera legislador? Nadie interesado en el análisis político del sistema jurídico adoptaría una hipótesis semejante. Parece demasiado obvio argüir que los contextos institucionales de la decisión judicial y de la legislación son tan diferentes, que idénticos motivos ideológicos en jueces y legisladores producirán resultados sustantivos muy diferentes en cuanto a la creación de normas. Pero la pregunta es: ¿diferentes de qué manera?²

2 La actitud de Hart hacia esta cuestión tal vez esté bien representada en la siguiente declaración: "En este punto [donde el derecho se agota] los jueces pueden hacer otra vez una elección que no es ni arbitraria ni mecánica; y aquí a menudo despliegan virtudes judiciales características, cuya especial pertinencia para las decisiones jurídicas explica por qué algunos se muestran reticentes a llamar a esa actividad judicial 'legislativa'. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad en la investigación de las alternativas, consideración del interés de todos los que se van a ver afectados, y una preocupación por desplegar algún principio general aceptable como base de la decisión" (Hart [1961], 1994: 200).

La segunda posición, que asocio con Hans Kelsen,³ Roberto Unger (1975: 88), Mark Tushnet (1988: 52-57), Gary Peller (1985: 1151, 1181) y James Boyle (1985: 710-711), hace colapsar la distinción entre creación y aplicación de normas, al mostrar que esta última no puede estar aislada de la influencia "subjetiva", incluyendo la influencia ideológica. Parece seguirse *a fortiori* que la actividad mucho menos estructurada de resolver lagunas, conflictos y ambigüedades es similarmente porosa. Hay una serie de argumentos para explicar por qué la aplicación de normas "no puede ser objetiva", que se apoyan en filósofos del lenguaje tan diversos como John Locke, Ludwig Wittgenstein, Richard Rorty y Jacques Derrida, pero aquí bastará un ejemplo.

A menudo se sostiene que "ninguna regla puede determinar el alcance de su propia aplicación", en el sentido de que aplicar, digamos, "cierra la puerta a las cinco" va a requerir juicios sobre si los detalles en el orden de los acontecimientos corresponden o no corresponden a los conceptos "cerrar", "puerta" y "cinco". Como cuestión lógica, los fundamentos de estos juicios no pueden encontrarse en los conceptos mismos. Pero no hay tests "objetivos" de correspondencia fuera del texto de la norma, una vez que se acepta que el lenguaje no es el espejo de la naturaleza.

Es común responder (como lo ha hecho Owen Fiss, 1982) que cuando el aplicador de la norma actúa, lo hace de acuerdo con algo distinto de un proceso deductivo, confiando en la "razón práctica", el consenso de la "comunidad interpretativa", o lo que fuere. Los críticos replican que cualquiera sea el método que uno elija como solución para el "problema de la aplicación", esto es, sea como sea que uno fundamente la aplicación de normas, ese método no tendrá la cualidad de demostrable u objetivo que sería necesaria para garantizar que la ideología de quien tomó la decisión no desempeñó rol alguno en la elección de un resultado (Brest, 1982).

3 Kelsen (1992: 36). Para una interesante colección de ensayos sobre la teoría de la interpretación, véase Kelsen, 1995.

El hecho de que incluso el núcleo duro de la aplicación de normas colapsara como creación de normas, y la consiguiente apertura a la influencia ideológica, fueron acontecimientos importantes en las discusiones culturales generales sobre las restricciones de rol y sobre "estar en lo correcto". Pero la estrategia del colapso es menos importante para la empresa que estamos abordando aquí: la de determinar el carácter particular de la creación judicial de derecho como opuesta a la legislativa.

Es ya ampliamente reconocido en nuestra cultura jurídica que los jueces crean derecho a través de la interpretación jurídica. Más aún, es evidente que en muchos o en la mayoría de los casos todos los involucrados vivencian el proceso de aplicación no sólo como no problemático, sino también como no problematizable, aunque sea claramente no deductivo. Y al formular normas tenemos una opción entre usar términos que serán "fáciles" ("puedes votar a los 21 años") y términos que serán "difíciles" ("cuando lo gres tener buen carácter") de aplicar. La vivencia de los significados claros sobrevive a la pérdida de su fundamentación metafísica (Kennedy, 1973; 1976). Aunque los casos problemáticos de aplicación de normas sigan siendo comunes a pesar de nuestros mejores esfuerzos, plantean a la tesis de la neutralidad ideológica en la decisión judicial un problema menor que la reconocida apertura del proceso interpretativo.

Las elecciones de los jueces entre normas nuevas propuestas para resolver lagunas, conflictos y ambigüedades son discutibles (y discutidas) dentro de un discurso normativo distintivo de interpretación legal y constitucional, precedentes y políticas. Este discurso puede a veces presuponer falsamente que cualquier norma que los jueces adopten puede ser aplicada "neutralmente", y es verdad que a veces cómo se apliquen las normas es tan importante como lo que ellas "son". En un sistema de *common law*, pero no en un sistema codificado, cuando los jueces reformulan las normas en el proceso de aplicarlas al caso particular, las reformulaciones se convierten en parte del cuerpo de "fuentes" del derecho en casos posteriores. Los abogados del *common law* interesados en la creación judicial de derecho siempre se han interesado en este proceso y en cómo podríamos compararlo con el proceso

legislativo. Mostrar que el derecho se crea incluso en la más rutinaria aplicación de una norma a los hechos es importante, pero parece más importante, ante todo, intentar descubrir cómo es que se crean las normas.

La tercera posición es que, si bien no hay término medio, en el sentido de un método distinto tanto de la decisión judicial como de la legislación, la creación judicial de derecho es igualmente distinta de la legislación porque está limitada por su sustancia. La declaración de Oliver Wendell Holmes es, en ese sentido, ya un clásico: "Reconozco sin dudar que los jueces legislan y tienen que legislar, pero sólo pueden hacerlo intersticialmente; están confinados a 'movimientos de molares a moleculares'".⁴ Otra sería la lista de Félix Frankfurter sobre doctrinas que confinan la decisión judicial constitucional y por tanto limitan su impacto político (legitimación para litigar, caso o controversia, doctrina de la cuestión política) (Frankfurter, 1939: 21). Además de la lista de Joseph Raz sobre las restricciones institucionales de la decisión judicial (Raz, 1979: cap. 10).

Una solución de este tipo acepta que lo que no es aplicación de normas es metodológicamente indistinguible de la legislación judicial, y tal vez reconoce que el carácter no democrático del juzgar hace que eso sea problemático. Otra concesión sería que las normas de segundo nivel que confinan la creación judicial de derecho dentro de una "esfera" están sujetas a la misma crítica que la creación judicial de normas de primer orden. En otras palabras, ¿qué garantiza una distinción no ideológica entre creación de derecho "intersticial" y "macro", o entre cuestiones "políticas" y "judiciales"? Desde el momento en que el juez está haciendo algo más que aplicar (buscar el significado de) las normas que confinan el alcance de su creación legislativa de derecho, incurre en legislación judicial sobre el alcance de la legislación judicial (véase Fuller, 1958).

La cuarta solución aborda este problema proponiendo un término medio genuino entre aplicación del derecho y legislación

4 Holmes, 1917 (Holmes en disidencia). Véase Grey, 1996.

judicial. Éste es el método de la "coherencia" o "encaje", a través del cual el juez puede crear nuevas normas jurídicas sin consultar sus propias preferencias legislativas. Asocio esta solución con el trabajo de Benjamin Cardozo (1957), Karl Llewellyn (1960), Lon Fuller (1978), Henry Hart y Albert Sacks (1994), Neil MacCormick (1978, caps. 7 y 8), J. M. Finnis (1985) y Ronald Dworkin (1986). La creación de normas a través del encaje o la coherencia es distinta del método de desarrollar las definiciones de las palabras de las normas jurídicas como una ayuda para aplicarlas, porque está enfocada en la elección entre diferentes normas propuestas para resolver una laguna, un conflicto o una ambigüedad en el sistema jurídico visto como un conjunto de normas. Está claro que el juez está creando derecho. Lo hace tratando la totalidad del corpus existente de normas (en lugar de las palabras de una norma en particular) como el producto de un plan racional implícito, y preguntando cuál de las normas propuestas desarrolla mejor ese plan. Si él emplea el método de la coherencia, el derecho que crea no estará influenciado por sus convicciones personales, simplemente porque va a seguir el plan racional incluso cuando no lo comparta.

El método de la coherencia permite que el juez haga trabajo ideológico cuando promueve un régimen jurídico particular desarrollándolo ante la existencia de una laguna, un conflicto o una ambigüedad. El régimen puede ser incomprensible, salvo como la resultante de una concepción ideológica, en el sentido de una concepción liberal o conservadora. En el caso habitual, la legislatura ha sancionado una ley comprehensiva, digamos, la Ley Nacional de Relaciones de Trabajo, que rechaza conscientemente un régimen conservador preexistente de relaciones de trabajo y en forma igualmente consciente adopta un régimen liberal opuesto. El juez que quiera resolver un caso de forma tal que "encaje" en el esquema legal tiene que proseguir la concepción liberal. Pero no es su ideología "personal" sino la del jefe legislativo (o constitucional) la que lo guía. La concepción de la coherencia permite un análisis similar de varios cuerpos de jurisprudencia. El juez cumple el mandato ideológico de los jueces anteriores, confiando en que la legislatura cambiará esa ideología si así lo desea.

Un teórico de la coherencia puede creer, como lo hace Dworkin, que el régimen jurídico tomado como un todo es inteligible sólo como expresión de una combinación particular de concepciones político-teóricas. Si éste es el caso, la coherencia requiere la exclusión categórica del proceso interpretativo de otras convicciones políticas: "Un juez que acepta esta restricción, y cuyas propias convicciones son marxistas o anarquistas o están tomadas de alguna tradición religiosa excéntrica, no puede imponer esas convicciones a la comunidad bajo el título de derecho, sin importar cuán nobles o iluminadas crea que son, porque ellas no pueden proveer la interpretación general coherente que él necesita" (Dworkin, 1985: 2). Esta declaración me parece extraña (posiblemente debido a mi propia combinación de convicciones marxistas, anarquistas y religiosas excéntricas) pero típica de las aspiraciones reductoras de los teóricos de la coherencia (exploradas más abajo).

La posición de que hay una metodología intermedia entre la aplicación del derecho y la legislación judicial es consistente con la idea (la tercera solución planteada más arriba) de que hay normas que restringen el alcance de la creación judicial de derecho y por tanto sirven para limitar el impacto de la ideología en la decisión judicial. Ciertamente, el método de la coherencia brinda una respuesta al temor de que tales normas no consigan más que postergar el problema de la legislación judicial empujándolo desde la interpretación de normas sustantivas hacia la interpretación de normas supuestamente restrictivas. El juez que interpreta la doctrina de la cuestión política o la más vaga noción de "intersubjetividad" a través del requerimiento de coherencia con casos anteriores y con otras normas del sistema está promulgando la ideología "del sistema" sobre la restricción judicial o el activismo judicial, y no su visión personal.

Uno podría distinguir dos variantes de la posición de que hay un término medio metodológico. La versión inglesa permanece fiel a su herencia positivista benthamita, al postular que hay un límite para el espectro de casos que corresponden al método de la coherencia. Los jueces están obligados a decidir todos los casos que se les presentan, y algunos de éstos están más allá del rango

medio –en otras palabras, el derecho “se agota” y el juez debe legislar–. Por supuesto, lo hace sujeto a diversas restricciones, como la exigencia de un caso o una controversia, descriptas más arriba.

De acuerdo con esta versión, hay dos formas de legislación judicial, y sólo una de ellas tiene una connotación negativa. Si, por un lado, el juez no logra desempeñar su función de creación judicial de derecho de acuerdo con el método de la coherencia, y particularmente si crea una norma que se corresponde con su preferencia legislativa más que con la preferencia implícita en los materiales jurídicos, entonces el imperio de la ley está en peligro. Por otro lado, cuando el derecho “se agota”, él es simplemente una víctima de las contradicciones que existen entre las restricciones de rol propuestas por la cultura política popular. Se supone que debe decidir el caso sin legislación judicial, pero esto es imposible. Dado que no decidir también es imposible (hacerse a un lado significa que el acusado gana), lo correcto es que haga lo que piensa que es correcto, dejando que la legislatura o (en los Estados Unidos) el proceso de enmienda constitucional lo corrijan si está equivocado.

En la versión norteamericana, el método de la coherencia dará una “respuesta correcta” a cualquier litigio sobre el cual el juez tenga jurisdicción. Podrá haber tipos de casos para los que el método de la decisión judicial sea inapropiado (Fuller, 1978: 393-405; Hart y Sacks, 1994: 646-647), pero la doctrina jurídica misma define estos casos y prohíbe que el juez los decida ; más que exigirle que lo haga. El acusado gana “como una cuestión de derecho”, más que por una denegación de justicia. El juez nunca tiene que legislar, y la legislación judicial es *siempre* mala. Se puede honrar la retórica judicial convencional de la restricción por el derecho, en vez de tratarla a la manera positivista como un fraude piadoso. En esta versión, el juez puede hacer su trabajo.

Con el paso de Cardozo a Fuller y Llewellyn a través de Hart y Sacks hacia Dworkin, hay una notable evolución de esta posición, que se orienta a desdibujar la diferencia entre el término medio de la coherencia y la legislación judicial, mientras al mismo tiempo afirma vigorosamente su importancia. Dworkin y muchos otros teóricos norteamericanos del derecho conceden (incluso

afirman) el carácter político de la decisión judicial. Afirman la posibilidad de "corrección" incluso en los casos "más difíciles", a la vez que abandonan progresivamente la idea de que esta corrección pueda ser "objetiva" o demostrable, en el sentido de que cualquier practicante racional del razonamiento jurídico tendría que aceptarla, y sin duda alguna no controversial dentro del canon del buen razonamiento jurídico. Conservan, sin embargo, una clara distinción entre juzgar y legislar:

La práctica jurídica es un ejercicio de interpretación no sólo cuando los abogados interpretan documentos o leyes particulares, sino en general. El derecho así concebido es profunda y completamente político. Los abogados y los jueces no pueden evitar la política en el sentido amplio de teoría política. Pero el derecho no es una cuestión de política personal o partidaria, y una crítica del derecho que no comprenda esta diferencia brindará un entendimiento pobre y una guía más pobre aún (Dworkin, 1985: 147).

Para Dworkin, un caso difícil puede requerir juicios de "teoría política" porque puede haber más de una solución que satisfaga la exigencia de coherencia o encaje. Más aún, la operación de investigar si una solución propuesta pasa el test inicial de encaje va a estar influenciada por las mismas teorías políticas a las que el juez apela si al fin y al cabo debe elegir entre resultados que son igualmente coherentes. No hay ningún metacriterio para elegir entre teorías políticas, o entre versiones de coherencia influenciadas por esas teorías, que no sea la convicción del juez de que una teoría dada es la mejor.

Como apunta Gerald Postema (1987), ésta es una versión "protestante" extrema de la "corrección" en la interpretación. En los casos difíciles, el juez no puede apoyarse en una autoridad externa, ni siquiera en la idea de objetividad, y no puede esperar compeler a otros a que coincidan con él; pero no va a sucumbir a la duda con respecto a si la verdad que busca "existe realmente" fuera de sí. "Los jueces que deciden casos constitucionales difíci-

les [no] están simplemente votando por sus convicciones políticas personales tanto como [sic] si fueran legisladores o delegados en una nueva convención constituyente" (Dworkin, 1985: 2). Si el juez está haciendo "política ordinaria disfrazada", es "incompetente o tiene mala fe" (Dworkin, 1986: 411).

Examinemos, finalmente, la versión del derecho civil sobre la decisión judicial, una quinta estrategia que combina todos estos elementos de otra manera. En la tradición continental, la historia oficial es que el rol del juez es aplicar el Código pertinente a los hechos del caso bajo una presunción de ausencia de lagunas. Si el caso no puede ser resuelto a través de un análisis semántico o deductivo de los significados de los términos de una norma válidamente promulgada, el juez despliega técnicas interpretativas basadas en la presunción de que el Código es la resultante coherente de una estructura conceptual particular. Él hace lo mejor que puede pero no contempla la posibilidad de que "no haya una respuesta correcta". En la versión oficial, el juez siempre puede hacer su trabajo, aunque algunos casos son más difíciles que otros. A este respecto, Dworkin es un continental.

Pero la versión oficial (Lasser, 1995) niega, primero, que el juez deba ir alguna vez más allá de la coherencia o el encaje, hacia el ámbito dworkiniano de las teorías políticas sostenidas de manera personal, y, segundo, que estas teorías generales influyan legítimamente en la operación de determinar esa misma coherencia. Los pensadores continentales más radicales sugieren que a veces puede ser necesario que el juez vaya más allá de la forma conceptual de la coherencia hacia la noción de "progreso" o "evolución social", pero no enfatizan sino que soslayan el carácter controversial de estas ideas. Incluso los continentales de la escuela del derecho libre se toman la convención de la necesidad judicial mucho más en serio que los académicos norteamericanos en boga (Arnaud, 1975).

TIPOLOGÍA DE TEORÍAS DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Deducción + legislación judicial	Hart
Legislación judicial	Unger
Deducción + normas limitantes + legislación judicial	Raz
Deducción + coherencia + legislación judicial	MacCormick
Deducción + coherencia + teoría política personal	Dworkin
Deducción + coherencia	Civilistas

Es bastante claro que el desarrollo de cada una de estas teorías de la decisión judicial ha sido parte de un proyecto político más amplio. Tan pronto como pasamos de entender la decisión judicial como aplicación de normas a entenderla como interpretación, amenazamos con desestabilizar la estructura conceptual liberal que distingue los tribunales de las legislaturas, el derecho de la política, la toma de decisiones técnica de la toma de decisiones democrática, y el imperio de la ley de la tiranía. Esa estructura conceptual, ya sea entendida como una prescripción o como una descripción de la realidad, juega un rol central en las controversias ideológicas entre los varios conservadurismos, liberalismos y radicalismos, incluidas las variantes marxistas. La cuestión del rol de la ideología en la decisión judicial es una cuestión ideológica.

La teoría que propongo está más cerca del modelo norteamericano de un término medio entre aplicación del derecho y legislación judicial, y de su variante dworkiniana, que de cualquiera de las otras en esta tipología. Pero no pienso que las distinciones centrales de Dworkin, entre "teoría política" y "política partidaria o personal", y entre derechos y políticas, puedan hacer el trabajo que él pretende que hagan. Dado que afirma la presencia de la ideología en todos los aspectos de la decisión judicial, mi formulación se asimila a la estrategia crítica que hace colapsar la distinción entre creación de normas y legislación judicial, pero se distingue por rechazar la confianza que ésta tiene en una crítica meramente lógica (y no "interna") de la práctica judicial.

Mi argumento es que la peculiar solución de la teoría norteamericana del derecho al problema de la legislación judicial es una respuesta a una situación en la que las cuestiones ideológicas dis-

puestas por la creación judicial de derecho son muy significativas, mientras que la crítica interna de los regímenes jurídicos y de las sentencias judiciales que los racionalizan está altamente desarrollada.

4. El constitucionalismo norteamericano como religión civil

Notas de un ateo

Las personas que estudian el constitucionalismo norteamericano suelen referirse a la religión como una analogía, o tratan el constitucionalismo como una forma de religión civil. Quiero tomar esta analogía con la religión de un modo algo más serio que el que parece haber estado de moda durante el año del bicentenario.

La analogía con la religión a veces indica que las personas "reverencian" la Constitución (acaso como una emanación de la deidad democrática El Pueblo) tanto como reverencian la Biblia como palabra de Dios en la religión dominante; que atribuyen gran poder al derecho, como una especie de equivalente del Espíritu Santo, una emanación de la divinidad; que hay un aura de espiritualidad en las discusiones del documento y de los derechos que supuestamente garantiza; que los Constituyentes son como profetas; y que el documento recibe una exégesis de espíritu similar al de la exégesis bíblica.

La conclusión más obvia que parece seguirse de la analogía puede ser algo así como: "no se debe ser demasiado racionalista al tratar de entender de qué se trata la Constitución, y especialmente al tratar de entender cómo reaccionan las personas ante la Corte Suprema de los Estados Unidos". La analogía podría referirse al culto de la Familia Real Británica y su rol en la vida social y política británica.

Hay una teoría implícita de lo que la religión es y de cómo funciona en la estructura social que hace que la analogía parezca interesante e importante, y que lo anterior aparezca como una conclusión plausible que se extrae de ella. Esa teoría parece plantearse de la siguiente manera: una religión es un cuerpo de

creencias metafísicas, preceptos morales y prácticas rituales, fundadas de manera irracional y compartidas conscientemente por algún grupo. El rol de la religión en la sociedad podría plantearse en términos de creencias religiosas, preceptos y rituales compartidos que definen patrones de conducta de la vida diaria, mantienen unidos a los miembros de una sociedad, y le brindan a ésta su identidad frente a otros, tales como extranjeros y desviados internos (personas que profanan la fe constitucional, digamos, como tal vez los comunistas, excepto porque ellos siempre están guareciéndose tras ella). En la medida en que todos sean tolerantes (una salvedad importante), la religión es una parte de la vida comunitaria en el peor de los casos inofensiva, y en el mejor, socialmente valiosa y espiritualmente válida.

Pero el modelo de la Familia Real Británica para el constitucionalismo como religión civil es sólo parte de la historia. También utilizamos la analogía para entender la obediencia a la Corte Suprema, que va mucho más allá de lo que uno esperaría si considerara que está basada en un acuerdo racional, en la fuerza o en un contrato.

Esta noción se encuentra resumida en la yuxtaposición de la famosa afirmación del juez Brewer en el caso *Debs* (1885), cuando señaló que los huelguistas se dispersaron voluntariamente tan pronto como supieron que la Corte había decidido que su acción era ilegal, con la consideración contemporánea del juez Holmes de que cuestiones como las que estaban involucradas en esa huelga se reducían en última instancia a asuntos de política pública sobre los cuales jueces con diferentes simpatías económicas bien podrían disentir (Holmes, 1894). La idea de religión parece útil para entender la habilidad de la Corte a la hora de generar obediencia ante decisiones políticamente controversiales cuando carece de lo que consideramos instrumentos habituales de poder.

¿Pero qué clase de creencia religiosa es análoga a este aspecto del constitucionalismo? ¿Cómo nos ayuda la analogía con la religión a entender el lugar del constitucionalismo en la cultura política norteamericana? La Corte Suprema no encaja en el modelo de Familia Real Británica de la religión civil, porque el culto a esta familia sucedió a su pérdida de poder político real.

La Corte Suprema es, para aquellos cuya actitud comparamos con la de los religiosos, la fuente autoritativa de interpretaciones verdaderas de la Constitución, y se entiende que sus determinaciones tienen fuerza vinculante sobre los miembros de la sociedad. La idea de fuerza vinculante implica tanto un componente moral –las personas creen que deberían obedecer el derecho– como un componente práctico –las sentencias están respaldadas en cierta medida por la coerción estatal–.

Por supuesto que es fácil ver a la Corte como un cuerpo sacerdotal, de modo que es parecida al Papa cuando habla *ex cathedra*. Pero luego tenemos que sumar el elemento de la fuerza estatal. Podría parecer que la analogía correcta es una teocracia, por ejemplo, el Irán de Khomeini. Pero aquí el problema es que, según nuestro modelo usual de teocracia, el cuerpo sacerdotal tiene todo el poder político, mientras que en nuestra sociedad es claro que la Corte tiene un poder limitado. Hay algunas acciones políticas que no esperamos que realice, y si intentara realizarlas probablemente no lograría imponerse sobre los restantes elementos involucrados en el sistema político.

Otra analogía podría ser el oráculo de Delfos, que daba respuestas, en forma de sofisticados acertijos basados claramente en información privilegiada, a cuestiones políticas que le traían desde todo lo ancho y largo del territorio. Pero aquí falta tanto el aspecto coercitivo como el rasgo crucial de la interpretación textual, en la medida en que la autoridad de los practicantes estaba basada en una combinación de supuesta reverencia hacia la fuente del texto y creencia en el carácter neutral o al menos impersonal del proceso interpretativo.

¿Qué hay de la práctica de la adivinación, consistente en mirar en las vísceras de los animales o interpretar el vuelo de los pájaros, que parece haber tenido un lugar institucional en los sistemas políticos de la Grecia y la Roma antiguas? El sacerdote o el cuerpo sacerdotal en estos casos parece ser capaz de controlar los acontecimientos de manera decisiva a través del proceso interpretativo, sin pretender tener un poder político ilimitado. Por ejemplo, recuerdo vagamente que fueron los sacerdotes, mediante la adivinación, quienes determinaron que la falta de viento que impedía

que la flota griega zarpara hacia Troya era una expresión de la ira de los dioses, y que el viento llegaría si Agamenón accedía a sacrificar a su hija Ifigenia para apaciguar a los dioses.

No sé mucho sobre adivinación. Tal vez sería mejor utilizar los tribunales eclesiásticos de la Edad Media, con su jurisdicción sobre los asuntos familiares, un imperio dentro del imperio con respecto a los Estados nacionales emergentes. Mi argumento es simplemente que si queremos una analogía religiosa para el rol de la Corte en nuestra sociedad, tendremos que retroceder un poco, y tendremos que escoger una analogía con una forma de vida religiosa, y con un conjunto de creencias sobre lo que la religión es, que están bastante alejadas del protestantismo, el judaísmo y el catolicismo dominantes en los Estados Unidos.

Cuando intentamos comprender el rol de, por ejemplo, la adivinación en la antigua Grecia, o la brujería en la sociedad tradicional, es común (permítaseme plantear esto de manera delicada) partir de la suposición de que la creencia de los participantes en la eficacia práctica y causal de sus rituales y técnicas hermenéuticas es incorrecta. En otras palabras, al interpretar las etapas anteriores de nuestra propia cultura, así como algunos de sus aspectos actuales, y al interpretar muchos aspectos de culturas tradicionales, a menudo, con mayor o menor vacilación, simplemente rechazamos las afirmaciones que los participantes hacen sobre lo que realmente está sucediendo.

Rechazamos, con mayor o menor vacilación, su afirmación de que el texto o el acontecimiento natural (el vuelo de los pájaros) contiene el secreto de las intenciones divinas, intenciones que resultan accesibles a través de una técnica interpretativa. Sencillamente "no creemos" en sus dioses o espíritus animistas, o en que las divinidades se revelen a través de la disposición de vísceras a aquellos que poseen el secreto de la interpretación, o en que éstas tengan intenciones sobre acontecimientos específicos que están teniendo lugar en el presente, o modifiquen su intervención en tales acontecimientos en respuesta a acciones como el sacrificio humano.

Por ejemplo, no creemos que los dioses se opusieran a la partida de la flota griega hacia Troya. Rechazamos la idea griega de

que hay dioses como aquellos en los que ellos creían (si es que en verdad creían en ellos). En la medida en que atribuían ciertos acontecimientos a la intervención de sus dioses en los asuntos humanos, tendemos a pensar que estaban (utilizaré aquí una palabra fuerte) engañados. Engañados.

Si ahora nos enfocamos en la práctica de la adivinación, tenemos un cuerpo sacerdotal que realizaba afirmaciones bastante específicas y contundentes sobre lo que estaba haciendo. Utilizaba una técnica interpretativa que permitiría una determinación correcta de la voluntad de los dioses. ¿Pero si no había dioses, qué estaban haciendo en realidad? Primero, deben de haber estado cometiendo lo que no podemos evitar llamar errores. En la medida en que creían que podían comprender lo que estaba sucediendo en su mundo a través de la adivinación correcta, y en que la adivinación correcta a veces se lograba, pensamos que estaban (nuevamente recorro a una palabra fuerte) engañados.

Sé que estoy en terreno peligroso aquí, porque en la comunidad académica norteamericana no hay consenso sobre el estatus de las afirmaciones de conocimiento religioso, más allá de los vagos mandamientos de tolerancia mutua que ya he mencionado. Pero tengo la intención de avanzar por ese terreno peligroso. La pregunta que quiero plantear es: ¿cómo consideramos aquellas afirmaciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos que se parecen a las de un cuerpo sacerdotal que está realizando una adivinación?

En líneas generales: ¿cómo consideramos las afirmaciones, no sólo de los jueces sino también de los productores de ideología política norteamericana en los diarios y manuales universitarios, de que hay interpretaciones correctas e incorrectas de la Constitución, y que la interpretación correcta de la Constitución es que la Corte Suprema tiene un poder legítimo para dejar sin efecto la legislación que viole las disposiciones de la Carta de Derechos [*Bill of Rights*]?

Considero que quienes estudiamos de manera más o menos profesional el constitucionalismo norteamericano cobijamos cuidadosamente dentro de nosotros tres actitudes bastante contradictorias respecto de esta pregunta, y que nos resultaría prove-

choso intentar ser más precisos sobre la teoría jurídica que subyace a nuestra teoría social.

Primero, en los comentarios sobre la historia constitucional, a menudo la postura es que la Corte Suprema es una institución política como cualquier otra, de manera que uno pregunta si *Dred Scott* (1856) fue acertado, si estuvo bien o mal en el sentido amplio de la moral política, al igual que *Lochner u. Nueva York* (1905), *Brown u. Board of Education* (1955), el caso de las cintas de Nixon (1978), y demás. Desde esta perspectiva, al parecer asumimos que la cuestión de la "corrección técnica jurídica" es irrelevante, insignificante o carente de sentido a la hora de decidir cómo nos sentimos con respecto a lo que sucedió, y también al interpretar la conducta de los actores. Asumimos que la Corte actuó "políticamente" y ha de ser juzgada según criterios de habilidad política (¿la compra de Louisiana fue acertada o insensata?) más que de acuerdo con una concepción que diferencia claramente su rol del de otras instituciones políticas.

Adviértase que este enfoque es coherente con al menos tres actitudes subyacentes respecto de la decisión judicial. 1) Podría ser que en algunos casos haya una interpretación técnicamente correcta del derecho y en otros no. En estos casos importantes no la había—tal vez fueron casos de "primera impresión"—, por lo que la Corte tuvo que proceder, de modo general, como estadista. La retórica de necesidad jurídica empleada por los jueces podría entenderse como una convención o una mistificación. 2) Podría ser que nunca haya una solución técnicamente correcta, por lo que en todo su trabajo la Corte procede "políticamente". 3) Podría ser que siempre haya una solución jurídica técnicamente correcta, que tiene cierto peso en los casos normales, pero que se torna bastante insignificante en los "grandes casos". Sin importar cuál de estas actitudes se adopte, en la primera modalidad no se juzga al juez preguntando si ha hecho su trabajo según la Constitución, sino si ha hecho lo correcto en el sentido más amplio de lo que es bueno desde el punto de vista del manejo de los asuntos públicos.

Una segunda convicción que es tan común como la anterior y que también encontramos en cada uno de nosotros es que la Constitución expresa el compromiso de los Padres Fundadores con la

realización de un conjunto particular de ideales y principios políticos que todos en nuestra sociedad compartimos o deberíamos compartir. Ciertamente, desde esta perspectiva la Constitución abarca todos los ideales y principios que suscribimos como colectividad, de manera que la decisión judicial constitucional bien hecha tiene autoridad tanto moral como legal. Podríamos decir que la Constitución representa lo ético en nuestra vida política.

Los ideales y los principios tienen que ser reinterpretados a través del tiempo y también tienen que ajustarse en mayor o menor medida frente a la "realidad" o al "hecho de la escasez" o a la "naturaleza humana tal como es y no tal como quisiéramos que fuera" o a "intereses arraigados sin pretensiones éticas" o a la "política práctica". No obstante, la Constitución efectivamente tiene algún significado que le permite al intérprete adoptar una actitud crítica hacia las prácticas sociales reales y considerarlas "inconstitucionales" en algún sentido distinto del que implica simplemente decir: "como ciudadano que participa en la vida norteamericana, mi opinión subjetiva es que esta práctica es moral y políticamente errónea".

Un punto crucial sobre esta segunda perspectiva es que a pesar de que considera que la decisión judicial constitucional en los grandes casos es muy diferente de la política legislativa común y corriente, y de que considera que la Constitución misma es una fuerza autónoma en la cultura política, no pone ningún énfasis en la corrección meramente técnica de las decisiones importantes. Ser "fiel" a la Constitución, desde esta perspectiva, es una cuestión de interpretar "ampliamente", de "espíritu", más que de determinar el resultado "legalmente correcto" de acuerdo con un método de hermenéutica jurídica claramente autónomo respecto de otros tipos de razonamiento que usamos para establecer si una decisión es buena o mala.

Una tercera actitud es que el razonamiento jurídico (no el "derecho", esa vaga palabra) es distinto de la decisión "política" como manera de decidir qué hacer en una situación concreta, y también de la decisión "por principios" o ética. Cuando un juez se dispone a razonar jurídicamente, alcanzará un resultado que puede corresponderse o no con el que habría alcanzado si se le hubiera

pedido que "hiciera lo que quisiera", que "realizara la elección moralmente correcta", que "hiciera lo que fuera políticamente conveniente", etcétera. Lo que la Corte Suprema hace o debería hacer en la decisión judicial constitucional es desplegar un razonamiento jurídico basado en el texto y en cualquier otro material que la "comunidad interpretativa" considere "relevante".

Esta perspectiva según la cual es posible la interpretación constitucional jurídicamente correcta es coherente con muchas perspectivas mutuamente contrapuestas sobre el derecho constitucional.

1) Se puede creer que la Constitución es grandiosa, de manera que las decisiones que son interpretaciones técnicamente correctas serán probable o seguramente justo lo que se habría querido en términos morales o de filosofía política. O se puede creer que la Constitución y el cuerpo de materiales relevantes expresan un conjunto de ideas y principios mucho más parcial, digamos, los de una "sociedad capitalista" o una sociedad racista o patriarcal, de manera que las interpretaciones correctas sólo tendrán autoridad para aquellos que compartan la perspectiva social subyacente.

2) Se puede creer en el programa liberal de igualdad formal y sustancial más libre expresión cultural, o en el programa conservador organicista de autoridad y jerarquías culturales y de clase, o en el programa conservador atomista del libertarismo limitado sólo por la protección estatal de un derecho natural a la propiedad, y aun así creer en el razonamiento jurídico correcto, que puede arrojar o no el resultado que se hubiera preferido personalmente en cualquier caso particular.

3) Se puede ser activista o "pasivista" sobre la cuestión de cómo y cuándo la Corte debería prevalecer sobre la asamblea legislativa elegida democráticamente, y aun así creer en la corrección jurídica.

4) Se puede creer que todas o virtualmente todas las cuestiones presentadas ante la Corte tienen respuestas jurídicas correctas, en el sentido de que habría una interpretación correcta del derecho constitucional para la cuestión, o de que esto es verdad sólo alguna parte del tiempo o sólo ocasionalmente.

El punto es que la mayoría de la gente la mayor parte del tiempo sostiene que es al menos posible en algunas ocasiones hacer interpretaciones correctas e incorrectas del derecho constitucional, y que esas ocasiones suelen ser muy importantes. Esta concepción coexiste con aquella según la cual a menudo o a veces, si no siempre, todo es "arte de gobernar", y con la concepción de que se trata del conflicto de lo ético, de los ideales y principios, con la vulgar realidad, entendiendo en cada caso la pretensión de los jueces respecto de la corrección jurídica de sus interpretaciones como una convención o mistificación, especialmente en los casos muy importantes.

Ahora volvamos a la perspectiva de la adivinación. ¿Qué podría haber pasado en Áulide (tratando el relato como historia)? El cuerpo sacerdotal interpretó que los augurios significaban que la razón por la que no había viento era que los dioses estaban enojados, pero que podían ser apaciguados con el sacrificio de Ifigenia. No creemos ni en la causa ni en el remedio propuesto por los adivinos. Pero sí parece plausible que hicieron una interpretación, que ellos y otros creyeron en su corrección y que actuaron en consecuencia, sacrificando a Ifigenia y luego concluyendo que el viento subsiguiente fue causado en respuesta al sacrificio por los dioses.

Si esto es lo que sucedió, hay un sentido según el cual todo fue un "error". Si hubieran entendido (es decir, si hubieran creído como nosotros creemos) que sacrificarla no traería el viento, entonces podrían no haberlo hecho (bien podría haber habido otros motivos para sacrificarla) o, casi con certeza, lo habrían hecho de alguna otra manera.

Lo que emerge es una discontinuidad entre su manera y nuestra manera de entender su historia. Todos coincidimos en que la adivinación desempeñó un rol preponderante en los acontecimientos, y que como práctica y como institución fue en algún sentido responsable de la muerte de Ifigenia. Su explicación de este rol, supongamos, era que una práctica interpretativa correcta revelaba un conflicto trágico entre la lealtad a las necesidades de la liga de ciudades y a las de la familia. A través de la adivinación, Agamenón adquirió la información que necesitaba para tomar la

dolorosa decisión de seguir con el espectáculo, en lugar de tener que permanecer sentado y perplejo hasta que la energía para la guerra se hubiera disipado.

La estructura del argumento a través del cual los adivinos reclamaban que se los tomase en serio es bastante clara: 1) Hay dioses asombrosamente poderosos. 2) Tienen intenciones que son causalmente eficaces con respecto a los asuntos humanos. 3) Responden a los gestos humanos que les son dirigidos. 4) Se expresan a través de fenómenos naturales como el vuelo de los pájaros y la disposición de las vísceras. 5) Nosotros tenemos una técnica que nos permitirá determinar sus intenciones y también qué gestos humanos modificarán esas intenciones. 6) Cualquier idiota puede ver que si tenemos razón en lo que acabamos de decir, será mejor prestar atención a la adivinación. 7) No sería para nada sorprendente si, además de prestar atención a la información que proveemos, ustedes nos reverenciaran, toda vez que estamos mucho más cerca de los dioses de lo que ustedes están, y lo que hacemos es bastante maravilloso en sí mismo.

Podemos imaginar un espectro de actitudes críticas hacia este fragmento de historia de los adivinos, algunas enfocadas en los dioses y algunas en las prácticas interpretativas de los adivinos.

El movimiento crítico que niega la existencia de los dioses tiene un impacto devastador en todo el sistema de pensamiento. ¿Es el constitucionalismo, tratado como análogo de la adivinación, vulnerable a un movimiento similar? Creo que no, que está bien protegido. Todos coincidimos en que hubo un proceso de redacción y un proceso de ratificación que fueron acontecimientos históricos. Es difícil imaginar que alguien pueda sacudir nuestra fe en la existencia de los constituyentes o de la gente que ratificó la Constitución de la manera en que los escépticos del siglo XIX sacudieron la fe de la gente en la existencia de Dios.

Por otro lado, como señala Peter Gabel, la estructura psicológica de la reverencia y la obediencia parece depender en cierta medida de una fantasía. Las personas parecen creer que es significativo hablar sobre un Pueblo transtemporal y mítico e identificarse con él, de modo tal que sienten que el texto de la Constitución es una emanación de una totalidad en la que participan de

una forma que de alguna manera los une y los ennoblece simultáneamente. Considero que esto se parece a entidades como la Nación o el Pueblo Elegido, que para algunas personas, en algunos momentos, podrían haber perdido su facticidad. Eso también podría ocurrirle al Pueblo Constitucional.

Mientras que la Constitución se parece a la Biblia y el Pueblo al Dios de una religión fundamentalista, la situación es en realidad bastante diferente. El constitucionalismo como religión se sobrepuso, durante el período del *New Deal*^{*} o del realismo jurídico, a una crisis de la fe en la posibilidad de entender la interpretación como realización de la Intención Original de los Constituyentes, y volvió con fuerza en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, con adherentes de todas las tendencias políticas.

El fundamentalismo constitucional, aunque vulnerable a las crisis de fe en el Pueblo o en la Intención Original, parece destinado a perdurar. Pero coexiste con versiones de la fe constitucional que han logrado distintos grados de autonomía frente al Mito de la Creación. Una de esas ideas es que los jueces están constreñidos no sólo por la Constitución sino por todo el cuerpo de materiales, incluyendo todas las interpretaciones judiciales previas no desestimadas. Otras ideas son que la Constitución "evoluciona", y que las "cláusulas generales" sencillamente requieren que el juez interprete los "valores fundamentales de la sociedad". Aunque estas ideas son controversiales, y los fundamentalistas las viven como sofisticas o despreocupadamente intelectuales o peligrosas, también es probable que sean estabilizadoras, un poco a la manera de la reducción del protestantismo moderno dominante a devociones humanistas liberales.

Estamos ahora en posición de definir el ateísmo constitucional. Es la convicción de que no hay una colectividad humana, el Pueblo, que cree y presta consentimiento al derecho constitucional

* En castellano, "Nuevo acuerdo". Se trata de una serie de medidas económicas implementadas durante el primer gobierno de Franklin D. Roosevelt en respuesta a la Gran Depresión. [N. de T.]

tal como ha sido establecido por la Corte Suprema. Adviértase que el ateísmo es perfectamente consecuente con la creencia de que hay interpretaciones correctas e incorrectas del derecho constitucional.

El documento escrito existe junto con los otros materiales convencionalmente aceptados que lo preceden y suplantán. Estos documentos no se refieren directamente al Pueblo de maneras que requerirían que el ateo creyera en Él para poder descubrir qué es lo que las diversas autoridades humanas pretendían que hiciera en el caso al que se enfrenta. El proceso interpretativo puede por lo tanto generar incluso en el ateo la experiencia de clausura. Un ateo constitucional podría, al prestar juramento para asumir su cargo de juez, prometer acatar la Constitución, aun si pensara que las creencias subyacentes que sostienen la institución de la interpretación constitucional son presas del engaño. Contrástese esto con la situación mucho más problemática de un adivino que ha perdido su fe en la existencia de los dioses.

Ahora atendamos a la cuestión de la técnica interpretativa. Hay una variedad de críticas que podríamos querer dirigir contra la afirmación de los adivinos de que leen correctamente el vuelo de los pájaros, tal como quedó confirmado cuando después del sacrificio llegó el viento. Podemos empezar con críticas que aceptan que los dioses existen de la manera en que los griegos aparentemente creían que existían, y que la adivinación es posible, y después pasar a interpretaciones acerca de lo que sucedió que presuponen el ateísmo:

1) De hecho, los adivinos lo hicieron mal. La interpretación verdadera era que los dioses estaban ocupados, no enojados, y el viento llegaría si el ejército tan sólo esperara. Ifigenia fue sacrificada sin ningún motivo que lo justificase, ya que el viento habría llegado de todas formas. Acaso fue un asunto de habilidad, o de manipulación de mala fe de los augurios, o de diligencia. Los adivinos entrenados en Harvard lo habrían hecho mejor.

2) Éste fue un caso en el que los augurios eran indecidibles. Aplicando la mejor técnica posible, la respuesta correcta a la cuestión planteada era "no sabemos por qué no hay viento y no sabemos qué hacer al respecto". Los sacerdotes cometieron un error

al pensar que habían alcanzado una respuesta correcta, e Ifigenia fue sacrificada posiblemente en vano, aunque también es posible que los dioses en verdad hubieran estado enojados y que en verdad hubieran sido apaciguados. Pero si eso es lo que sucedió, fue por pura casualidad y no debido a la adivinación correcta.

3) Aunque la adivinación es un procedimiento válido, no puede ser utilizada en cualquier cuestión antigua. Ése era uno de esos casos en los que, de acuerdo con la teoría correcta de la adivinación, ésta no puede funcionar. No puede explicar la falta de viento o qué hacer al respecto. Los sacerdotes se equivocaron al siquiera intentar aplicar sus procedimientos a este caso, porque estaba fuera de su competencia institucional, aunque por supuesto puede haber sido verdad que los dioses estaban enojados y que el sacrificio los apaciguó. Pero de nuevo, si eso es lo que pasó, fue pura suerte y no un resultado atribuible a una adivinación correcta.

Si tratamos de entender la adivinación como basada en un engaño sobre la existencia de los dioses, o sobre las relaciones de lo divino con la existencia mortal, surge un conjunto paralelo de posibilidades.

4) La adivinación era un procedimiento determinado pero arbitrario, tal como en la crítica 1 enunciada antes (el caso en el que la cuestión es hacerlo bien o mal). Había una manera correcta y una manera incorrecta de hacerlo, pero dado que el vuelo de los pájaros y la disposición de las vísceras interpretadas eran acontecimientos naturales azarosos, sin relación con ninguna voluntad ni divinidad, si creemos en una divinidad o en las divinidades, el proceso de adivinación brinda respuestas muy parecidas a la acción de tirar una moneda, o al juicio por batalla o por tortura en el procedimiento penal medieval. La necesidad de sacrificar a Ifigenia fue (supongamos) correctamente leída por los adivinos, pero estaban haciendo algo parecido a leer correctamente una moneda que ha salido "cara" después de acordar que algo será decidido al azar. (Por supuesto, en esta hipótesis el poder de encuadrar la cuestión a ser decidida al azar sería extremadamente importante.)

5) La adivinación no era arbitraria sino bastante manipulable, debido a que las cuestiones planteadas eran indecidibles con las

técnicas utilizadas (como en las críticas 2 y 3 desarrolladas más arriba). Los adivinos constante y conscientemente manipulaban la técnica interpretativa para validar los resultados que querían por otras razones. Si dijeron que Ifigenia tenía que morir, había sin dudas una razón, pero ciertamente no era que creían que habían leído correctamente la disposición de las vísceras o el vuelo de los pájaros. Eso lo hicieron *a posteriori*, y dadas las ambigüedades, lagunas y conflictos dentro de los cánones, estaban en condiciones de hacerlo de manera perfectamente correcta, cualquiera hubiera sido el resultado preferido.

6) Todavía otra posibilidad es que la adivinación no fuera arbitraria sino bastante manipulable, de una manera que llamaré ingenua. La manipulación ingenua ocurre cuando el intérprete impone un significado a los materiales sin advertir su propia parte creativa en el proceso. Esto ocurre en casos de indecidibilidad, como en las críticas 2 y 3 planteadas más arriba. Desde el punto de vista del observador externo, parece que hubiera dos interpretaciones válidas posibles dentro de los cánones, de manera que alguien tendría que escoger de acuerdo con criterios no interpretativos hacia qué lado ir. Pero lo que ocurre es más complejo e importante que la manipulación consciente, porque el crítico afirma que los adivinos experimentaron una clausura interpretativa o una compulsión al decidir entre las opciones, y no una elección.

La necesidad que produjeron a través de la técnica interpretativa era rutinariamente falsa, aunque no se la vivía como tal. Por esta razón, es difícil ver a Ifigenia como la víctima de un "simple error de interpretación". La práctica interpretativa era sistemáticamente propensa al error de decidir lo indecidible. Pero así como ha sido presentada, la teoría no explica por qué la experiencia de clausura surge de un lado de la elección y no del otro.

Esta última opción, la manipulación ingenua, es la que me parece más útil para comprender el rol de la Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque concedo que a veces es útil considerar que los jueces proceden según la modalidad del estadista, de la ética y de la técnica. Pienso que los jueces incurren siempre en la manipulación ingenua. No voy a intentar probar esto. Lo baso en mi

experiencia personal como relator de Potter Stewart* en el período 1970-1971, y en veinte años dedicados al estudio de sentencias de la Corte Suprema. Finjamos que he demostrado que es verdad. ¿Cuáles serían las consecuencias para nuestro entendimiento del rol de la Corte en nuestra sociedad?

Llamemos *escepticismo constitucional* a la combinación del ateísmo constitucional con la creencia de que la manipulación ingenua es por lo menos habitual, si no omnipresente. Si el escepticismo constitucional es válido, nuestras concepciones habituales de la historia y la cultura política norteamericanas resultan problemáticas.

El problema es que si la Constitución no puede ser entendida como la voluntad del Pueblo, sino de los humanos que la escribieron y la ratificaron, y si la manipulación ingenua ha sido habitual al interpretarla, ¿qué orden inteligible tiene el proceso judicial de imponer los resultados indicados a través de la fuerza estatal introducida en nuestra historia política, y cómo ha contribuido al entretreído de nuestra cultura política? Grandes preguntas, pero intentaremos abordarlas.

Primero, es importante ver qué respuestas resultan socavadas a través de la hipótesis del escepticismo. En tanto creamos en el pueblo constitucional y en que el proceso interpretativo se ha hecho correcta o incorrectamente, de buena fe o a través de manipulación consciente, podríamos comprender nuestra historia constitucional en el modo del patriotismo y de la moral.

Patriotismo. Nuestra Constitución expresa nuestras cualidades particulares como pueblo, y su interpretación e implementación frente a normas en conflicto sostiene esas cualidades. La interpretación constitucional es por lo tanto un modo de autodeterminación nacional. Podemos diferenciar dos maneras en que nuestra identidad nacional nos distingue de otras naciones: 1) El constitu-

* Potter Stewart fue nombrado miembro de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1958, propuesto por el entonces presidente Dwight Eisenhower. Generalmente asociado con posturas "moderadas" o "centristas" dentro de la Corte, Stewart permaneció en su cargo durante más de dos décadas, hasta su retiro en 1981. [N. de T.]

cionalismo mismo es especialmente norteamericano —otros no se abocan a nuestra forma particular de autodeterminación a través de la interpretación, y prefieren en cambio modalidades violentas o meramente políticas—. 2) La particular constelación de derechos y libertades civiles y personales de que gozamos derivan de nuestro particular esquema constitucional adaptado a través del tiempo a nuestros valores cambiantes. Si hemos sido, somos y, si Dios quiere, siempre seremos el pueblo más libre del mundo, lo hemos logrado adoptando una Constitución que garantiza la libertad y luego interpretándola e implementándola a medida que los casos iban surgiendo.

Moral. Nuestra Constitución encarna los compromisos morales de nuestra subjetividad más elevada e idealista. La política es la Tierra corrompida en relación con el Cielo de las aspiraciones constitucionales. La verdadera interpretación constitucional es por lo tanto una especie de intervención angélica en los asuntos de la vida cotidiana. Nos sometemos a ella de manera real y coercitiva para alcanzar una virtud que no tendríamos la fuerza, la imaginación o los recursos para alcanzar si nos abandonáramos a nuestras prácticas políticas normales. La falsa interpretación puede estar equivocada, en cuyo caso pierde sus beneficios, o puede ser conscientemente manipuladora, en cuyo caso lo profano invade la esfera de lo divino, corrompiéndola. La historia constitucional es la historia de la ampliación gradual del influjo celestial, dado que la Corte ha protegido pero también ampliado los derechos civiles y humanos básicos frente a las agresiones y resistencias de la política.

No voy a desarrollar el argumento de que el escepticismo constitucional es bastante devastador tanto para la versión patriótica como para la versión moralista de lo que nos aporta el proceso interpretativo. Aquí mencionaré simplemente lo que creo son algunas contribuciones hipotéticas del constitucionalismo en las que podríamos creer incluso como escépticos:

1) El constitucionalismo ha tenido el efecto de introducir algo de desorden o azar en nuestra historia política. Esto ocurre porque la manipulación ingenua es una actividad abierta a la influencia de todo tipo de agendas, incluyendo, obviamente, la agenda

política del juez. El proceso político pone a los jueces en su cargo y los deja allí, en posesión de esta reserva de legitimidad o mana o plausibilidad religiosa para la masa de creyentes, y al abocarse a la manipulación ingenua, no hay manera de no utilizarla para mantener vivos programas muertos o para crear otros nuevos. Una analogía útil puede ser el servicio civil británico, o los cuerpos de prefectos en Francia. La diferencia puede ser el extraño impacto del autoengaño en la implementación de la agenda política que hace el juez, y la traducción irracional, no dialógica, casi mecánica, de la fe constitucional en obediencia popular. Todo esto puede ser bueno o malo, dependiendo de quién esté a cargo y de qué sea lo que él o ella estén tratando de lograr.

2) El constitucionalismo ha sido un elemento constitutivo de nuestra cultura política, no como la forma de nuestra autodeterminación colectiva, sino al aportar uno de los discursos a través de los cuales los actores persiguen sus proyectos políticos y éticos. Estos proyectos pueden ser buenos o malos, dependiendo de quién los esté persiguiendo y de qué sea lo que pretenden conseguir. "Discursos diferentes, culturas diferentes" tiene que ser nuestra máxima tan pronto como perdemos la fe en la posibilidad de un lenguaje transparente. Podríamos equiparar muy vagamente el constitucionalismo con la Danza del Sol de los Sioux, que es tanto un ritual como el sitio de un discurso. La manipulación ingenua, luego, se convierte sólo en otra de las maneras culturalmente específicas por las que las personas incurren en mala fe.

3) El constitucionalismo hizo posible el realismo jurídico. El control conservador de la Corte Suprema hacia finales del siglo XIX, en un contexto de manipulación ingenua, creó en los progresistas un interés personal por desmitificar la razón jurídica. Debido a que lo que estaba en juego era más crucial que en Europa, donde yacían todas las raíces del realismo, la empresa se llevó mucho más lejos. Mientras el fascismo y el estalinismo hacían que el impulso realista pareciera obsceno en Europa, los realistas norteamericanos cosechaban la recompensa de su crítica general al pensamiento jurídico clásico, personificada en el trabajo de Holmes, Hohfeld, Hale, los Cohen, Arnold y Llewellyn. La esencia de esta crítica era que debido a que la cuestión de derecho privado

acerta de cómo definir los derechos de propiedad era indecidible dadas las técnicas interpretativas existentes, los conservadores debían renunciar al poder conferido por el derecho público de declarar inconstitucional la legislación progresista. Y por supuesto, el realismo jurídico hizo posible los Critical Legal Studies.

Referencias bibliográficas

- Altman, S. (1990), "Beyond Candor", *Michigan Law Review*, 80: 296-298.
- Arnaud, A.-J. (1975), *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, París, Presses Universitaires de France.
- Bix, B. (2003), "Law as an Autonomous Discipline", en Peter Cane y Mark Tushnet (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies* 983, Nueva York, Oxford University Press.
- (1993), *Law, Language and Legal Determinacy*, Nueva York, Oxford University Press.
- Blasi, V. (1994), "Judge Him Unpredictable", *New York Times Book Review*, 19 de junio.
- Bobbio, N. (1994), *Destra e Sinistra: Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, Donzelli. [Ed. cast.: *Derecha e Izquierda: razones y significados de una distinción política*, Madrid, Taurus, 1995.]
- (1980), *Stato, governo, società: Per una teoria generale della politica*, Turín, Einaudi. [Ed. cast.: *Estado, gobierno y sociedad. Per una teoria general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.]
- Boyle, J. (1985), "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought", *University of Pennsylvania Law Review*, 133.

- Brest, P. (1982), "Interpretation and Interest", *Stanford Law Review*, 34: 765.
- Brodin, M. S. (1995), "Letter to the Editor", *Boston Globe*, 28 de agosto.
- Cardozo, B. (1957), *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press.
- Coleman, J. L. y Leiter, B. (1993), "Determinacy, Objectivity, and Authority", *University of Pennsylvania Law Review*, 549.
- Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1977), "The Model of Rules", en *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press.
- Feldman, H. L. (1994), "Objectivity in Legal Judgement", *Michigan Law Review*, 92.
- Finnis, J. M. (1985), "On 'The Critical Legal Studies Movement'", *American Journal of Jurisprudence*, 30: 21-38.
- Fish, S. (1982), "Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature", *Texas Law Review*, 60.
- Fiss, O. (1982), "Objectivity and Interpretation", *Stanford Law Review*, 34: 739.
- Flint, A. (1994), "Breyer Set for Senate Hearings", *Boston Globe*, 10 de julio.
- Frank, J. (1930), *Law and the Modern Mind*, 69-76: 111-14.
- Frankfurter, F. (1939), "The Supreme Court of the United States", en Archibald Macleish y E. F.

- Pritchard Jr. (eds.), *Law and Politics: Occasional Papers of Felix Frankfurter*, Nueva York, Hartcourt, Brace.
- Freud, A. (1961), *El yo y los mecanismos de defensa*, Barcelona, Paidós.
- Freud, S. (1992a), "Conferencias de introducción al psicoanálisis", en *Obras completas*, t. 15, Buenos Aires, Amorrortu.
- (1992b), "Sobre algunos mecanismos neuróticos en los celos, la paranoia y la homosexualidad", en *Obras completas*, t. 18, Buenos Aires, Amorrortu.
- Fuller, L. (1978), "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, 92: 353.
- (1958), "Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71: 630-666.
- Gény, F. (1919), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, París.
- Gerth, H. H. y Wright Mills, C. (1946), "Introduction" a *From Max Weber: Essays in Sociology*, Nueva York, Oxford University Press.
- Gianformaggio, L. y Paulson, S. (1995), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, Giappichelli.
- Goodrich, P. (2001), "Duncan Kennedy as I Imagine Him: The Man, the Work, His Scholarship, and the Polity", Simposio en torno a *A Critique of Adjudication* de Duncan Kennedy, *Cardozo Law Review*, 22.
- Greenhouse, L. (1994), "Fierce Combat on Fewer Battlefields", *New York Times*, 3 de julio.
- Grey, T. C. (1995), "Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice", *William and Mary Law Review*, 37: 19.

- Habermas, J. (1984), *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society*, Boston. [Ed. cast.: *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols., Madrid, Taurus, 1987.]
- Hart, H. L. A. ([1961], 1994), *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Hart, H. M. y Sacks, A. (1994), *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, William Eskridge y Phillip Frickey (eds.), Nueva York, Foundation Press.
- Holmes, O. W. (1917), *Southern Pacific v. Jensen*, 224 U. S. 205, 221.
- (1894), "Privilege, Malice, and Intent", *Harvard Law Review*, 8: 1.
- Husserl, E. ([1913], 1999), "The Natural Attitudes and its Exclusion", en Donn Welton (ed.), *The Essential Husserl: Basic Writings in Transcendental Phenomenology*.
- Kelman, M. (1987), *A Guide to Critical Legal Studies*, Massachusetts, Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1995), *Cognition and Interpretation of Law*, en Letizia Gianformaggio y Stanley Paulson (eds.), Turín, G. Giappichelli.
- ([1934], 1992), *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- Kennedy, D. (2008), *Legal Reasoning: Collected Essays*, Davis Group Publishers-Aurora.
- (2005), "A Left/Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation", en Cáceres et al. (eds.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México D. F.
- (2004), "The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the

- Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought", *Hastings Law Journal*, 55: 1081.
- (2000), "From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form", *Columbia Law Review*, 100: 94.
- (1997), *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Massachussets, Harvard University Press.
- (1992), "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", en James Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, Aldershot, Londres, Dartmouth. [Ed. cast.: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999.]
- (1991), "A Semiotics of Legal Argument", *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. III, libro 2.
- (1988), "The Structure of Blackstone's Commentaries", *Buffalo Law Review*, 28.
- (1976), "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, 89.
- (1973), "Legal Formality", *Journal of Legal Studies*, 2.
- Kennedy, D. y Belleau, M.-C. (2006), "La Place de René Demogue dans la genealogie de la pensée juridique contemporaine", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 56.
- Kohler, W. (1947), *Gestalt Psychology: An Introduction to New Concepts in Modern Psychology*, Nueva York, Liveright Pub. Corp. [Ed. cast.: *Psicología de la forma*, Buenos Aires, Argonauta, 1948.]
- Lasser, M. (1995), "Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System", *Yale Law Journal*, 104: 1325, 1343.
- Levine, A. (1994), "Unpredictable Justice Powell", *New York Times Book Review*, 10 de julio, carta de lectores.

- Llewellyn, K. (1960), *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Co.
- MacCormick, N. (1990), "Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS", *Oxford Journal of Legal Studies*, 10.
- (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- Maine, H. J. S. ([1861], 1917), *Ancient Law*, Ernest Rhys (ed.), J. M. Dent & Sons, Lt. [Ed. cast.: *El derecho antiguo*, Campo Rasio, Guadalajara, 2001.]
- Mangabeira Unger, R. (1977), *Knowledge and Politics*, Nueva York, Free Press.
- Manheim, K. (1936), *Ideology and Utopia: An Introduction to the Sociology of Knowledge*, Nueva York, Routledge & Kegan Paul. [Ed. cast.: *Ideología y utopía: introducción a la sociología del conocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.]
- Marx, K. (2004), *Manuscritos económicos y filosóficos de 1844*, Buenos Aires, Colihue Clásica.
- Noonan, J. (1994), "Master of Restraint", *New York Times Book Review*, 1 de mayo.
- Peller, G. (1985), "The Metaphysics of American Law", *California Law Review*, 73.
- Postema, G. (1987), "Protestant' Interpretation and Social Practices", *Law & Philosophy*, 6: 283, 289.
- Raz, J. (1979), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press.
- Rosen, J. (1995), "Make Up Our Mind, Justice O'Connor", *New York Times*, 26 de diciembre.
- (1994), "Breyer Restraint", *New Republic*, 11 de junio.

- Sartre, J. P. (1966), *El ser y la nada. Ensayo de ontología fenomenológica*, Buenos Aires, Losada.
- Shapiro, D. L. (1988), "Courts, Legislatures, and Paternalism", *Virginia Law Review*, 74: 519.
- Solum, L. (1987), "On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma", *University of Chicago Law Review*, 54: 462.
- Tushnet, M. V. (1988), *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, Harvard University Press.
- Unger, R. M. (1975), *Knowledge and Politics*, Nueva York, Free Press.
- Von Savigny, F. (1867), *System of the Modern Roman Law*, Madras, Higginbotham.
- Yarnold, B. M. (1992), *Politics and the Courts: Toward a General Theory of Public Law*, Nueva York, Praeger Publishers.

Nota sobre los textos

1. EL COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA ["STRATEGIZING STRATEGIC BEHAVIOR IN LEGAL INTERPRETATION"]

Este ensayo fue publicado originalmente en la *Utah Law Review* (1996: 785-825). Una versión reducida apareció como capítulo 8 en una de las principales obras de Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle* (Massachussets, Harvard University Press, 1997).

2. UNA ALTERNATIVA FENOMENOLÓGICA DE IZQUIERDA A LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN DE HART Y KELSEN ["A LEFT PHENOMENOLOGICAL ALTERNATIVE TO THE HART/KELSEN THEORY OF LEGAL INTERPRETATION"]

Una primera versión de este trabajo se presentó, con el título "A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation", en el congreso sobre problemas contemporáneos de la filosofía del derecho que tuvo lugar en la Universidad Nacional Autónoma de México, y fue publicado en las actas correspondientes (véase Cáceres *et al.* [eds.], *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho* [2005]). La versión incluida en este volumen ha sido sustancialmente revisada. El autor agradece a Imer Flores y Brian Bix por sus comentarios.

3. LA DISTINCIÓN ENTRE DECISIÓN JUDICIAL Y LEGISLACIÓN ["THE DISTINCTION BETWEEN ADJUDICATION AND LEGISLATION"]

Publicado como capítulo 2 del libro *A Critique of Adjudication. Fin de siècle* (Massachussets, Harvard University Press, 1997).

4. EL CONSTITUCIONALISMO NORTEAMERICANO COMO RELIGIÓN CIVIL: NOTAS DE UN ATEO ["AMERICAN CONSTITUTIONALISM AS CIVIL RELIGION: NOTES OF AN ATHEIST"]

Este artículo es una versión ligeramente editada de una conferencia que dictó Duncan Kennedy en las facultades de Derecho de la Universidad de Miami y de la Universidad de California en 1987, en ocasión del bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos.

Izquierda y derecho

Duncan Kennedy

Suelen cuestionarse las decisiones judiciales aduciendo que los jueces imponen sus convicciones personales a través de los fallos. Este tipo de críticas esconde un presupuesto muy extendido dentro y fuera del ámbito del derecho: la idea de que es posible aplicar las normas sin incidencia ideológica alguna. En esta obra original y polémica, Duncan Kennedy se apresta a desmitificar ese imaginario, explorando con lupa el acto de juzgar.

Su análisis revela que, reconociéndolo o no, con buena o mala fe, o aun sin quererlo, los jueces ejercen un rol habitado por un conflicto constitutivo: se les exige que sean meros portavoces de la ley, pero la ley, aun cuando funcione como una restricción, no conduce por sí sola, de modo concluyente, a una sentencia determinada. El sentido de justicia es inevitablemente ideológico, y jueces, juristas y abogados no operan con asepsia ideológica.

Desde la perspectiva de la teoría jurídica crítica, Kennedy desbarata así la dicotomía entre crear y aplicar el derecho. Su concepción puede generar incertidumbre y angustia, pero la apuesta del autor es una lúcida contribución en otro sentido: aceptar que la actividad judicial implica una interacción entre los materiales jurídicos y el intérprete, y que esa interacción, siempre contingente, puede vivirse con el máximo sentido de responsabilidad y producir efectos emancipadores. Allí reside el corazón de su propuesta de pensar el derecho desde la izquierda.

La colección *Derecho y Política* busca promover los estudios interdisciplinarios sobre la interacción entre el derecho, la política y los tribunales, un área del conocimiento que ha cobrado particular importancia en los últimos veinte años. Los trabajos que se inscriben en esta tradición incorporan una mirada compleja sobre las instituciones, los actores políticos y los movimientos sociales, a la vez que se nutren de la observación empírica. La serie conjuga distintos marcos conceptuales y se propone como un ámbito de intervención teórica y política en los principales debates públicos.



siglo veintiuno
editores

ISBN: 978-987-629-149-1



9 789876 291491