

El derecho y sus descontentos

por Gijs van Oenen

El autor.

*Profesor de Filosofía Política en
las Universidades de Amsterdam y
Rotterdam.*

Ronald Dworkin ha escrito sobre una enorme variedad de temas, incluyendo derechos civiles, metodología legal, liberalismo, libertad, igualdad, justicia distributiva, objetividad y verdad, discriminación positiva, pornografía, libre expresión, aborto, eutanasia, candidaturas a la Suprema Corte, política fiscal de Gran Bretaña y régimen dictatorial en Argentina. En este artículo no puedo hacer justicia a tan amplia gama de intereses. Me centraré en un solo tema —pero que retorna en todos sus intereses diferentes—: el reconocimiento de los derechos individuales fundamentales.

Para Dworkin, el derecho siempre ha de concebirse de modo tal que estos derechos puedan estar garantizados. Esta preocupación ha sido, con certeza, el comienzo de su carrera en la filosofía del derecho y, a pesar de que su teoría del derecho se ha ido ampliando en el transcurso de tres décadas hasta incluir cuestiones como la hermenéutica y el carácter de la comunidad política, la parte más característica y fundamental es su resistencia al escepticismo sobre la ley y los derechos. Para Dworkin, la mejor garantía que podemos tener para el reconocimiento y la protección de nuestros derechos más fundamentales es la creencia en la ley. La peor amenaza a tales derechos proviene de quienes son escépticos a ella. «Tomar los derechos en serio», esto es, no ser escépticos sino creyentes en la ley, es lo que ofrece la mejor protección que es posible conseguir para los derechos que son más fundamentales en nuestra vida, y por tanto para nuestra libertad, felicidad y bienestar.

Intentaré mostrar que el antiescepticismo de Dworkin está garantizado en la medida en que insiste en tomar un punto de vista interno sobre el derecho. Esto significa que nosotros sólo podemos hacer juicios concernientes a la práctica del derecho desde dentro de esa misma práctica. En ese sentido, indudablemente debemos tomar el derecho en serio. Pero mi intención es también mostrar que el punto de vista interno no rinde lo que Dworkin desea: una perspectiva unificadora y abarcadora. De hecho, la perspectiva interna no es única sino plural. Puede y deber ser pluralizada de diversas maneras, dejando el derecho más abierto pero también más críticamente pluralista que como Dworkin lo percibe.

Nacido en 1931 en los Estados Unidos, Dworkin comenzó su carrera en derecho en 1957 como asistente de Learned Hand, el legendario juez de Nueva York. Hand, a veces llamado el mejor juez de la Suprema Corte, estaba entonces retirado de la práctica. De hecho, estaba preparando una serie de conferencias para explicar su desacuerdo con una reciente decisión de la Suprema Corte.¹ Este caso se llamó «Brown contra el Comité de Educación» y probablemente sea el más famoso que la Suprema Corte haya tenido jamás. La Corte proscribió la segregación racial. Y aunque su argumento se restringía a la segregación en la educación primaria, que era el punto en cuestión, claramente quería transmitir la impresión de que esta práctica en general era contraria a la Constitución de los Estados Unidos. Hand, un liberal de izquierda de toda la vida, estaba moral y políticamente a favor de la antidiscriminación. Pero no creía que fuera correcto, en principio, hacerla objeto de un mandato jurídico obligatorio. Fuera moralmente correcta o no, la ley toleraba la segregación racial. Pretender que esto no fuera así tal vez sirviera a la justicia, pero traicionaría al derecho. Y Hand pensaba que éste no era el camino a seguir en una democracia. Los jueces no debían criticar las decisiones políticas, y ciertamente no debían asumir la función de filósofo-rey.²

La carrera posterior de Dworkin en filosofía del derecho puede verse como un intento largo y tenaz de probar que Hand estaba equivocado. Debe ser posible para los jueces hacer jugar un papel a la argumentación moral en sus decisiones. O, dicho de un modo más fuerte: dictar sentencia es, en este sentido, ineludiblemente moral. La clave para esta convicción provenía justamente de aquello que estaba en juego en el caso Brown: el reconocimiento y la protección de los derechos individuales. La idea de que el derecho versa antes que nada sobre el reconocimiento de tales derechos ha sido siempre la preocupación principal de Dworkin. De aquí surge el bien conocido título de su primera colección de ensa-

¹ Learned Hand: *The Bill of Rights*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1958.
² Véase la extensa biografía de Hand por Gerald Gunther: *Learned Hand*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995.

yos: *Los derechos en serio*.³ A pesar de que parece bien explícito, puede afirmarse que este título dice menos de lo que realmente es. No se trata solamente de otorgar a los derechos un lugar importante en la teoría legal, sino de presentarlos como núcleo y justificación última de la ley. Para Dworkin, era simplemente inconcebible que la Constitución de los Estados Unidos admitiera la segregación racial. Por eso decidió que la «Declaración de Derechos» no debía verse como «una lista concreta y detallada de remedios», sino como «un compromiso con un ideal abstracto de gobierno justo».⁴ Si la Constitución y las decisiones judiciales que hacen jurisprudencia no proveen la protección suficiente, deberíamos cambiar nuestra lectura de ellas. Así comenzó Dworkin a trabajar sobre una teoría que pudiera identificar los derechos fundamentales aun donde la ley positiva sugiera su ausencia.

Esta fascinación por los derechos individuales ha de comprenderse también en el contexto social y político de su tiempo. La teoría de Dworkin es un producto típico de los sesenta. En ese momento en los Estados Unidos, el reconocimiento universal de los derechos civiles era el primer punto de la agenda política, por lo menos para los liberales de izquierda. Esto se extendió a áreas tales como el derecho al voto, la libre expresión, la privacidad y la libertad reproductiva y, por supuesto, la discriminación racial, que era el problema social más urgente. Empezando por el caso Brown, la Corte Suprema, liderada por el juez Earl Warren, se había mostrado dispuesta a intervenir en las confrontaciones sociales mediante el reconocimiento judicial y la aplicación coercitiva de los derechos individuales garantizados de manera más o menos explícita por los Estados Unidos. El visible éxito de este activismo judicial propio de los liberales de izquierda inculcó en una generación de jóvenes intelectuales una firme creencia en la posibilidad de reformar la sociedad mediante la apelación a la ley y a los derechos legales.

Este contexto histórico puede ayudar a explicar el interés de Dworkin por los derechos y por su puesta en vigor mediante las decisiones judiciales. Pero tal énfasis en los derechos necesita apoyarse en alguna noción acerca de cómo pueden o deben ser reconocidos en los acuerdos institucionales políticos y legales de la sociedad. Dicho de otro modo, los derechos necesitan apoyarse en un marco de teoría legal y política. Esto nos conduce a otros dos aspectos del trabajo teórico de Dworkin que, junto con su énfasis en los derechos individuales, le imprimi-

³ Ronald Dworkin: *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977. El título de la traducción alemana, *Bürgerrechte ernstgenommen*, refleja mejor que el original en inglés que el verdadero interés de Dworkin son los derechos fundamentales.

⁴ Ronald Dworkin: *Life's dominion*, Nueva York, Knopf, 1993, p. 166.

men un atractivo y un sabor particulares: su enfrentamiento con las teorías predominantes tanto en la teoría política como en la teoría del derecho en los sesenta.

Primero, la teoría política. Mientras que muchos hombres políticos y abogados de los sesenta estaban comprometidos, tanto dentro como fuera de las cortes, con intentos de reforma social de largo alcance, la teoría legal y política parecía encontrarse en un estado de letargo. O, al menos, se ocupaba principalmente de cuestiones técnicas sin mostrar mayor interés por las tensiones sociales y los problemas políticos urgentes. Era una teoría académica en el mal sentido de la palabra. En contra de esta actitud, Dworkin trató de formular las líneas generales de una teoría política liberal que tuviera a los derechos como centro. Esto es, una teoría política en la que los derechos fueran prioritarios sobre otros objetivos, y en la que la tarea del gobierno consistiera en perseguir la igualdad manteniéndose al mismo tiempo neutro entre las diferentes visiones de lo que da valor a la vida.⁵

Segundo, el intento de lograr que los derechos fueran reconocidos mediante intervención judicial implicaba un ataque a lo que Dworkin llama «la teoría del derecho dominante». En parte, esta expresión aludía de manera general al positivismo jurídico. Aunque difícil de definir de manera precisa, el positivismo jurídico es la concepción que afirma que la ley puede ser reconocida y aplicada si prestar atención a su contenido moral. En otras palabras, su tesis es que es al mismo tiempo posible y deseable que las cortes apliquen la ley sin abrir ningún juicio sobre sus méritos. Contra esta visión, Dworkin trató de mostrar que las decisiones judiciales pueden referirse legítimamente a ciertos principios morales como los de igualdad, privacidad o autonomía reproductiva, aun en el caso de que estos no hayan sido previamente reconocidos como parte de la ley.

El proyecto de Dworkin puede entonces describirse como triple. Primero, el reconocimiento de los derechos individuales liberales como elementos básicos y constitutivos de ley. Segundo, la afirmación de tales derechos en el contexto de una teoría política liberal. Y tercero, la formulación de una teoría del derecho que pueda relacionar estos dos propósitos. Como estrategia, Dworkin decidió desarrollar su teoría del derecho oponiéndose a la teoría predominante del derecho en la cultura angloamericana de entonces: la de Herbert Hart, su predecesor en Oxford.

Aunque nunca lo estableció de esta manera, creo correcto decir que, para Dworkin, la objeción principal a la teoría de Hart era ésta: se trataba de una teoría desde la que no se podía comprender el modo en que los derechos fundamentales estaban siendo reconocidos por las cortes norteamericanas. En términos de la teoría de Hart, el activismo de estas cortes aparece como un ejercicio de «discrecionalidad judicial», esto es, como el ejercicio de la libertad que tienen los

⁵ Dworkin: «Liberalism», en ídem: *A matter of principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

jueces para interpretar la ley. Normalmente los jueces deben poder ejercer esta libertad en casos donde la ley no es suficientemente clara. Para ello cuentan, por supuesto, con algunas directivas reconocidas que deben seguir, la más conocida y más obvia de las cuales es la del *precedente*, es decir, la de seguir el razonamiento aceptado y las soluciones encontradas en casos anteriores más o menos comparables. Otra manera es buscar *detrás* de los precedentes y tratar de encontrar un principio que pueda «explicar» una serie de precedentes. Otra es razonar *por analogía*, es decir, aplicando el razonamiento utilizado para resolver problemas similares en otros campos de la ley. Pero los jueces también toman frecuentemente en cuenta consideraciones extrajurídicas, la más común de las cuales es la exigencia social: justifican su decisión, habitualmente en términos más bien amplios y generales, sosteniendo que es económicamente ventajoso, socialmente aceptable, moralmente indudable, o todo a la vez. Este tipo de «apertura» en la ley y en las decisiones judiciales significa que, de modo general, existen diferentes soluciones posibles para casos difíciles, y no hay un solo modo confiable de elegir entre ellas. Esto es simplemente un hecho de la vida, pensaba Hart, que la ley o la teoría del derecho no pueden —ni deben— tratar de «curar».⁶

Dworkin no quiere otorgar a los jueces una «licencia para matar» tan amplia. Si realmente gozaran de tal libertad para elegir las bases sobre las cuales fundar su decisión, los derechos fundamentales estarían en peligro. Si derechos verdaderamente importantes desde el punto de vista moral no son reconocidos explícitamente en el derecho positivo, reconocerlos e imponerlos es parte del deber de los jueces. Su tarea primaria es reconocer derechos, y el enfoque de Hart les deja demasiada libertad para fracasar en su tarea. Dworkin argumenta que cada caso tiene en última instancia una solución correcta que ha de ser expresada en términos de un derecho (aunque no en todos los casos un derecho fundamental) a ser atribuido a una de las partes. En consecuencia, dedicó su energía a formular una concepción del derecho que debería *guiar*, o aun *forzar*, a los jueces en el ejercicio de su juicio. Y que, por supuesto, los condujera a reconocer e imponer los derechos individuales de un modo correcto.

Al formular esta teoría normativa, Dworkin siguió el consejo hermenéutico de tomar el sistema jurídico existente como referencia. Si se lo interpreta adecuadamente, en todos los casos es posible derivar los derechos de la ley existente. Una investigación cuidadosa de la *ratio* de la ley identificará un conjunto de principios, o aun un único principio comprensivo, que aporte una justificación convincente del derecho que es asegurado. En contraposición a la opinión legal predominante, Dworkin sostiene que tales principios deberían reconocerse como pertenecientes a la ley, aun cuando esto no haya sido reconocido antes por foro o funcionario legal alguno. Los derechos pueden ser reconocidos aunque no haya ninguna ley sobre el asunto. Y aun pueden ser reconocidos en contra de la ley positiva exis-

⁶ Véase H. L. A. Hart: *The concept of Law*, Oxford University Press, 1961 (2ª ed. 1996).

tente, si ésta puede ser «reconstruida» de modo convincente en función de principios morales que justifiquen el reconocimiento de tales derechos.

Dworkin propone de este modo mejorar el razonamiento judicial, interpretando la ley de manera cuidadosa y exhaustiva en busca de razones y consideraciones que puedan ser pertinentes para la justificación de un derecho. Por ejemplo, las decisiones previas pueden tener una justificación común que no ha sido descubierta hasta ahora. Este es un procedimiento habitual en la argumentación jurisprudencial y, por lo tanto, no es demasiado controvertido desde el punto de vista metodológico (aunque sus resultados sí pueden serlo). Dando un paso más adelante, las razones pueden ser tomadas de lo que podría llamarse la *gramática profunda* del derecho positivo. Así como el uso común del lenguaje se apoya en una estructura gramática implícita, de la que se hace uso de manera mayormente inconsciente, la práctica jurídica cotidiana puede ser vista como sostenida por un conjunto implícito de normas y principios, de los que también se hace un uso mayormente inconsciente. Una vez hechos explícitos, estas normas y principios iluminarían las reglas y precedentes legales implícitos. Ésta es una manera de proceder más arriesgada, porque incursiona en lo que podríamos llamar el *inconsciente legal*.

No obstante, el paralelo con el lenguaje muestra que las² normas encontradas de este modo son normas esencialmente compartidas dentro de una comunidad (en un caso se trata de la comunidad de quienes comparten un mismo lenguaje, mientras que en el otro se trata de la comunidad de quienes comparten un mismo sistema jurídico). Al ser compartidas de este modo, tales normas deben ser plenamente reconocidas como parte de una herencia común, en cuanto la comunidad pertinente toma conciencia de su presencia. El desacuerdo sobre este tipo de normas debe, en consecuencia, ser limitado, aunque no completamente inexistente. Tal como ocurre en el caso del lenguaje, puede haber desacuerdo acerca de lo que constituye el uso correcto de una lengua. Piensen, por ejemplo, en las discusiones a propósito del estatuto de diferentes dialectos o a propósito de la pronunciación correcta. No existe una autoridad definitiva que pueda poner punto final a estas discusiones, y probablemente tampoco la haya en derecho. El único criterio de decisión obvio es si esas normas son o no son aceptadas por la comunidad jurídica.

De esta manera, es posible «descubrir» ciertas normas legales que hasta el momento habían permanecido ocultas. Lo que se encuentra, sin embargo, no es un conocimiento nuevo. Se trata más bien de una confirmación de convicciones existentes. Pese a haber permanecido inconsciente por un largo tiempo, la nueva norma se ajusta a las otras convicciones ya presentes en la conciencia. Podríamos decir que el derecho «se ha dado cuenta», tal como lo hacen los individuos, al examinar críticamente la consistencia de sus propias convicciones.

Dworkin propone, sin embargo, que demos todavía un paso más en la búsqueda de normas legales previamente desconocidas. Este paso nos lleva aun más

profundamente a las regiones de la psicología del derecho, porque involucra la referencia a la autoimagen de la ley.⁷ Nuevamente encontramos aquí una estrecha analogía con los individuos humanos y con los grupos humanos. Pensemos en el tipo de historia que probablemente podríamos contar si se nos pidiera que justificáramos alguna decisión importante que hayamos tomado. O quizá la pregunta pueda ser sobre algún aspecto importante de nuestra vida, o sobre nuestra vida tomada en su conjunto. Esta historia no será simplemente un relato de los hechos, de cosas que sucedieron y de decisiones que se tomaron. Será una ordenación específica de tales hechos, decisiones y circunstancias: una interpretación de este material que en algún grado refleja nuestra autoimagen—. Es imposible diferenciar quiénes somos de cómo nos comprendemos a nosotros mismos.⁸ La historia de nuestra vida estará «teñida» por la perspectiva moral impuesta por la imagen que tenemos de nosotros mismos. O, yendo más al punto, no podemos contar tal historia sin la referencia implícita o explícita a nuestra autoimagen y su contenido moral.

La sugerencia innovadora de Dworkin es que necesariamente interpretamos la ley de modo similar. Muchas decisiones legales no pueden justificarse de manera directa como derivaciones de una ley establecida. Cuando tratamos de justificar una decisión legal, no nos limitamos a unir diferentes partes de una ley pertinente, con la sabiduría convencional que se aplica al caso en juego. Lo que buscamos es que la mayor cantidad posible de elementos jurídicos relevantes encajen en una historia que refleje una deseable autoimagen del derecho. Es inevitable, sin embargo, que algunas partes no encajen. Esto significa que las construcciones (dworkinianas) del derecho siempre «contrapesan» el atractivo de la autoimagen y, en consecuencia, la justificación de la decisión con el grado de *ajuste*, esto es, con la cantidad de material legal que explica la decisión. Se trata siempre de un intento de resolver tensiones entre, por un lado, tendencias visibles en porciones pertinentes del material legal (reglas, principios, precedentes) y, por otro, la autoimagen del derecho. Al hacer esto, la interpretación puede tener que referirse a un principio que no se encuentra en los propios materiales legales. El reconocimiento de tal principio como un principio *legal* es justificable —piensa Dworkin— cuando «explica» una mayor porción del material legal que los principios antes reconocidos. Éste sería normalmente el caso de los principios de *gramática legal* discutidos anteriormente. Pero también puede ser el caso cuando el mayor atractivo moral compensa un grado menor de *ajuste* con el resto del material legal.

⁷ La noción de que el derecho tiene una «autoimagen» aparece en *Law's empire*. (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986).

⁸ Esto concuerda generalmente con la noción de Charles Taylor del hombre como un «animal que se interpreta a sí mismo». Véase Taylor: *Human agency and language*, Cambridge University Press, 1985.

Obviamente, tal principio puede ser discutible. No fluye de una misma manera de participar en una práctica, sino de una propuesta particular (y moralmente cargada) acerca de cómo interpretar esa práctica.

El mejor ejemplo confirmatorio de este principio podría ser el caso *Brown*, mencionado más arriba. La autoimagen legal sobre la que reposaba esta decisión tenía obviamente un muy bajo nivel de ajuste con el derecho vigente. En realidad, estaba casi enteramente basada en un principio de equidad elaborado por el juez Warren, quien planteó a sus colegas una simple pregunta: ¿qué clase de nación queremos ser? Una vez contestada esta pregunta, la segregación racial fue condenada y las cuestiones de *ajuste* se redujeron a poco más que consideraciones estratégicas. Learned Hand, por supuesto, rechazó esta decisión como una suerte de golpe de estado judicial. Pero Dworkin decidió asimilar el mal trago. Si la decisión de *Brown* era revolucionaria y al mismo tiempo tan obviamente correcta, entonces la teoría legal debía ser capaz de explicar y de justificar reinterpretaciones de la ley tan radicales como ésta.⁹

Esta teoría es claramente compatible con cierto grado de reinterpretación de la autoimagen institucional existente o, en el contexto legal, de la ley establecida. De hecho, no hay manera de precisar qué grado de reinterpretación es aceptable. Es verdad que Dworkin emplea los términos *coherencia* e *integridad* como si éstos proveyeran restricciones a las posibles interpretaciones de la ley. Pero, dado que nunca desarrolla un criterio para contrapesar las cuestiones de principio o de autoimagen comunitaria contra los materiales derivados del derecho positivo, tales nociones permanecen esencialmente vacías.¹⁰ En realidad, Dworkin ha admitido en múltiples ocasiones que es imposible fijar un umbral de *encaje* con los materiales del derecho positivo. Siendo éste el caso, es imposible establecer límites claros a lo que es y a lo que no es una interpretación aceptable de la ley existente.¹¹ La conclusión obvia es que el derecho está permanentemente abierto a revisiones más o menos radicales, dependiendo de «la lógica y la plausibilidad con la que la teoría da cuenta de lo real y de lo ideal, o de los hechos y de la

⁹ Irónicamente, Dworkin utilizó más tarde el caso *Brown* para poner obstáculos a puntos de vista como el de Hand. La revisión judicial de la legislación discriminatoria racial es ahora tan ampliamente aceptada, dice, que cualquier ley estadounidense que rechace a *Brown* seguramente carece de suficiente *ajuste*. Véase Ronald Dworkin: «The moral reading of the Constitution», *The New York Review of Books*, 21 de marzo de 1996, p. 49. Este artículo apareció luego como la introducción al libro de Dworkin: *Freedom's law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

¹⁰ Véase Joseph Raz: «The relevance of coherence», en ídem: *Ethics in the public domain*, Oxford University Press, 1994.

¹¹ John Finnis: «On reason and authority in *Law's Empire*»; en *Law and Philosophy* 6/3, invierno de 1987, pp. 357-380.

imaginación contrafáctica». ¹² Dentro de estos límites flexibles, el derecho siempre puede ser pluralizado. Nunca es posible aportar una justificación o una reconstrucción completamente coherentes, y la discusión relativa a las decisiones legales nunca puede ser eliminada.

Pero, ante la amenaza de esta pluralización, Dworkin persiste en su afirmación antiescéptica. No hay razón para rechazar la idea de que existe una respuesta correcta. El punto de vista habitual es que tenemos que elegir entre varias respuestas posibles. Pero, piensa Dworkin, ésta es una forma de escepticismo que implica que en realidad no hay ningún derecho para ninguna de las partes, o al menos ningún derecho que podamos determinar. Esto es incompatible con la convicción de que los derechos individuales fundamentales forman la base del derecho. Y si tales derechos existen, debe haber una manera una manera segura de derivarlos a partir del derecho existente. En consecuencia, debemos dar nuestro consentimiento a la *tesis de la respuesta correcta*. ¹³

Esta tesis afirma que tiene sentido insistir en la idea de que hay una única respuesta correcta, aun en el caso de que no haya manera de demostrar su corrección. Frecuentemente Dworkin defiende esta tesis como una afirmación metafísica acerca del estatuto de las proposiciones normativas. La afirmación puede ser formulada como «la verdad puede exceder su demostrabilidad», o también: «no hay ninguna conexión lógica entre la verdad y su demostrabilidad». ¹⁴ La idea central parece ser la misma que se encuentra detrás de la noción, propuesta por W. B. Gallie, de «conceptos esencialmente controvertidos». Gallie defendía el uso de tales conceptos en las humanidades y las ciencias sociales, como respuesta a la acusación positivista de que muchas controversias en estos campos carecen de sentido. *Grosso modo*, Gallie argumentaba que la existencia de nociones divergentes y aun conflictivas de un mismo concepto no es necesariamente reducible a una confusión lingüística. Puede haber una discusión inteligible, útil e importante aun si no hay un método general o un principio disponible para superar el desacuerdo. ¹⁵

Pero si bien Gallie creía en la utilidad de los conceptos controvertidos, nunca dijo que fuera necesario o útil afirmar que uno de tales conceptos era el correcto.

¹² Michel Rosenfeld: «The identity of the constitutional subject», en P. Goodrich y D. G. Carlson (eds.): *Law and the postmodern mind*, Ann de Parral, University of Michigan Press, 1998, p. 149.

¹³ Este punto está mejor explicado en la respuesta de Dworkin a sus críticos en Marshall Cohen (ed.): *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Toronto, NJ, Rowman y Allanheld, 1983, pp. 276ss.

¹⁴ Para la primera formulación véase Stephen Guest: *Ronald Dworkin*, Edimburgo University Press, 1992. Para el segundo: Dworkin: *A matter...*, o. cit., p. 134.

¹⁵ W. B. Gallie: *Philosophy and the historical understanding*, Londres, Chatto y Windus, 1964, pp. 165-166.

Y, de hecho, en sus trabajos más recientes Dworkin se ha expresado de manera más cuidadosa. En lugar de afirmar que, desde un punto de vista interno, no tiene sentido tener reservas respecto a la corrección de la convicción propia, ahora admite que, dependiendo del caso, puede ser que no haya ninguna convicción correcta. Pero, argumenta, ésta no es una «posición por defecto». Puede que la tesis de la «ausencia de respuesta correcta» sea correcta, pero «requiere tanta argumentación positiva, o instinto, o convicción, que la afirmación contraria de que, o bien esa solución, o bien una distinta, es la solución correcta.¹⁶ Y, por supuesto, Dworkin sostiene que, al menos en lo que concierne a los derechos fundamentales, la *tesis de la respuesta correcta* es la posición por defecto.

Pero obsérvese que hay un desplazamiento considerable de la carga de la prueba. Puede haber aquí una concesión demasiado grande para el punto de vista dworkiniano. Al principio, la *tesis de la respuesta correcta* era la posición por defecto y ahora la afirmación parece ser que no hay posición por defecto. Pero defender la *tesis de la ausencia de respuesta correcta* como la posición por defecto en todo caso legal controvertido parece ahora suficiente para explicar por qué juristas competentes llegaron a conclusiones diferentes, como efectivamente ocurre en los casos difíciles.¹⁷

Sea como sea, sostener que alguien puede estar en lo cierto aunque no lo sepamos no parece favorecer la causa de Dworkin contra el escepticismo y el positivismo legal. Una línea argumental más interesante es la que interpreta la *tesis de la respuesta correcta* de un modo más psicológico. Entendido de esta manera, el argumento se desarrolla a partir del hecho bien conocido de que el modo de operar humano normalmente rechaza el escepticismo radical. En consecuencia, es muy difícil suspender el juicio acerca de si nuestras propias acciones y decisiones son correctas o no lo son. ¿Podrían haber sido otras? ¿Podría ocurrir que muchos de los valores que aceptamos sean incorrectos? En un sentido, podría ocurrir. Pero este sentido sería *externo* o, más bien, un juicio semejante sólo podría ser formulado desde una perspectiva exterior: la de un extraño o la de un observador. Pero ésta es una posición que simplemente no podemos adoptar respecto de nuestra propia vida. Una perspectiva *interior* no puede hacer lugar a un escepticismo tan radical.

Suficientemente cierto. Pero, como es obvio, esto no significa que, una vez que adoptamos el punto de vista interno, todas las contradicciones internas, dudas y conflictos se resuelvan de golpe. Más bien son empujadas hacia regiones inaccesibles como el inconsciente. Uno de los puntos más fuertes de la teoría dworkiniana del derecho es que muestra cómo el intento de elaborar construcciones jurídicas

¹⁶ Ronald Dworkin: «Objectivity and truth», en *Philosophy and Public Affairs*, 25/2, primavera, 1996, p. 136–137.

¹⁷ Éste es un problema que, hasta donde sé, Dworkin no ha tratado aún.

conduce a la exclusión del material que no encaja en la autoimagen del derecho. Veamos ahora cómo puede analizarse este hecho desde la perspectiva psicológica.

La vida de cada uno de nosotros está hecha de muchos eventos y circunstancias, pero la historia de nuestra vida sólo hará referencia a algunos de ellos. Muchos otros eventos y elementos no serán mencionados, o serán representados de una manera diferente de como realmente ocurrieron. Muchos de ellos serán sencillamente olvidados, o pasados por alto. Otros, deliberadamente omitidos, «editados», adaptados o distorsionados. O, por supuesto, directamente negados. Hay muchas posibles razones para este esfuerzo de «edición» de nuestra autoimagen, y muchas maneras de llevarla a cabo. Revelar algunos eventos puede ser considerado socialmente indeseable. La confrontación con algunos de ellos puede ser penosa para uno mismo. Podemos sentirnos incómodos, culpables o avergonzados. Algunos aspectos de la construcción de uno mismo son inevitablemente negados, olvidados o reprimidos. Ésta es simplemente la manera como funciona la psicología humana, uno de los mecanismos de los que se sirve para lidiar con los problemas que encuentra en el mundo.¹⁸

Estos mecanismos son más frecuentemente reconocidos por la psicología y el psicoanálisis que por el derecho. El modelo de Dworkin, sin embargo, está muy bien equipado para explicarlos, aun cuando no esté directamente elaborado para este fin. Toda construcción *coherente* del derecho, entendida como un compromiso entre realidad y autoimagen, necesariamente remueve ciertas piezas de la realidad. Se trata de las piezas que el *autoconstructor* no quiere reconocer como parte de sí mismo. Por lo tanto son dejadas de lado, negadas, encubiertas, expulsadas o, por supuesto, reprimidas. Toda construcción del derecho incluye una cuota de componentes reprimidos, marginados y excluidos. En otras palabras, toda construcción del derecho crea e incorpora su propio inconsciente.¹⁹

Por lo tanto, la teoría del derecho de Dworkin se adapta bastante bien a la idea de que el derecho tiene un inconsciente. Explica cómo el inconsciente legal puede existir. Y explica cómo y por qué las normas y juicios morales afloran en las sentencias judiciales, a pesar de que la imagen dominante de la ley y la teoría legal traten incansablemente de negar este fenómeno. No podemos evitar moralizar la ley. Pero este punto de vista moral es expulsado de la conciencia del derecho, por

¹⁸ Para una interesante y reciente perspectiva acerca de la autoestructuración, véase Diane R. Margolis: *The fabric of self*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1998.

¹⁹ Para aquellos que piensan que esto es psicologizar demasiado, recuerden que el propio Dworkin argumenta largamente acerca de la «personificación de la comunidad». Si una comunidad es como una persona, ¿por qué no asumir que su psiquis funciona tal como la psiquis de una persona? Véase *Law's empire*, p. 168. Y cf. Char

ser inadecuado para el pensamiento legal. O al menos lo es en tanto consideración independiente, separado de las normas legales en las que puede estar incorporado.

Desafortunadamente, cuando señaló la existencia del inconsciente legal, Dworkin reaccionó de manera similar a como lo hizo Freud cuando descubrió el inconsciente humano. Ambos se asombraron ante su diversidad, su falta de organización, su potencialidad para la pluralización. Y ambos se fascinaron y asustaron ante su descubrimiento. Este temor los estimuló a encerrar la estructura que habían descubierto, por temor a su volatilidad, a los efectos impredecibles y destructivos de su contenido. «Es como si Freud se hubiera retirado de este mundo de producción salvaje y deseo explosivo, queriendo a toda costa restaurar un poco de orden.»²⁰ Pero, por supuesto, cerrar o restaurar el orden no es tan fácil en casos como éste. Tiene que hacerse mediante una forma de autoconvencimiento o, si se prefiere, de autoengaño.

Tanto Freud como Dworkin llevan a cabo su operativo de control imponiendo una unidad narrativa a su objeto heterogéneo y revoltoso. En ambos casos, algún héroe griego mítico se alista para este fin. Freud eligió el mito de Edipo, que expresa tanto el odio como el amor primario hacia el origen de cada uno (los padres) y el doloroso mecanismo mediante el cual este conflicto debe ser resuelto para que el individuo pueda convertirse en un ser autónomo. Dworkin eligió a Hércules, principalmente porque es un semidiós, capaz de trascender restricciones típicas impuestas por la condición humana.²¹ Representa la promesa, o la esperanza, o la convicción de que el inconsciente tenga algún sentido, que podríamos descubrir si tuviéramos los poderes adecuados para ello. La historia de Hércules es relatada para expresar la idea de que puede haber verdad sin prueba.

Ambas historias pueden ser llamadas «historias de tapa», en el sentido de que se espera que impongan unidad al material. Suprimen el carácter productivo de los procesos inconscientes, domándolos y canalizándolos en una forma manejable. Y ambas imponen cierta forma de autoentendimiento. En el caso de Freud, los deseos sexuales perturbadores deben ser transformados o reprimidos para lograr, a través del autoentendimiento, una persona ética y autónoma. En el caso de Dworkin, la pluralidad moral perturbadora debe ser transformada o reprimida para lograr, a través del autoentendimiento, un sistema legal tan ético y justo como sea posible. Pero ambas historias también dejan en claro que la unidad y el autoentendimiento nunca pueden conseguirse totalmente, y que el esfuerzo para alcanzarlos, aunque necesario, tiene un costo considerable. Hay una solución al

²⁰ Gilles Deleuze & Felix Guattari: *L'anti-Oedipe*, París, Minuit, 1972, p. 64.

²¹ Las restricciones pertinentes han sido acertadamente expresadas por Hart, el rival de Dworkin en estas discusiones: relativa ignorancia de los hechos y relativa indeterminación de propósitos. Véase Hart: *The concept...*, o. cit., p. 125.

complejo de Edipo, pero los costos y las pérdidas son obviamente altos. La moral y la cultura pueden salvarse únicamente mediante la renuncia de móviles y deseos primarios. Y la ley positivista puede obviamente ser un concepto operativo, pero a costa de renunciar a la ética.

Las diferencias entre las historias de Freud y de Dworkin son también claras. Al elegir el mito de Edipo, Freud permaneció sensible a la ambivalencia y a la ambigüedad del inconsciente. Edipo, recuerden, se creyó capaz de evadir su destino, una expresión de *hybris* por la cual debió pagar un precio terrible.²² Hércules, al contrario, es mejor conocido por su fortaleza física que por la sutileza de su mente. Es famoso por la rápida y ruda forma en que limpió los establos de Augias.²³ Como vemos en las otras historias de sus doce tareas, su habilidad está en combatir y derrotar a sus enemigos, más que en comprender los límites impuestos por la condición humana.

De manera que Dworkin eligió una figura fuerte y terca para su héroe. Fuerte, en primer lugar, porque posee poderes que los humanos no tienen. Esto creó (o intentó, resolver) la dimensión epistemológica del problema de la *respuesta correcta*. Fuerte, también, en el sentido de forzar una unidad de perspectiva. Esto se logra, en primera instancia, concentrándose fuerte o aun exclusivamente en la sentencia, es decir, en el aspecto del fallo judicial. Más aun, Dworkin se centra en los fallos hechos por un único juez solitario. Lo único que cuenta es la creencia o la convicción de este individuo. Se trata de la identificación con la práctica tal como aparece en una interpretación y construcción personal. Esta particular asociación entre una fuerte convicción y un punto de vista estrictamente personal y más bien intransigente, que no obstante pretende ser abarcador, fue adecuadamente descrita por Gerald Postema como una perspectiva *protestante*.²⁴

En lo que resta de este artículo quisiera discutir varias críticas posibles a esta visión interna *protestante*. Lo que estas críticas tienen en común es que no han rechazado la perspectiva interna en sí misma. En este sentido, no son escépticas. Tratan de mostrar que una visión interna no es necesariamente monista, como Dworkin quiere hacernos creer. Y lo hacen pluralizando esta visión, de una manera u otra. Podríamos llamar a estas diferentes críticas la manera *multisubjetiva*, *intersubjetiva* e *intrasubjetiva* de pluralizar la perspectiva interna.

El primer punto de crítica parte de un cuestionamiento a la focalización exclusiva de Dworkin en la sentencia. Todo a lo largo de su trabajo ha sostenido la idea de que comprender el derecho es comprender la decisión judicial. Su teoría se desarrolló originalmente como una teoría del derecho civil, especialmente en sis-

²² Cf. Jonathan Lear: «The shrink is in», en *The New Republic*, 25/12/1995.

²³ Menos conocido es que, siendo joven, le rompió el cráneo a su profesor de música con una lira por haberlo llamado perezoso.

²⁴ Gerald Postema: «"Protestant" interpretation and social practices», *Law and Philosophy* 6/3, invierno de 1987, pp. 283-319.

temas de derecho consuetudinario.²⁵ En ese dominio, el derecho va tomando forma en el entrecruzamiento de decisión judicial y práctica social. Ningún otro cuerpo político o judicial interfiere. Pero el derecho moderno tiene, por supuesto, un carácter completamente diferente. En lo que se refiere a su forma, está fuertemente determinado por reglas codificadas. Y en su contenido se ha convertido principalmente en un vehículo para la implementación de políticas sociales. Pensemos solamente en la legislación que implementa la política fiscal. De modo general, el contenido de la ley en las sociedades modernas está largamente determinado por la toma de decisiones políticas dirigidas al logro del bienestar general. Lo que hacen los jueces y otros juristas debe, por lo tanto, ser considerado desde la perspectiva más abarcadora de la organización de la sociedad y de las instituciones políticas.²⁶

Así es que el punto de vista del legislador es una perspectiva legítima y relevante sobre el derecho, aunque completamente desterrado de la teoría del derecho de Dworkin. Y hay todavía otras perspectivas pertinentes dentro de la ley. En el círculo de profesionales legales encontramos, por ejemplo, a los abogados y fiscales, que trabajan tanto en derecho civil como penal. ¿Por qué suponer que siempre van a compartir la perspectiva del juez? Más importante aun: las funciones de abogado y de fiscal ¿no están institucionalizadas por la ley, de manera similar a la del juez, precisamente para asegurar diferentes perspectivas sobre el asunto y propósito del derecho? En este sentido, en lugar de excluir la pluralización, como Dworkin lo haría, el derecho se construiría sobre la pluralización de las perspectivas institucionales.

Una vez más, el caso Brown puede servir de ejemplo. La organización que impulsó y preparó este caso (The National Association for the Advancement of Colored People, conocida como NAACP), no se presentó ante la corte porque creyera firmemente en el sistema judicial estadounidense. Lo hizo como parte de una decisión estratégica de poner en marcha medios legales (y no sólo políticos) para mejorar la sociedad estadounidense.²⁷ En este sentido, los impulsores del caso deberían aparecer en el libro de Dworkin como «realistas legales». Los realistas consideran que el derecho está tan marcado por el poder como la política. Ambos son instrumentos que pueden ser usados para reformar la sociedad. Para ellos, el derecho no es una comunidad de principios sino un instrumento de fuerza. Todos los realistas comparten básicamente la concepción más o menos nietzscheana de la sociedad como una interminable lucha por el poder, si bien restringida (aunque más no sea nominalmente) por las exigencias impuestas por la democracia y el estado de derecho.

²⁵ Cf. *Taking Rights Seriously*, pp. 84, 100.

²⁶ Joseph Raz: *Ethics in the public domain*, Oxford University Press, 1994, p. 204.

²⁷ Sobre el punto, véase el maravilloso libro de Richard Kluger: *Simple Justice*, Nueva York, Knopf, 1976.

¿Por qué deberíamos considerar que estos grupos, como la NAACP, no están justificados al adoptar esta perspectiva? Ésta es una cuestión que se vuelve candente a la luz del desinhibido apoyo de Dworkin al resultado del caso Brown. La posición de Dworkin parece aquí tan poco confortable como la de Kant, que apoyaba la revolución francesa pero juzgaba moralmente incorrecto tomar parte en ella.²⁸ Dworkin probablemente contestaría que su tema no son las motivaciones reales de la NAACP o de quien sea, sino una reconstrucción racional de la historia legal. Pero, cuanto mayor sea la frecuencia con la que Dworkin y los realistas coinciden, menos plausible se vuelve la pretensión dworkiniana de que su perspectiva es la única correcta.

Deberíamos ampliar el espectro de perspectivas relevantes sobre el derecho. Por ejemplo, deberíamos incluir la de los profesionales legales que no forman estrictamente parte del sistema judicial. Y los primeros entre ellos deberían ser los profesores de teoría del derecho, como el propio Dworkin. Tal vez fuera más adecuado describir a Dworkin como un crítico profesional del derecho. Un crítico constructivo, sin duda, pero aun así un crítico cuya perspectiva no es necesariamente la misma que la de los «verdaderos» profesionales legales. Y, sin embargo, es seguro que Dworkin querrá incluir su propia perspectiva entre las relevantes e importantes. Sería necesario, por lo tanto, introducir al menos la perspectiva de los críticos constructivos del derecho entre aquéllas que merecen ser consideradas.²⁹

Esta crítica de la perspectiva de Dworkin, que enfatiza la multiplicidad de perspectivas internas posibles sobre el derecho en lugar de considerar simplemente la perspectiva del juez, podría describirse como una pluralización del derecho tanto en el plano consciente como inconsciente. En el plano consciente, simplemente pone en evidencia el rechazo de parte de Dworkin de percibir o incluir otras perspectivas. Lo acusa, en otras palabras, de adoptar una perspectiva demasiado estrecha. En el plano inconsciente, la crítica acusa al punto de vista de Dworkin de reprimir los elementos de las otras perspectivas que no se adaptan a su autoimagen. Probablemente sea imposible reunir todos estos elementos de todas las perspectivas en una sola perspectiva comprensiva. Parecería que la idea hercúlea hace aquí el trabajo que la fantasía hace en la *psiquis*: ambas son muy organizadas y libres de contradicciones. Y ambas son productos de un ensueño.³⁰ Se trata a la

²⁸ Cf., por ejemplo, Kimberly Hutchings. *Kant, critique and politics*, Londres, Routledge 1996, pp. 45ss.

²⁹ Así, una de las preguntas más interesantes y pertinentes para la legitimidad de las decisiones institucionales puede ser por qué y cómo las personas llegan a ser críticos constructivos —una pregunta formulada para la política en general por Michael Walzer.

³⁰ Este análisis confirmaría la caracterización shakespeariana de Dworkin como un «noble soñador». Véase H. L. A. Hart: *Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, 1983.

vez de una expresión del anhelo de unidad de nuestra psicología, y de su incapacidad de lograrlo.

Fuera de esta fantasía, nos encontramos con una pluralidad de puntos de vista posibles sobre el derecho existente, cada uno de ellos sostenido en su propio conjunto de principios éticos. Y, por supuesto, cada uno con su propia cuota de material excluido porque «no ajusta». Aun si fuera posible determinar cuánto ajuste con el derecho existente tienen estos distintos puntos de vista, cada uno buscaría compensar su respectiva falta de ajuste con una mayor justificación moral. Sin la fantasía hercúlea, el intento de Dworkin de una hermenéutica crítica pluraliza el derecho más que unificarlo. Expresa un punto de vista multisubjetivo del derecho que es indistinguible de críticas como la formulada por el Movimiento de Estudios Críticos del Derecho (CLS).³¹

Sin embargo, rechazar el monismo *protestante* de Dworkin no nos lleva necesariamente a las conclusiones del CLS. Hay otra solución posible: la del intersubjetivismo.³² El esfuerzo principal realizado desde esta perspectiva para resolver los problemas de racionalidad en la ley y en la justificación de los fallos ha sido el de Jürgen Habermas. Como Dworkin, Habermas siente que el derecho y la ética no deben separarse conceptualmente, y que la adecuación de los fallos judiciales no puede evaluarse sin una referencia a principios de moralidad crítica (Joseph Raz, por su parte, estaría de acuerdo con la primera tesis, pero no con la segunda). Sin embargo, Habermas encuentra que la fantasía hercúlea de Dworkin es una idealización excesiva. Y, por supuesto, Hércules es demasiado «solitario».³³ Por lo tanto, como alternativa a la subjetividad monística de Dworkin, se inclina por un enfoque intersubjetivo. Según este enfoque, el acto de sentencia aparece ante todo como una práctica lingüística. La comprensión se alcanza mediante un examen intersubjetivo guiado por inevitables idealizaciones.

El intento de Dworkin de explorar el inconsciente del derecho es en parte rechazado, pero también en parte es recuperado en un formato más transparente. Se excluye la parte inescrutable, aquélla en la que las pretensiones de rectitud surgen de la convicción interior pura, con independencia de lo que cualquier otro piense o argumente). Pero se la recupera parcialmente por la vía de ajustarla a la naturaleza lingüística del modelo intersubjetivo. Habermas hace hincapié en la naturaleza lingüística del inconsciente y la subsume (de manera ciertamente controvertida) en una naturaleza conversacional y argumentativa. Esto implica una concepción muy diferente del inconsciente, o del papel que los elementos incons-

³¹ Para una crítica representativa, véase Alan de Caza (ed.): *Reading Dworkin critically*, Nueva York y Oxford, Berg, 1992.

³² Sobre la noción de intersubjetividad véase Nick Crossley: *Intersubjectivity*, Londres, Sage, 1996.

³³ Jürgen Habermas: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 274.

cientes juegan en la construcción del yo. Éstos no son más concebidos como amenazantes, inmanejables e irracionales, sino que son emancipados y democratizados.

El modelo de Habermas es de este modo tanto interno como plural. El modelo lingüístico es el que debemos aceptar cuando pensamos sobre nosotros mismos. Es parecido a la manera en que un psicoanalizado pensará necesariamente sobre sí mismo. Las dimensiones diferentes del yo —el ello, el yo y el superyó— contarán diferentes historias acerca del yo «real», aunque esas historias están basadas en experiencias comunes. El psicoanalizado puede darle sentido a su yo si trata a esas historias como «socios conversacionales», tal como las llama Richard Rorty.³⁴ Estas historias son informativas, útiles y críticas de una manera amistosa, inquisitiva pero nunca agresiva o de confrontación; comprometen pero no combaten. La represión, el medio en y por el cual el inconsciente se expresa; se convierte en un fenómeno intralingüístico. Como dice Habermas: «El vuelo del yo a partir sí mismo es una operación efectuada en y con el habla». Lo que nosotros no podemos hacer es dejar fuera esta perspectiva lingüística. Por supuesto, un analista diagnosticará a un paciente desde otra perspectiva. Buscará señales de resistencia, perturbación, bloqueo, frustración. Pero, aun así —argumenta Habermas—, este proceso defensivo se cura por medio del análisis del habla. Por lo tanto, el habla es la llave de la autocomprensión.³⁵

En lo que refiere a los fallos judiciales, esto significa que un proceso de «represión» puede obstruir el reconocimiento de alguna norma en tanto norma legal. Dworkin y Habermas sugieren que tales normas pueden incluso existir fuera de la *gramática profunda* del derecho. Aunque Habermas exige que (eventualmente) seamos capaces de «re-gramatizarlos»,³⁶ ninguna de las construcciones «conversacionales» es capaz de re-gramatizar todo el material que ha sido excluido (ex-comulgado). Para concebir esta posibilidad, tanto Habermas como Dworkin deben aferrarse a la perspectiva idealizada y contrapuesta de una posible reconciliación de los «socios conversacionales».

Pero hay algo insatisfactorio en esta descripción lingüística del funcionamiento inconsciente. Rorty, aunque comparta esta posición, lo señala al indicar lo que queda en la oscuridad: el fenómeno de la resistencia.³⁷ En la teoría psicoanalítica, la resistencia se refiere a cualquier cosa que en las acciones y en el discurso del analizado se interponga al acceso a su inconsciente. Ahora bien, si el inconsciente es simplemente una discusión civilizada entre socios en una conversación,

³⁴ Richard Rorty: «Freud and moral reflection», en Richard Rorty: *Essays on Heidegger and others*, Cambridge University Press, 1991, p. 149.

³⁵ Sobre Habermas en este punto véase Joel Whitebook: *Perversion and utopia. A study on psychoanalysis and critical theory*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1995, pp. 190.

³⁶ *Ibidem*, p. 183.

³⁷ Rorty: *o. cit.*, p. 152.

¿cómo podemos explicar el hecho innegable de que estamos frecuentemente poco dispuestos a comprometernos en tales conversaciones? Debe haber allí algo que las trastorna o altera. La presencia de la resistencia indica que hay en el inconsciente otra cosa, que es más que simple conversación, material lingüístico.

La fuerza de la teoría de Dworkin, en mi opinión, es que tiene en cuenta la presencia del material *extralingüístico* en el inconsciente legal, y trata de resolver los efectos problemáticos que esto pueda tener sobre la práctica de dictar justicia. Dworkin indica la presencia en las decisiones judiciales de elementos que ordinariamente no son considerados parte del contenido consciente de ley. La interpretación —argumenta— puede establecer la validez legal de ciertas normas que por lo general no son consideradas parte del derecho. El aspecto radical y movilizador de la naturaleza de esta pretensión radica, precisamente, en el carácter no lingüístico de este material. Por supuesto, mediante la interpretación este material es transformado o «traducido» a una forma lingüística. Pero su origen es esencialmente ajeno u *otro*. De esta manera, Dworkin argumenta que las normas morales, aunque «ajenas» a la ley, están siempre presentes en el momento de dictar sentencia. La interpretación las transforma en normas legales en aquellos casos en los que la mejor justificación del contenido consciente del derecho requiere el reconocimiento de tales normas inconscientes como parte del contenido consciente del derecho.³⁸

Esta interpretación de la teoría de Dworkin subraya lo que podríamos llamar su *naturaleza desestabilizadora*. Dworkin descoloca al derecho establecido porque en el momento del fallo es posible *descubrir* nuevas normas, y podemos encontrarnos con que el derecho era diferente de lo que creíamos. Por eso mismo, el derecho no puede disfrutar más de la paz, tranquilidad y estabilidad. Las normas legales corren permanentemente el riesgo de ser desacreditadas, dejadas de lado, rechazadas, si ocurre que no encajan con la mejor reconstrucción posible del derecho. Siempre es posible un disturbio proveniente del inconsciente legal.

Dworkin, por cierto, jamás enfatizó la dimensión desestabilizadora de su teoría. Más bien la encubrió con su fantasía hercúlea, lo que le permitió proyectar su optimismo (típicamente estadounidense) hacia el sistema jurídico de su país. El derecho estadounidense tiene suficiente integridad, piensa Dworkin, para resistir las fuerzas desestabilizadoras provenientes de su inconsciente. O, dicho de otra manera, su inconsciente no encierra secretos tan amenazadores. O al menos ya no lo hace, tras más de doscientos años de progreso.

Podríamos poner a prueba esta afirmación, preguntándonos hasta qué punto el derecho estadounidense sanciona los arreglos sociales injustos, tanto dentro como fuera de sus fronteras (y aun si es creado para eso). Pero un abordaje psicoana-

³⁸ Dworkin sostiene, por supuesto, que tales normas ya eran legales; ocurría simplemente que no percibíamos su naturaleza legal. Pero esto es como decir que algún objeto ya era «arte» aunque nadie se diera cuenta de ello.

lítico de la fe *protestante* de Dworkin nos permite formular la crítica de una manera diferente y más interior. El enfoque *unificador* que tiene Dworkin del derecho, en el cual diversos materiales legales se reestructuran a fin de lograr una autoimagen atractiva y coherente, bien podría ser el producto de mecanismos psicológicos de defensa. Tal como ocurre en el caso de los seres humanos, la presentación de una autoimagen del derecho está expuesta a pretextos, inseguridades y autoengaños. Los mecanismos de defensa de esta clase son típicamente usados por todos nosotros para establecer la armonía entre pretensiones enfrentadas, para reducir sentimientos de ansiedad o de culpa originados en deseos, pensamientos y emociones que no son aceptables o, de modo más general, para modificar la realidad y hacerla más tolerable y aceptable.

Muchos de esos mecanismos aparecen cuando se trabaja en construcciones del derecho. La represión, por ejemplo. En individuos humanos, éste es un mecanismo que impide que los impulsos o las ideas inaceptables se hagan conscientes. En el derecho, se aplica a esas partes del derecho que son excluidas por la autoimagen que se manifiesta en la construcción legal. Como hemos visto, la construcción del derecho tal como la entiende Dworkin requiere que partes del derecho sean vistas como «errores» o «desajustes». Y si bien Dworkin reconoce que la exclusión es una consecuencia inevitable de su enfoque sobre el derecho, resulta poco realista pensar que uno podría identificar y hacer explícito todo el material que va contra la propia construcción del derecho. Lo más probable es que mucho de ese material permanezca en la oscuridad, reprimido en el inconsciente del derecho.

Otro mecanismo obviamente pertinente es la racionalización. En psicología, esto refiere a la protección del yo contra la toma de conciencia de los móviles antisociales, a los que se sustituye por razones socialmente aceptables del comportamiento. Los filósofos, que profesionalmente ponen su confianza en la razón, tienen una visión más segura de sí misma. Para ellos, la racionalización consiste en el proceso de reconstruir una práctica de manera más racional, por la vía de analizar y eliminar las inconsistencias, sesgos y contradicciones. De esta manera, un proceso o una práctica en su conjunto pueden ser vistos como expresión de un desarrollo racional, a pesar de que una parte de sus componentes o de los actores que intervienen no lo sean. Un análisis de este tipo puede ser útil para identificar y comprender ciertas prácticas sociales. Pero, aun en las mejores condiciones, se trata de un proceso riesgoso. El abordaje psicológico está más atento a la posibilidad de que los poderes de la razón operen de un modo que escape a nuestra conciencia. Especialmente, este enfoque subraya que una de las funciones más importantes de la razón es proteger al yo. Una de sus primeras ocupaciones es reducir la *disonancia cognitiva*, es decir, la distancia entre cómo nos percibimos realmente y cómo quisiéramos percibirnos, esto es, cómo quisiéramos que fuera nuestra autoimagen.

Esta reducción puede realizarse de dos maneras. La razón puede persuadirnos

de actuar contra la reacción inadecuada y el impulso del yo, y a vivir según nuestra autoimagen. Ésta es la manera a la que los filósofos prefieren atender. Pero la razón puede también tratar de neutralizar o de eliminar el sentimiento de disonancia mediante razones y argumentos que nos permitan evadir responsabilidades. Realmente, valorar la primera opción sobre la segunda expresa el deseo típico del filósofo. Insistir en la función de guardián de la razón puede expresar arrogancia y vanidad, y llevar a confundir carencia de sensibilidad con control racional. Y evadirse puede indicar un sabio curso de acción, que expresa sensibilidad a una gama más amplia de razones, móviles y emociones que los que la razón puede discernir.³⁹

Es interesante destacar que el proceso de la reducción de disonancia cognitiva se acerca bastante a lo que filósofos como Rawls y Dworkin quieren decir cuando hablan de establecer «un equilibrio reflexivo».⁴⁰ Se trata de un «procedimiento» por el cual se modifican (se diluyen) tanto intuiciones muy personales como principios abstractos, a fin de poder acercarlos entre sí. Esto parece adecuado como fenomenología del juicio. Pero no parece haber ninguna buena razón para suponer que se pueda jamás alcanzar el equilibrio. El concepto entonces expresa no tanto un procedimiento filosófico para alcanzar (o dirigirse a) una meta, sino la manera típica en que los seres humanos reaccionan frente a la disonancia interna. Indica la necesidad que tenemos de creer que esta disonancia puede resolverse. Más que proveer una respuesta, o aun un procedimiento para obtener una respuesta, expresa nuestra necesidad psicológica de tal respuesta (o de un procedimiento para conseguirla).

Es posible identificar otros mecanismos de defensa que operan en la construcción del derecho a partir de exploraciones en el *inconsciente legal*. Por ejemplo, la negación, esto es, la represión de hechos y sentimientos inaceptables y la simulación de sus opuestos. Sugerir que la negación puede jugar un papel en las cortes no es realmente inconcebible ni demasiado suspicaz. Los jueces estadounidenses frecuentemente entrecruzan estas acusaciones al presentar opiniones disidentes en casos controvertidos. En realidad, del hecho de que los precedentes sean uno de los principales puntos de apoyo de los fallos se sigue que la negación (de precedentes divergentes) sea uno de los mecanismos más comunes. ¿Y qué decir de la sublimación? ¿No es el derecho en su conjunto una institución a su servicio, diseñada para reorientar la libido hacia fines socialmente valiosos?

Podría discutir otros posibles mecanismos de defensa, o aportar algunos ejemplos concretos sobre cómo funcionan en el dictado de sentencias, pero no es vital

³⁹ Hamlet es el ejemplo primario de nuestra incapacidad de separar estos motivos (y de la utilidad limitada de la reflexión sobre ello).

⁴⁰ Cf. sobre este punto Stephen Guest: *Ronald Dworkin*, Edimburgo University Press, 1992; pp. 146-147.

hacerlo para la argumentación que desarrollo aquí. Mi intención se limita a darle plausibilidad a la idea de que los mecanismos de defensa operan en el derecho tal como lo hacen en la psicología humana. Si esto es así, el resultado que podemos alcanzar si seguimos el método de Dworkin puede ser tanto el autoengaño como el autoesclarecimiento. Y el autoengaño puede ser frecuentemente el más efectivo, al menos en el corto plazo. En cualquier caso, puede ser muy difícil explicar la diferencia.

Éste era el último de mi tres movimientos «deconstructivos» contra la manera en que Dworkin construye su punto de vista interno. El primero refería a la multiplicidad de puntos de vista institucionales, cuyo reconocimiento debería llevar a Dworkin al multisubjetivismo. El segundo señalaba que el intersubjetivismo podría ser una salida, pero una salida que nos haría perder de vista la fuerza inconsciente del derecho, es decir, la parte más importante y distintiva de la teoría de Dworkin. Finalmente, el tercero, formulado en términos de una crítica orientada psicoanalítica ponía en evidencia las múltiples profundidades del *protestantismo intrasubjetivista* de Dworkin, acusándolo de ser una fachada de resolución y convicción que en realidad esconde represión, racionalización y negación.

Por cierto, el abordaje deconstructivo no nos dirá cómo caracterizar la ley, ni cómo resolver los dilemas planteados por casos legales concretos. Simplemente trata de mostrar que estas actividades implican múltiples perspectivas que no pueden ser reducidas a una sola sin pérdidas ni costos. Mantenerse sensibles ante estas pérdidas y estos costos es el único consejo práctico que este abordaje está en condiciones de ofrecer. Lo que promueve es un «*ethos* de pluralización» o de «respuesta crítica», como dice William Connolly, a través de un análisis de «la relación ambigua entre nuevos movimientos y criterios estáticos de juicio político, y entre identidades hegemónicas y las diferencias intrasubjetivas e intersubjetivas en las que necesariamente están implicadas».⁴¹ En nuestro caso, los nuevos movimientos pueden ser las perturbaciones provenientes del inconsciente legal y que desafían los criterios establecidos de juicio legal. Y lo que debe ser explicado son exactamente niveles intrasubjetivos e intersubjetivos de la *identidad hegemónica*, es decir, del intento hercúleo de construir el derecho como una unidad. Un desarrollo posterior de este enfoque debería conducir a las intrincadas relaciones entre estos niveles.⁴² Si bien no puedo explicar este punto aquí, un resultado plausible de esta exploración sería constatar que los tres niveles de la subjetividad son enormemente importantes, pero que es difícil o aun imposible incorporarlos en una única perspectiva abarcadora.

⁴¹ William Connolly: *The ethos of pluralization*, Minneapolis, Minnesota University Press 1995, p. xv. Cf. el simposio reciente sobre este libro en *Philosophy & Social Criticism*, 24/1, 1998, 63-101.

⁴² Sobre la importancia de tales relaciones para el funcionamiento psíquico véase, por ejemplo, Jessica Benjamin: *The bonds of Love*, Nueva York, Pantheon, 1988.

Intentaré resumir los puntos principales de mi argumento. Dworkin rechaza el escepticismo en los juicios sobre el derecho. Su argumento principal es que no podemos ser escépticos respecto a nuestros propios juicios. Dworkin acierta respecto a la fenomenología del juicio, pero no es lo suficientemente desconfiado, o crítico, respecto de esta fenomenología. Y si es demasiado apresurado al transformarla en una fenomenología —o aun en una teoría— del derecho.

Dworkin sugiere adecuadamente que, cuando expresamos un juicio, «cerramos filas». Piénsese en la famosa imagen de Aristóteles de un ejército que huye: cuando uno de los soldados intenta conservar terreno, el resto se detiene de inmediato y mágicamente recobra la formación.⁴³ El juicio se unifica en este sentido. Y nosotros podemos analizar un juicio tratando de discernir la manera en que los elementos se han ordenado, como si lo hubieran hecho alrededor del primero que «tomó la posición». Podemos comprender también por qué Dworkin tiene razón al decir que no tiene sentido, o no hace ninguna diferencia, agregar a los juicios declaraciones tales como «esto es realmente verdadero» o, por el contrario, «no estoy realmente seguro» o «ésta es mi opinión personal». El juicio, una vez que uno logra tenerlo, es simplemente todo lo que tiene y todo lo que puede tener. Como lo ha dicho Dworkin de un modo bien característico: «¡Si usted no puede dejar de creer en algo, mejor créalo!».⁴⁴

Partiendo de este punto, Dworkin plantea dos movimientos básicos. Primero, toma esta fenomenología del juicio como modelo para el fallo judicial. El fallo tiene que ver con la manera en la que el juez organiza su mente. Segundo, toma el fallo como modelo para el derecho en general. La apariencia del derecho dependerá entonces de la forma como el juez «ordene» los elementos en el juicio. Estos dos movimientos representan el *punto de vista interno* de una práctica. Podemos comprender todo lo que necesitamos saber acerca del derecho explicando el punto de vista interno, mediante un modelo o una *construcción*. La teoría de Dworkin sugiere apropiadamente, sin embargo, que tal construcción sufre inevitablemente una tensión interna al tratar de adecuar el derecho a «su propia autoimagen». Esta autoimagen, por su parte, se construye a partir de normas controvertibles —las cuales propongo se vean como parte del *inconsciente* del derecho.

El modelo de Dworkin hace plausible que el derecho tenga algún tipo de inconsciente, donde las partes que no encajen en la autoimagen sean eliminadas. El contenido inconsciente depende entonces en parte de la autoimagen y, recíprocamente, la autoimagen depende en parte del contenido inconsciente. Por lo tanto, lo que aparece en la superficie como la firme convicción de un juez, de hecho es un precario e inestable equilibrio de fuerzas. Esto abre un potencial para la plura-

⁴³ Aristóteles: *Analíticos posteriores*.

⁴⁴ Ronald Dworkin: «Objectivity and truth», en *Philosophy and Public Affairs*, 25/2, primavera de 1996, p. 143.

lización, que, sin embargo, Dworkin no está preparado para reconocer. Dentro de la institucionalización del derecho se institucionaliza una amplia gama de puntos de vista, y no es evidente que la visión que Dworkin tiene, centrada en los jueces, esté por encima de otras o haga innecesarias a las demás.

Para impedir el peligro de la pluralización, Dworkin podría adoptar una visión *intersubjetiva* como la de Habermas. Ésta admite la legitimidad de la multiplicidad de perspectivas pero al menos prevé la posibilidad de una unidad final para ellas. Esto significaría, sin embargo, eliminar la dimensión inconsciente del derecho, que es la parte más distintiva de la teoría de Dworkin. Su insistencia en la idea de incorporar principios éticos como normas legales es adecuada, pero lo empuja al dominio «incivilizado» del inconsciente. Ello nos conduce al argumento final en contra de su teoría: que aun la perspectiva del juez solitario puede, y debe, ser pluralizada.

Ésta es la crítica más crucial, ya que es la más cercana a lo medular de su teoría. Lo que hace es elaborar las consecuencias de introducir elementos inconscientes en las construcciones del derecho que son sensibles a la autoimagen del derecho. Parece plausible que tales construcciones sufran las mismas inquietudes que los humanos al respecto. El peligro del autoengaño está siempre a la mano. Existe siempre una necesidad de reprimir aquellas partes de la psiquis, o de la ley, que no se ajusten a la historia tal cual la queremos o la necesitamos. Probablemente nuestra psiquis tenga una necesidad existencial de tales historias. Y retrospectivamente es cierto que elegiremos una historia como la más plausible o la más aceptable. Pero sólo seremos capaces de alcanzar este punto después de un tiempo considerable. Tomando prestada una ley de la física para expresar un conocimiento que proviene de la hermenéutica filosófica: lo que ganamos en unidad de perspectiva, lo perdemos en tiempo. Cuanto mejor sea el relato, más se parecerá a la historia.

Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, nacido en 1931, es actualmente el sucesor de H. L. A Hart en su cátedra de Jurisprudencia en la Universidad de Oxford y profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Nueva York. Siendo uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona, sus tesis se ubican en la línea del liberalismo igualitario. Es autor de cinco libros: *Taking Rights Seriously* (1977) —traducción castellana: Ariel, 1984—, *A Matter of Principle* (1985) —traducción castellana: Gedisa 1989—, *Law's Empire* (1986), *Life's Dominion* (1993) y *Freedom's Law* (1997). Es asimismo autor de algunos artículos extremadamente influyentes en la discusión contemporánea. Entre ellos cabe destacar la serie «What is Equality?» (un total de cuatro artículos publicados en diferentes revistas entre 1981 y 1987), «Liberal Community» (publicado por la *California Law Review* en 1989) y «Foundations of Liberal Equality» (*The Tanner Lectures*, 1990).

La obra de Dworkin ha originado una polémica muy importante que ha trascendido más allá de los círculos académicos. Sus tesis, que han tenido más detractores que seguidores, constituyen un punto de partida interesante para la crítica del positivismo jurídico y de la filosofía utilitarista. Todo ello explica el impacto de su obra en el marco de la filosofía jurídica actual

Resumen

El autor presenta el punto de vista característico de Ronald Dworkin sobre el derecho y la interpretación judicial, para luego criticarlo a partir de tres movimientos deconstructivos. Mediante el primero, sostiene que el abordaje de Dworkin hubiera debido llevarlo hacia una afirmación del multisubjetivismo al que el propio Dworkin se opone. Mediante el segundo, muestra que en caso de avanzar en esta dirección se perdería la mayor riqueza de la teoría de Dworkin, que es el reconocimiento de un inconsciente legal. En el tercer movimiento, el profesor Van Oenen se sirve de la teoría psicoanalítica para cuestionar los esfuerzos de Dworkin por unificar las prácticas jurídicas.