

LIBERTAD Y RESTRICCIÓN EN LA  
DECISIÓN JUDICIAL:  
UNA FENOMENOLOGÍA CRÍTICA

*Duncan Kennedy*

Notas editoriales de Diego Eduardo López Medina

Ahora, haciendo caso omiso de estas objeciones, imaginen que considero que la norma pertinente en este caso no regula de manera justa e igualitaria las diferencias entre dos grupos de personas perfectamente identificables y en conflicto. Y no lo logra en tanto que hace parte de una estructura política que, en general, yo considero como injusta y en la que además se encuentran muchas otras normas similares, todas las cuales deberían modificarse en nombre de la justicia. Quiero con esto sugerir una objeción "política" a la ley: la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar obedece y hace parte de un plan general de oposición.

De nuevo repito que la manera como percibimos la legalidad bien puede variar dependiendo del carácter y la naturaleza de ese "yo quiero" que se enfrenta a "la ley". Sólo insisto en una cosa: es inútil discutir el conflicto entre "preferencias personales vs. la ley" sin especificar de qué tipo de preferencias estamos hablando.

\*\*\*

A continuación explicaré qué quiero decir cuando afirmo que mi impresión o idea inicial de la ley, exige, demanda u ordena un resultado jurídico específico. Supóngase que el sindicato de choferes de buses de Boston está en huelga. La compañía contrata choferes no sindicalizados y se prepara para reanudar el servicio. El primer día, los choferes sindicalizados se acuestan sobre la calle frente a la estación para impedir que los buses salgan.<sup>6</sup> No perturban el flujo ge-

<sup>6</sup> "the United States", en: *Interpreting Precedents* editado por Robert Summers y Neil McCormick. Para un análisis de *stare decisis* en la adjudicación constitucional puede consultarse con provecho Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 68 *Columbia Law Review*, 723 (1988).

<sup>6</sup> Hace falta una nota sobre la respetable progenie de este tipo de manifestación y protesta pública en los EE.UU. En países como Colombia, por ejemplo, la protesta pública típica se realiza de

neral del tráfico y no ejercen violencia. La policía los arresta y se los lleva pero le toma horas hacerlo. Se les acusa de perturbar el orden y de obstruir la vía pública (una contravención) y luego son puestos en libertad tras pagar una fianza pequeña. Al día siguiente, otros miembros del sindicato proceden a hacer lo mismo con el mismo resultado. Los buses circulan pero con retrasos y en medio de la confusión y el caos.

la siguiente manera: un grupo de personas avanza por las calles de la ciudad (el natural bloqueo del tránsito es parte de la "manifestación") con pancartas y consignas en las que reclaman del Estado tal o cual prestación. La caminata usualmente se dirige hacia el "centro" de la ciudad, donde están los edificios gubernamentales, y termina de manera simbólica frente a uno de ellos. En los EE.UU., en cambio, durante mucho tiempo se utilizaron (y se sigue haciendo pero con menos frecuencia) como forma de manifestación pública los así llamados *lie-in* y *sit-in*, palabras que designan por sí solas comportamientos políticos reconocibles en el habla corriente. En nuestra traducción, cuando Kennedy utiliza *lie-in* (esto es, el acto de los trabajadores de yacer pacíficamente al frente del garaje de la empresa de buses), hemos traducido "obstrucción de la vía". Cuando los manifestantes se sientan, en lugar de yacer, se denomina *sit-in*. (Un caso famoso son los *sit-in* que los estudiantes de la escuela de derecho de Harvard hicieron frente a las oficinas administrativas exigiendo mayor diversidad racial y política entre los miembros de la facultad. Sus reclamos fueron apaciguados mediante promesas de cambio y firmes amenazas de sanciones académicas). Parte de la respetabilidad de este tipo de protesta proviene de su uso frecuente por parte del *Civil Rights Movement* de Martin Luther King. Ellos, como luego lo hará Kennedy en el texto, subrayaban el carácter pacifista de ese tipo de protesta. Su vinculación, incluso, se remonta a las doctrinas de resistencia pacífica de Ghandi. El caso que aquí narra Kennedy tiene ciertas resonancias, para el lector norteamericano, con muchos de los más famosos episodios de la lucha antirracista: era frecuente, sobre todo en el sur, que activistas de derechos humanos hicieran *sit-o lie-ins* al frente de establecimientos que segregaban a sus clientes negros. Ello, por supuesto, originó un conflicto entre propietarios y manifestantes, en un todo análogo al del caso que Kennedy presenta en el texto. Más interesante aún fué que precisamente la Corte Suprema liberal de aquella época (liderada por Earl Warren), la misma Corte que decidió el famoso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), se pronunciara en favor de la constitucionalidad de estas formas de protesta pública, por ejemplo, en *Bell v. Maryland*, 376 U.S. 226 (1964).

La compañía recurre al tribunal federal para obtener una orden judicial restrictiva<sup>7</sup> en contra de las tácticas del sindicato.

Lo primero que pienso al mirar este caso, sin ser un experto en derecho laboral, pero sí con un conocimiento general del asunto, es lo siguiente: "no hay modo de que los trabajadores se salgan con la suya. El imperio de la ley dictaminará que los trabajadores no pueden impedir que el patrón utilice los buses durante la huelga. La compañía obtendrá una orden judicial en contra de los trabajadores."

No estoy de acuerdo con esta norma así concebida. No creo que a los directivos de una compañía se les deba permitir operar los medios de producción con una mano de obra sustituta durante una huelga. Considero que debería existir una norma en la que se estipulara que, mientras la disputa no haya sido resuelta, ninguna de las partes puede utilizar los medios de producción sin la previa autorización de la contraparte (excepción hecha de distintas circunstancias extraordinarias). Esta perspectiva hace parte de una preferencia más general por transformar el actual modo de vida estadounidense en una dirección que conduzca a otorgarle al trabajador mayor iniciativa, control y manejo administrativo en un contexto cada vez más descentralizado en donde se desdibujen las fronteras entre "patrón" y "trabajador", entre empresa "pública" y "privada".

7 Hemos traducido el vocablo legal *injunction* como "orden judicial restrictiva". El sistema de las *injunction* es un conjunto de medidas flexibles que el juez puede adoptar discrecionalmente con el propósito de prevenir o remediar posibles ataques a derechos del reclamante. La posibilidad de emitir *injunctions* es una potestad típica del *equity*. Las *injunctions* son expedidas cuando el juez es de la opinión que las medidas protectoras que concede la ley no permiten proteger el derecho de manera completa o adecuada. Pueden ser preventivas, cuando el juez impone una obligación de no hacer (como no acercarse a la casa o la persona del quejoso), u órdenes, cuando el juez impone la obligación positiva de dar o hacer algo.

La sensación de que en este caso la ley está en mi contra surge de una fugaz intuición sobre qué es lo que ordena la ley en estos casos. En efecto, no he leído casos o artículos en los que se describa qué puede o no hacer el patrón con los medios de producción durante una huelga. Se me viene a la cabeza, vagamente, la novela *In Dubious Battle*,<sup>8</sup> uno de los clásicos de Steinbeck que leyerá cuando tuve dieciséis años. Aun así, apostaría a que dicha norma, que va en contra de mi preferencia, existe.

Ahora bien, de existir tal norma que le permite al patrón hacer lo que le plazca con los medios de producción, entonces es muy probable que el tribunal federal pueda encontrar una manera de ofrecer respuesta al patrono (¿quizá bajo el rubro de "prácticas laborales injustas" por parte del sindicato?).<sup>9</sup> Y si el patrono recibe un fallo a su favor, tengo la poderosa sospecha de que los trabajadores "amenazarán con provocar daños y perjuicios irreparables al patrón", de tal modo que éste podría ahora esgrimir los argumentos que se requieren para justificar una orden

8 *In Dubious Battle*, generalmente considerada la primera de las grandes novelas de Steinbeck, le ganó también la fama de escritor polémico por la forma en que trataba los temas políticos y sociales. Harold Bloom, el crítico literario de Yale, lo llamaba "realismo social", mientras el propio Steinbeck prefería llamarlo "ficción honesta". En esta novela en particular, Steinbeck describe una huelga de trabajadores en los campos de manzana de California, quienes luchan contra los ávidos terratenientes. La huelga, presa de su propia lógica, termina saliendo de madre y culmina en extremos de fanatismo.

9 La expresión "prácticas laborales injustas", *unfair labor practices*, es un término técnico del derecho laboral de los EE.UU., creado por el *National Labor Relations Act*, en su sección 8. Allí se enumeran ciertas actividades, incluyendo algunas formas de piquete laboral, que se consideran indeseables en las relaciones obrero-patronales. La ley, sin embargo, no define estos actos de manera sustantiva; solo da al final un criterio funcional: constituye práctica laboral injusta aquella que puede ser prohibida o penalizada por el *National Labor Relations Board*, esto es, la entidad administrativa encargada de aplicar la ley. Para ello el *Board* cuenta con amplios poderes.

judicial restrictiva en contra de los primeros. Con todo, también me parece recordar vagamente que los tribunales federales no deben expedir órdenes judiciales en las disputas laborales.<sup>10</sup>

Hay demasiadas cosas inciertas aquí. No estoy muy seguro, por ejemplo, de que un tribunal federal de distrito tenga jurisdicción, de acuerdo con las normas legales establecidas por el código laboral, para intervenir en favor del patrón cuando las autoridades locales ya están haciendo cumplir de antemano la ley local que prohíbe obstruir la vía pública. Tampoco estoy seguro de que, aun cuando existan fundamentos para una intervención federal, expedir una orden judicial sea la conducta adecuada. Será menester que examine todas estas cosas antes de que pueda tener una idea cierta sobre cuál será o debería ser el resultado de este caso.

10 De aquello de lo que se "acuerda" Kennedy es de unos de esos bús de información que resultan familiares a cualquiera que haya pasado por una facultad de derecho en los EE.UU. Y éste precisamente es uno de los puntos fundamentales del artículo. Se trata de mostrar cómo, en nuestra primera apreciación de un caso, nuestra reflexión está constituida por *trazas de conocimiento*, y que sobre ellas delineamos nuestra estructuración del campo de análisis. Esto contraría las ideas de "precisión" y "exactitud" del recuerdo, tan caras para la civilística. "Precisión" y "exactitud", si nos atenemos a la experiencia de los exámenes orales de derecho, parecen ser la marca de la argumentación jurídica. Pero una vez olvidada la gran masa de información (lo que ocurre en lapsos de tiempo más o menos cortos), el abogado practicante acude, en primera instancia, a un conocimiento "superviviente" sobre el que articula su "primera impresión" del caso. En el artículo de Kennedy importa tanto la "familiaridad" del recuerdo como el contenido sustantivo del mismo. Respecto de esto último podría hacerse el siguiente resumen: antes de la aparición de la legislación social y laboral, la orden judicial federal fue usada (y abusada) para prevenir cualquier tipo de conflicto laboral. Los patronos, así, podían aplastar cualquier forma de piquete o protesta sindical con efectos económicos. Este tipo de abuso, documentado por Felix Frankfurter en su libro *The Labor Injunction* (1930), llevo a la expedición de la Ley Norris-Laguardia de 1932 (29 U.S.C. §§ 101-115; 18 U.S.C. § 3692, 1976) que de manera enfática prohibió a los jueces federales expedir este tipo de órdenes.

Por otro lado, también estoy seguro de que el patrón puede utilizar los medios de producción a su antojo. Y estoy muy, pero muy convencido de que, de existir tal norma, entonces los trabajadores en este caso la habrán violado. Estoy convencido de que lo que entiendo por esta norma es que el patrón tiene tanto el privilegio de actuar como el derecho a ser protegido contra toda interferencia y que, así las cosas, lo que los trabajadores hicieron fue justamente eso: interferir.

En tanto que la norma (que a mí no me gusta) no será aplicada para expedir una orden judicial en contra de los trabajadores mientras no se hayan esclarecido todas estas incertidumbres, entonces todavía no me ha llegado el momento de verme cara a cara con el conflicto entre la ley y la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar. Sin embargo, desde ya, comienzo a sentir "la ley" como algo que me restringe. Hora de preguntarse qué quiere decir esto.

\* \* \*

*La aparente objetividad inicial de la norma objetable.* Utilizo la palabra objetividad aquí para señalar que, desde mi punto de vista, *la aplicación de la norma a este caso* pareciera ser un procedimiento necesario, obligatorio y no discrecional. Tampoco puedo negar que, de existir tal norma, los trabajadores la han violado palmariamente. Esto es tan innegable como que en este momento estoy en Cambridge, Massachusetts, sentado en una silla<sup>11</sup> y escribiendo sobre

11 Quisiera explotar la ambigüedad de la oración para hablar de la "silla" de Kennedy en Harvard. En inglés se conoce también como *chair* al puesto que ocupa un docente universitario cuando existe financiación externa que sufraga su salario. En homenaje al donante, la cátedra del profesor recibe su nombre. Duncan Kennedy es el sucesor de Roscoe Pound y de Lon Fuller en una de tales "sillas"; es *Carter Professor of Jurisprudence*. Poco después de su "elevación" a este *chair*, el *Harvard Law Record* hizo un interesante foto-reportaje de profesores que recién

un aparato llamado máquina de escribir. La norma se aplica sola. Acostarse en la vía pública cuando el patrón quiere sacar los buses para reanudar el servicio durante la huelga es una instancia típica de violación de la regla de no interferencia con el uso de los medios de producción por parte del patrón. Fiel a lo allí descrito, no me cabe la menor duda de que los trabajadores en efecto intentaron hacer exactamente lo que la norma establece que no tienen el derecho de hacer.

Nótese que, en este sentido, se está hablando de una objetividad interna: ocurre al interior de mi cabeza. Pero, en el momento en el que empiece a pensar en el posible conflicto que surge entre la ley y la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar, la pregunta que surge es otra muy distinta: ¿cómo vería otra gente este mismo caso en la eventualidad de que los obstáculos iniciales hayan sido bien sorteados?

Algunas veces me parecerá que todo el mundo (en el contexto pertinente), consideraría este caso como uno de aquellos en los que la norma se aplica por sí sola. Puedo imaginar a todas esas personas siguiendo la misma reflexión que yo hice y me parece de inmediato obvio que también a ellos les pare-

lemente habían adquirido esta distinción. El reportaje, titulado *The Chair*, consistía en una foto del profesor sentado en una silla y un breve resumen de su vida académica. Como era de esperarse, la mayoría de profesores aparecieron, muy tiesos y muy majos, sentados en sus sillas. Kennedy, por el contrario, escogió para la ocasión sentarse sobre el *espaldar* de su *chair*. Como atuendo, vistió una chaqueta de cuero negro y gafas oscuras. Esta foto, de alguien que se preocupa tanto por la *semiótica del mensaje* no puede considerarse fortuna. Al respecto véase Duncan Kennedy, "A Semiotics of Legal Argument", 42 *Syracuse Law Review*, 75 (1991). Su gesto [¿heterodoxo?] puede interpretarse como una intervención sobre el objeto material (*chair*) que refleja su posición frente a la tradición teórica del derecho (la *chair* en teoría legal que ahora él ocupa). Piénsese lo que se quiera de esta interpretación transversal de la foto, cuando menos es muy reveladora de su personalidad. En su oficina además, una de las sillas que se ofrecen al visitante es la típica silla plegable de madera y lona blanca que usan los directores de cine. En vez de "director" dice "Carter Professor".

cerá que los trabajadores violaron la norma. De ser así, entonces la norma adquiere una doble objetividad. La reacción de la gente se habrá convertido en un acto que se puede anticipar tanto como que el sol saldrá mañana o que este vaso de vidrio se romperá si lo dejo caer al suelo.

Sin embargo, es muy importante no hacer un revoltijo con estas dos formas de objetividad. Puede ocurrir que, una vez realizada mi aplicación interna de la norma, yo personalmente concluya que se trata de un caso "no tan claramente regulado por la norma" y aun así seguir anticipando que los otros lo verán como un caso "de antemano resuelto". También es posible que yo lo perciba como un caso que no tiene vuelta de hoja y sin embargo anticipar que los otros lo encontrarán complejo y confuso.

\*\*\*

A continuación lo que ocurre es que me dispongo a trabajar sobre los problemas que ofrece este caso. Resulta que a estas alturas de mi vida ya poseo un conjunto de intenciones, un proyecto vital como juez y estos factores se encargarán de orientarme entre las muchas posibles actitudes a seguir frente a este trabajo.<sup>12</sup>

Por ponerlo de algún modo, resulta que yo me considero un activista político, alguien "que tiene vocación de cambio social" para ponerlo en los términos de Roberto Unger. Considero que las normas

12. Aquí Duncan Kennedy introduce formalmente la noción de *trabajo*. Es fundamental cómo en el artículo se describe el argumento jurídico como una especie de "trabajo". Ello quiere decir, recogiendo la noción del joven Marx, que la mercancía (en este caso el argumento que busco "vender" ante mi audiencia) depende del trabajo arduo e intenso que el trabajador (en este caso el juez de Kennedy) ha dedicado a su elaboración. Con ello, Kennedy ve en Marx el anuncio de un "constructivismo social" radical. El mundo, incluyendo sus productos jurídicos, son fruto de su transformación por medio del trabajo. Al respecto, véase Karl Marx, *Manuscritos económico-filosóficos* de 1844.

y leyes vigentes las escogió una gente que tenía el poder suficiente para optar conforme a su peculiar manera de entender la moral, la justicia y sus propios intereses. Considero, además, que las normas y las leyes siguen en vigencia porque los grupos que han sido tratados injustamente no han tenido la visión política, la energía y la fuerza bruta para cambiarlas. Me autopercebo como un posible foco de energía política capaz de generar cambios en una dirección igualitaria, comunitaria, descentralizada y socialdemócrata... consignas que, dicho sea de paso, no ayudan para nada a resolver qué diablos hacer en ninguna situación jurídica o social concreta.

\* \* \*

Dada mi orientación general, el trabajo que pretendo realizar en este caso tendrá dos objetivos que bien pueden entrar en conflicto entre sí. Quiero que estos trabajadores en particular se salgan con la suya al obstaculizar la salida de los buses y quiero desplazar la ley, tanto como me sea posible, en aquella dirección que le permitiría a los trabajadores en general, un cierto control, legalmente legitimado, sobre los medios de producción durante una huelga.

Si mi único objetivo fuera el de evitar o impedir la expedición de una orden judicial restrictiva en contra de los trabajadores que obstruyen el paso de los buses acostándose en la calle durante la huelga, entonces me sería muy tentador optar por una estrategia que hiciera posible evitar completamente la aparente norma legal que prohíbe toda interferencia por parte del trabajador. Podría, en ese caso, simplemente hacer todo lo posible por demorar el caso en la esperanza de que los trabajadores ganen la huelga antes de que yo me vea obligado a fallar. Podría concentrarme en la elaboración de una nueva versión de los hechos en la esperanza de que, gracias a este nuevo elemento, se deniegue la orden judicial. Podría también buscar algún "tecnicismo ju-

ridico" aunque éste no tenga ninguna relevancia sustancial aparente, como por ejemplo algo relativo a las formalidades<sup>13</sup> que debe cumplir el contrato colectivo entre patrono y trabajadores o algún error en la redacción de la demanda.

A un nivel más fundamental, podría dirigir todas mis energías a la investigación de los problemas relacionados con la competencia de los jueces federales para expedir órdenes judiciales restrictivas en conflictos laborales como éste. Es este caso, si el esfuerzo da resultado, quizá me sea posible desplazar la ley de modo que le sea favorable a los trabajadores en general a pesar de que, aun así, tal desplazamiento no haya tocado de manera directa el problema del control del trabajador sobre los medios de producción durante una huelga.

Pero la estrategia que me interesa discutir aquí es aquella que consiste en un ataque frontal a la aplicación de la norma que estipula que los trabajadores no pueden en modo alguno obstaculizar la utilización de los medios de producción de la compañía. De tener éxito esta estrategia, el resultado sería tanto el de haber liberado a los trabajadores de cualquier responsabilidad por haber violado la ley en este caso, como el de haber cumplido con mi propósito de reformar la ley. Así, se habrá reducido de alguna manera el poder de los patronos de invocar la protección del aparato estatal, un cambio que sería útil en la práctica jurídica futura siempre que se trate de disputas sobre huelgas. Así, el manto de legitimidad jurídica se habrá corrido un poco: desde un punto en el que avalaba todas las prerrogativas patronales

13 En inglés se utiliza la expresión *statute of frauds*. En 1677, Lord Nottingham redactó el *statute of frauds* original. En dicha ley se prescribían la adopción de ciertas formalidades para la celebración de contratos (en especial que se celebraran por escrito), so pena de no ser exigibles ante las cortes (sin que ello significara su nulidad o inexistencia). En la mayoría de jurisdicciones anglosajonas existe una ley o leyes de este tipo (que conservan la denominación de *statute of frauds*).

a una posición que legitima, hasta cierto punto, el derecho de los trabajadores sobre los medios de producción.

\*\*\*

Lo que me parece interesante de la situación tal y como la he descrito hasta este punto es que no estamos lidiando con un "caso regulado por una norma" sino más bien con la percepción de que quizá una norma si lo regule y que al aplicarla es muy probable que traiga como resultado un desenlace específico, en este caso, pro-patronal. No se puede decir que el juez esté libre ni tampoco que esté maniatado. Por lo menos no me parece que lo esté, observando la situación desde adentro. Si se mira el asunto desde adentro, la pregunta a hacerse es la siguiente: ¿dónde y cómo distribuir el tiempo y la energía de los que dispongo para este caso? En realidad lo que importa es saber cómo voy a dirigir y a orientar mi trabajo para llegar a un resultado que se ajuste a lo que yo entiendo por justicia. Mi posición como juez (inicialmente entendida como aquella situación en la que se establece un conflicto entre "la ley" y "la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar") es similar a la del abogado a quien un cliente le trae un caso que, tras una ojeada preliminar, el primero encuentra que es muy probable que su cliente pierda. La pregunta, por lo tanto es: ¿será posible que esta primera impresión prevalezca después de que ponga todo mi empeño en desarrollar una línea argumentativa y analítica alternativa?

Trabajar en procura de un resultado, a mi parecer, hace parte esencial de la situación de un juez. No se trata de ser libre ni de estar maniatado. O, quizá mejor, se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar.

\*\*\*

Ahora bien, ¿será posible que lo que estoy haciendo sea ilegítimo desde la perspectiva de la legalidad y que además lo sea desde el comienzo de mi indagación? Podría argüirse que, como yo considero que la ley favorece a la empresa, entonces no tengo por qué estar intentando desarrollar la mejor alternativa posible para el sindicato. Pero este razonamiento no parece comprender bien las reglas del juego implícitas detrás de la legalidad. Todos los miembros de la comunidad jurídica saben muy bien que aquella primera impresión que se tiene respecto a la manera como una norma específica regula y deviene en un resultado X cuando se aplica, suele ser, con frecuencia, una impresión equivocada. Esto es lo que hace del derecho algo tan estimulante. Lo que en primera instancia parecía ser un caso cerrado, de súbito termina siendo uno abierto de par en par y aquello que antes parecía vago e indefinido, de pronto se nos revela como algo sumamente sólido y firme dadas las circunstancias.

De modo que parte muy importante del papel que deben desempeñar jueces y abogados, es examinar las conclusiones a las que ellos mismos han llegado respecto a lo que consideran es "la respuesta legal correcta", intentando también desarrollar los mejores argumentos posibles de la contraparte. En mi papel como juez activista apenas cumplo con mi deber cuando intento examinar mi primera impresión a la luz de la mejor argumentación que pueda desarrollar en defensa del sindicato.

Si logro desarrollar un argumento jurídico en contra de la expedición de una orden judicial restrictiva, el principio de imparcialidad me obliga a examinar dicho argumento a la luz de un nuevo contra-argumento en favor de la empresa, hasta que, por último, se me habrá acabado el tiempo y tendré que tomar una decisión.

Lo que en efecto sí sería una traición a la legalidad sería asumir, al final del proceso reflexivo, la

posición equivocada cuando ya había llegado a una conclusión respecto a lo que "la ley exige" y encontrar que ella aún está en conflicto con la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar.

Entre tanto, sin embargo, puedo jugar cuanto quiera.

\*\*\*

Con todo, ese instante eufórico en el que alcanzo a concebir la argumentación jurídica como un "jugar con la norma", no durará mucho tiempo. Lo que sigue a continuación es que entro en pánico al empezar a devanarme los sesos pensando en cómo sortear la abrumadora sensación de que si la norma legal es "los trabajadores no pueden interferir con los medios de producción del patrón durante una huelga", entonces no habrá nada que yo pueda hacer en favor del sindicato. Me abochorna este pánico: no es sólo que por el momento no haya podido salir con nada sino que al mismo tiempo siento que tengo que salir con algo. Es una verdadera desgracia: demuestra que no tengo la menor habilidad para la argumentación jurídica. Haber pregonado a los cuatro vientos la indeterminación de la doctrina y haber alegado ser un mago de la manipulación me hacen sentir como un tonto.

En la misma medida en que crece mi pánico empiezo a considerar alternativas. Si no puedo montar un ataque contra la norma legal tal y como suele aplicarse, quizá me vea en la necesidad de investigar el contrato colectivo original entre las partes. Sospecho, casi sin la menor duda, que los contratos se pueden manipular siempre que uno aplique figuras como la buena fe, las cláusulas implícitas y el interés público, todas pertinentes en este caso. Quizá deba intentar una lectura "entre líneas", pero esta manera de aproximarse al problema me parece menos buena que atacar de frente la norma en sí.

Es entonces cuando empiezo a pensar en el problema de la orden judicial restrictiva a nivel federal.<sup>14</sup> Tengo la seguridad de que la combinación de aquella ley de los años 30 que restringía la capacidad de los jueces para expedir órdenes judiciales, junto con los poderes otorgados a los tribunales federales para hacer cumplir las órdenes judiciales, por lo menos en algunos de los acuerdos llegados tras una negociación colectiva (¿será después del caso Lincoln Mills?,<sup>15</sup> en verdad no recuerdo), debió haber convertido en un verdadero

14 En esta nota trataré de presentar un conjunto de elementos jurídicos indispensables para entender el argumento subsiguiente. El punto es este: los sindicatos en Estados Unidos han utilizado una técnica de conflicto colectivo denominada *picketing*, para transmitir información al público sobre sus exigencias laborales y como arma de presión económica contra el patrono. En su forma más tradicional, consiste en una línea de trabajadores que caminan con pancartas y cánticos en las que exponen sus demandas: se sitúan en la puerta del lugar de trabajo y con ello impiden la posible entrada de esquirols o trabajo sustituto. Como se dijo *supra*, la mejor arma defensiva en derecho de los empleadores ha sido recurrir a la jurisdicción federal y obtener una "orden judicial restrictiva" que ordene a los trabajadores cesar en sus actividades de obstrucción. El establecimiento de legislación al respecto, en especial la Ley Norris-Laguardia en contra de órdenes judiciales restrictivas de 1932, limitó severamente la posibilidad de los jueces federales de expedir estas órdenes en contra de protestas laborales. Luego en 1935, en pleno *New Deal*, se expidió el *National Labor Relations Act*, también conocida como Ley Wagner, que contiene el estatuto básico de los derechos y obligaciones recíprocos entre patronos y trabajadores. Nótese una vez el tono casual como Kennedy se acuerda de estas importantísimas y bien conocidas leyes laborales. No está para nada seguro de su contenido. Sin embargo se acuerda que existen y que su tono general era este o aquel. Lo importante, de nuevo, es que parte esencial de la fijación de la posición jurídica se hace con esta especie de malabarismo conceptual antes que con ardua investigación "científica".

15 En este caso se abrió la posibilidad de hacer obligatorias, mediante orden judicial federal, las cláusulas de no-huelga y otras por el estilo que hubieran pactado patronos y trabajadores en sus convenciones colectivas. Estas cláusulas, evidentemente, restringen de manera importante la actividad sindical.

embrollo el asunto de cuándo los tribunales federales pueden dispensar una orden judicial o no. Si sólo tuviera que preocuparme por esto, apuesto a que podría salir, fácilmente, con un argumento en pro de los trabajadores. Pero seguir este camino sigue siendo menos bueno que atacar de frente la norma.

En último término están las soluciones de poca monta, que se fundamentan en la esperanza de que los hechos ocurridos terminen siendo más o menos distintos a lo que pensé en una primera instancia cuando oí por primera vez del caso, o que los abogados de la compañía cometan algún error estúpido de procedimiento.

\*\*\*

En fin, sigo devanándome los sesos. Creo disponer de buenas máximas para desarrollar un buen argumento jurídico, pero, ¿cuáles son? Una regla jurídica representa un compromiso alcanzado entre dos argumentos de conveniencia pública<sup>16</sup> con concesiones mutuas, de manera que debe existir un área gris en donde los términos del arreglo no son del todo claros. Sin embargo, este caso parece claro. Pero

16 "Argumento de conveniencia pública" es la traducción que se ha escogido para el término inglés *policy*. En general, en la práctica y en la teoría jurídicas de los Estados Unidos, se diferencia entre argumentos deductivos, surgidos de la aplicación silogística de las reglas jurídicas positivas, y argumentos de *policy*, esto es, relativos no a las reglas existentes sino a la conveniencia para la comunidad como un todo de un resultado u otro en un caso concreto. El mismo Duncan Kennedy ha profundizado recientemente en esta distinción, y ha mencionado expresamente la dificultad de traducir *policy* a otros idiomas. Véase Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, cap. 5. Los argumentos de conveniencia o utilidad pública (que, como se dijo, hacen alusión al beneficio de la comunidad en general y están insertos en una ética utilitarista), son contrastados también con frecuencia, como lo hace Dworkin, con los argumentos basados en la preeminencia de derechos individuales. Véase Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

siempre existe una excepción a la regla. Pero aquí no veo ninguna.

Cuando surge una idea, ésta simplemente surge, haciéndose cada vez más clara, poco a poco, al tiempo que me esfuerzo por dilucidarla, por darle cuerpo, mientras agrego analogías. La idea es la siguiente:

Por supuesto (Dios mío, cómo adoro ese "por supuesto" cuando sale de mi boca al iniciar un razonamiento) que no puede ser literalmente cierto que a los trabajadores se les prohíbe "interferir con el uso que los patrones le quieran dar a los medios de producción durante una huelga". Ciertamente pueden recurrir a distintas formas de desobediencia civil, por ejemplo, a todo tipo de medidas publicitarias para disuadir a la gente de que utilice los buses de la susodicha compañía.

Aquí la situación se me complica otra vez. Acostarse en la vía pública dista mucho de ser lo que se entiende por piquete.<sup>17</sup> situación (ésta última) en la que no se interferiría, físicamente, en modo alguno

17 El piquete, como ya se explicó, es una actividad corriente en el conflicto laboral en el mundo anglosajón y especialmente en los Estados Unidos. Por razones históricas, entre otras, se ha valorado como una actividad digna de protección constitucional. Se considera así como una manifestación especial de la libertad de expresión y por ello permitida. En los EE.UU. la Corte Suprema le dio protección legal a esta actividad en *Thornhill v. Alabama* (1940), siempre y cuando fuera pacífica y tuviera como propósito la comunicación de un mensaje. Con anterioridad a este caso, el piquete era considerado como una actividad coercitiva sujeta a su inmediata prohibición judicial (mediante la orden judicial restrictiva) e incluso pasible de otras sanciones civiles y penales. Aunque la jurisprudencia al respecto se ha transformado de manera importante, sigue siendo cierto que el "piquete" es una actividad constitucionalmente protegida. Se distingue, sin embargo, entre dos contenidos del piquete: si el piquete tiende a dar a conocer mis opiniones, tiene protección de la garantía de libre expresión; si en cambio el piquete ya no es "discurso" (*speech*) sino más bien "conducta" (*conduct*), la "conducta" ya no cuenta con esa protección. Esta distinción constitucional será fundamental en el argumento que sigue.

con la utilización que la compañía quiera darle a sus buses y que, después de todo, es una prerrogativa que la Primera Enmienda de la Constitución (Libertad de Expresión) justifica. De modo que esta excepción no me sirve.

Así que, tras seguir un par de pistas falsas más y sufrir un poco más de pánico (intenté manipular el concepto de "patrón" para poder otorgarle algún espacio de maniobra a los trabajadores, pero dicha estrategia parece empujarme al camino que implícitamente había considerado de menor orden cuando quise hacer lo mismo a nivel del contrato), vuelvo sobre mi excepción: los trabajadores en efecto se acostaron sobre la vía pública para bloquear la salida de los buses pero jamás tuvieron la intención y de hecho jamás recurrieron a la fuerza para impedir que estos salieran. Después de todo, aceptaron pacíficamente ser arrestados. Y había prensa por todos lados. Es obvio que el trabajador en el suelo no pudo impedir, físicamente, que el bus saliera porque, de haberlo querido, el bus hubiera podido pasar por encima de él sin el menor problema.

Con todo, durante ese par de días en los que los trabajadores salieron a acostarse en la calle, la compañía no pudo reanudar el servicio como hubiera querido y tenía planeado. Los trabajadores sí obstruyeron el libre curso de los bienes de producción del patrón y lo hicieron con muchísimo gusto. El trastorno que provocaron no es un mero efecto secundario.

Por otro lado, sin embargo, quizá yo pudiera probar que la manifestación no fue más que una protesta simbólica, un intento por: a) ejercer presión moral sobre la compañía para hacerles ver el profundo sentir de los trabajadores y su voluntad y disposición de ánimo para tomar ciertos riesgos y también para expresar su sentir de que la compañía es tanto de ellos como de quienes la administran, y b) un gesto dirigido al público a través de los medios.

Enfatizaré cómo, en este caso, se trató de una mera desobediencia civil no violenta: una táctica que, aunque física, jamás hubiera podido evitar que la compañía utilizase sus medios de producción; además, hubo sumisión pacífica al arresto.

Podría sostener que, precisamente gracias a estos factores arriba mencionados, no debería existir ningún remedio judicial proveniente del derecho laboral federal, adicional al estipulado por el derecho estatal (versión estrecha). O que la manifestación realizada por los trabajadores no es más que el ejercicio de los derechos que otorga la Primera Enmienda (Libertad de Expresión), de modo que, proceder con una orden judicial en contra de una protesta de desobediencia civil no violenta, sería una restricción inconstitucional de la libertad de expresión a pesar de que, claro está, el estado pueda perfectamente arrestar a los manifestantes y someterlos al proceso penal regular (versión amplia).

A estas alturas estoy exaltado. Sé que no tengo ni idea si esta línea de argumentación va a funcionar o no. Incluso le he perdido el rastro al problema de cómo, exactamente, se relaciona este argumento con la cuestión procesal previa de si es o no posible para una corte federal expedir una orden judicial restrictiva en contra de los trabajadores. (Quizá esto ocurre porque me he metido en una discusión sobre los posibles méritos de una causa sin antes haber clarificado cuáles serían los fundamentos que delimitan la competencia de los jueces federales y sin antes, también, haber lidiado con la cuestión de la legalidad de las órdenes judiciales restrictivas que regula la Ley Wagner).<sup>18</sup> Aun así estoy muy satisfecho. Mi corazón se alegra porque todo parece in-

18 Remito al lector a los pies de página anteriores. Nótese sin embargo que aquí Kennedy se refiere a la Ley Wagner de 1935 como si ella hubiera regulado la cuestión de los poderes de la jurisdicción federal en derecho laboral. La citación típica hubiera sido a la Ley Norris-Laguardia. El error no es aleatorio: el planteamiento de un caso depende, como se ha dicho, de los

dicar que el trabajo de razonamiento jurídico que he realizado desde el marco de mi posición pro trabajadores, está dando resultado.

\* \* \*

Lo que he intentado hacer hasta ahora es transformar el caso que estoy estudiando y articularlo jurídicamente como un problema constitucional de libertad de expresión.<sup>19</sup> He confiado en la idea de que debe haber algún límite a la libertad de toda interferencia por parte del patrón y se me ocurrió lo de la protesta frente a la estación tratando de imaginar qué cosa sí podían hacer con certeza los trabajadores contra el patrón y luego busqué una posible extensión de la idea de este tipo de protesta capaz de abarcar los hechos peculiares de este caso.

Otra manera de decirlo es que empecé a concebir que la regla de "no interferencia" no se agota en si

---

trazos de conocimiento jurídico que han quedado luego de la universidad y la práctica. Estos trazos pueden ser sin duda equivocados, pero en una primera aproximación a los casos nos guían en el planteamiento del argumento. No sobra insistir en que esto contraría las presentaciones tradicionales del argumento jurídico.

19 La oración dice literalmente: "What I have tried to do here is to turn this into a First Amendment prior restraint (or at least a "free speech policy") case". Prior restraint es un término técnico del derecho jurisprudencial de la Primera Enmienda (Libertad de Expresión), en el que se examina la constitucionalidad de diversos esquemas estatales que buscan, antes de la emisión del mensaje, controlar de alguna forma su contenido o alguna de las circunstancias de la emisión. Es importante notar que "discursos" que no estarían protegidos por la Primera Enmienda, sin embargo, no podrían ser evitados mediante alguno de estos mecanismos a los que se refiere el *prior restraint* (como por ejemplo lo sería un comité gubernamental de revisión de las ediciones de un periódico, así yo me disponga a publicar un artículo injurioso. El castigo posterior es constitucional, no así la revisión previa). El caso clásico de *prior restraint* es el permiso que se debía conseguir en Inglaterra antes de la impresión, importación o venta de cualquier libro. Véase, Shiffrin y Choper, *The First Amendment*, Saint Paul, West Publishing, 1991.

misma, es decir, no domina de modo absoluto un campo vacío y que por lo tanto la regla no incorpora de manera inmediata dentro de su dominio cualquier situación fáctica nueva que tenga visos de ser una manera de interferir con los medios de producción del patrón. Busqué, por lo tanto, otras posibles normas que le pusieran límite a la regla de no interferencia con los medios de producción, a ver si acaso los trabajadores podrían acomodarse bajo alguna de esas excepciones. Una vez identificadas aquellas normas positivas (que protegen el derecho a la protesta y algunos otros mecanismos de disuasión por parte de los trabajadores con fundamento en la Primera Enmienda y contra la utilización de los medios de producción por parte del empleador), procedí a reformular los hechos de la protesta en la que los trabajadores se arrojaron en el suelo, para así enfatizar los aspectos que servirían a mi caso: la no violencia, la sumisión al arresto, el hecho de que un cuerpo boca abajo no puede detener un autobús a menos que éste quiera ser detenido, etc.

\* \* \*

Pero tan pronto me siento en camino, surgen nuevos enfoques y problemas. Quizá debiéramos mirar la interrupción de la salida de los autobuses como un llamamiento que los trabajadores sindicalizados le hacen a los choferes que la compañía trae para reemplazarlos. Después de todo son éstos últimos y no los trabajadores sindicalizados, quienes en efecto detienen los autobuses en la calle y no proceden con el plan de la compañía de reanudar el servicio. No habría nada malo en intentar persuadir a los reemplazos no sindicalizados repartiéndoles volantes, formando grupos de protesta a su alrededor, amenazándolos con furia por su falta de solidaridad, e incluso inculcándoles culpa e insultándolos. Acostarse para interrumpir la vía no es más que una pequeña prolongación de éstas tácticas. Es la expresi-

sión física de dichas tácticas ¿Funcionará? Ni idea. Por ahora no se trata más que del proceso de barajar ideas antes que de una deducción extraída de las normas legales que cubren el caso. Hace parte, más bien, del trabajo necesario para generar muchos caminos alternativos para aproximarse al caso en la esperanza de que alguno de ellos tenga éxito. Y ya estoy pensando si vale la pena invertir más tiempo siguiendo este curso.

\*\*\*

En tanto contemplo mis "avances" desde la inicial confusión y pánico que sentía, hasta mi actual situación, en medio de una plétora de posibles argumentos jurídicos, de pronto se me cruza una turbadora reflexión. Al redefinir este caso concreto como uno de aquellos protegido por la Libertad de Expresión de la Primera Enmienda, no he abolido la vieja norma que parecería encargarse de resolverlo todo. Lo único que he hecho es limitar su alcance. Sigue siendo cierto que (excepción hecha de los casos que aquí he mencionado) los trabajadores no pueden interferir en el uso que los patronos quieran darle a los medios de producción durante la huelga. Así las cosas, si buscara un caso ubicado en la médula de la regla de no interferencia, de un caso que se resista a ser incluido en la periferia blanda de la norma (a donde he incursionado armado de la Primera Enmienda), por ejemplo, si los trabajadores entraran a los estacionamientos de los buses de la compañía y se apoderaran físicamente de dichos automotores, allí, en ese caso, habría ocurrido una interferencia clara del tipo que la norma pretende impedir.

A continuación, tres reacciones frente a esta reflexión: a) Estoy frustrado porque, fantasías a un lado, mi posición apenas si podrá hacer mella (aunque poco sea mejor que nada) sobre el poder del patrón. b) Luego me preocupa que el razonamiento hi-

potético que acabo de elaborar termine siendo el que alguna vez temí que el bloqueo de la salida de los buses podría ser: hipótesis que parece indicar que no hay nada que hacer porque, si la norma está vigente, ésta se aplica al caso de manera objetiva e ineluctable. c) Pero quizá, me digo, también pueda desestabilizar esta última reflexión. Pensemos hipotéticamente en algunos elementos más. Entonces, una iluminación repentina me lleva a la doctrina de responsabilidad extracontractual sobre la "recuperación de bienes muebles" en donde se dice que el propietario de un bien mueble no puede recuperarlo recurriendo a la fuerza, para quitárselo a quien se había hecho al bien sin haber recurrido a la fuerza. De súbito me pregunto si esto significa que el empleador tendrá que demandar por apropiación indebida y someterse a todo el juicio antes de que surja la orden de devolver los bienes siempre y cuando, claro, el sindicato se hubiera apropiado de ellos de manera correcta.<sup>20</sup> Y así sucesivamente.

20 Vale la pena explicar este párrafo porque involucra cierto conocimiento del derecho vigente en los EE.UU. sobre responsabilidad civil extracontractual. En los EE.UU. esta materia se conoce como *torts*, y estructuralmente, resulta muy parecida al sistema continental de contratos. Los *torts*, como los contratos, se estudian como conjuntos típicos de relaciones jurídicas y la misión del jurista es encajar los hechos particulares a cualquiera de estas tipificaciones básicas. Así, por ejemplo, existen *torts* donde el fundamento de la responsabilidad está en la intención de actuar. Entre ellos se encuentran *battery*, *assault*, *false imprisonment*, etc., contra las personas, y *trespass to land*, *trespass to chattels*, etc., contra bienes. Otros tipos de *torts*, también típicos, se fundamentan en negligencia o responsabilidad objetiva por actividades peligrosas. En su propósito de encontrar una salida a los trabajadores, el juez de Kennedy echó mano de todo su conocimiento jurídico y recuerda que en su materia de *torts* alguna vez estudió una doctrina llamada "recuperación de bienes muebles", *recapture of chattels*. Conforme a esta doctrina, el propietario que haya sido despojado de un bien mueble (como los buses) sin la mediación de fraude o fuerza (quizá los trabajadores no estén incurso en ninguna de estas dos causales) no puede usar ningún tipo de fuerza

\*\*\*

El problema no es saber si mis intuiciones jurídicas iniciales, poco ortodoxas, resultarán correctas o no. Es posible que terminen por generar argumentos jurídicos por lo menos superficialmente verosímiles. Pero quizá resulte que la ley está tan firmemente arraigada en otra dirección, que me vea obligado a abandonar mis intuiciones y buscar por otro lado tan pronto consulte los tratados y manuales sobre derecho laboral o responsabilidad civil.<sup>21</sup> El razonamiento jurídico es un tipo de trabajo que tiene un propósito y aquí el propósito es hacer que el caso se resolviera tal y como mi sentido de la justicia me dice que debe resolverse a pesar de todo aquello que

para recobrar sus bienes. Su reclamo tiene que efectuarse necesariamente ante las cortes. La doctrina, evidentemente, podría comprarle tiempo muy valioso a los trabajadores. Von Ihering, en su *Cielo de los conceptos jurídicos*, discute las relaciones entre los conceptos de posesión y propiedad y justifica la doctrina de recaptura (burlonamente, por supuesto) sobre la idea de que los hombres no somos perros para ir a arrebatarse a otro a dentelladas un pedazo de carne que nos ha quitado (¡así la carne sea nuestra!). Junto a estos detalles doctrinales hay un punto teórico que no se puede pasar por alto: siempre hay una manera de categorizar el asunto que desestabiliza su centralidad en otra área del derecho. Es más: cosas que son firmemente legales desde una perspectiva pasan a ser firmemente ilegales o prohibidas desde otra. Estos esquemas de análisis coexisten (doctrinas de derecho laboral vs. doctrinas de derecho civil) y están a la disposición de quien argumenta.

21. El párrafo dice literalmente: "But maybe it will turn out that the law is so well settled in another direction that I will have to abandon them and try something else the minute I get out *Gorman on Labor Law and Prosser on Torts*". Gorman y Prosser son los nombres de los autores de los manuales clásicos en estas materias en los Estados Unidos. Esta doctrina es tomada como la presentación estándar de estas materias jurídicas, como lo son, en derecho civil, los tratados de Arturo Valencia Zea en Colombia, Luis Claro Solar en Chile y, quizá, los hermanos Mazeaud en Francia. Nótese cómo estos tratados pueden cortar de raíz, y con mucha autoridad, los caminos alternativos que el juez de Kennedy ha estado explorando.

en primera instancia pueda parecerme como *resistencia* u *oposición* que "la ley" ejerce.

\*\*\*

Oposición o resistencia es la característica de la ley cuando la anticipo como una restricción sobre la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar. Pero, si mi sensación original hubiera sido la de que la ley estaba "de mi lado", entonces sería el oponente, la contraparte la que la percibiría como oposición y resistencia. De tal modo que la ley sería para mí una especie de barrera protectora que voy construyendo a mi alrededor o quizá una especie de armadura que debo ajustar a mi cuerpo de modo que el otro bando no sea capaz de despojarme de ella o de perforarla. En el caso de que yo no tuviera idea de "en qué dirección apunta la ley en este tema", de manera que cada parte estuviera en igualdad de condiciones para construir una argumentación jurídica persuasiva, podría experimentar la ley como la materia prima con la cual "construiré mi argumentación", o tal vez como un poco de arcilla húmeda a la que dos ceramistas enfrentados intentan darle forma antes de que se seque y endurezca.

La imagen cambia dependiendo de cómo se presenta inicialmente la ley respecto a la sentencia-a-la-que-quiero-llegar. Aun así, quiero insinuar que en ambos casos una de las maneras en las que percibimos la ley (no la única, como ya veremos) es como un medio a través de cual uno lucha por un proyecto, antes que como algo que nos dice qué debemos hacer. Cuando nos acercamos a ella de este modo, la ley restringe sólo en la misma medida que lo haría cualquier medio físico: no es posible hacer cualquier cosa que nos plazca con un montón de ladrillos y lo que uno puede hacer depende de cuántos ladrillos se disponga así como de otras circunstancias particulares. Así las cosas, en tanto que construimos algo a partir de un juego de ladrillos

dato. éstos nos restringen, nos controlan, nos quitan libertad.

Por otro lado, las restricciones que un medio impone dependen del proyecto por el que uno ha optado, de la opción que se quiere tomar. El medio no nos dice qué debemos hacer con él, no nos exige que hagamos con él una casa para perros en vez de una cerca de jardín. En este sentido tengo plena libertad para trabajar con el medio jurídico para justificar la acción de los trabajadores de la compañía. Qué forma tendrá mi argumento al final del proceso dependerá, de manera fundamental, de los materiales jurídicos que utilice —leyes, casos, argumentos de conveniencia pública, estereotipos sociales, representaciones históricas— pero dicha dependencia está lejos de ser una determinación *a priori* e ineludible del resultado jurídico. El resultado jurídico no está determinado por *el material jurídico en sí*.

\*\*\*

La metáfora de un medio físico no nos ayuda a resolver qué tanto restringe la ley. Todo lo que hace es insinuar que debemos entender las libertades y las restricciones como aspectos de una experiencia de trabajo, de producción —y que al mismo tiempo la tarea que hemos escogido está limitada por las propiedades del medio en el cual realizamos ese trabajo— y no creer, desde lo profundo de nuestra imaginación, en la existencia de un sujeto trascendental y libre que “puede hacer lo que quiere”, a diferencia de la imagen, más tradicional, de un robot programado por la ley.<sup>22</sup>

---

22 Kennedy está indicando que ambas maneras de concebir la actividad judicial son equivocadas: el juez no es un robot mecánico como lo concebían Montesquieu o Voltaire; tampoco es un sujeto trascendental libre, a la manera del kantianismo, antiguo o nuevo.

~~del hecho azaroso de que tanto Ud. como yo hayamos coincidido (pero no más que eso) en el fallo. Repito, desde el interior de la práctica de la argumentación, no lo puedo saber.~~

\*\*\*

En realidad me irritaría sobremanera si ahora Ud., profesor de teoría, se volcara sobre mí para revelarme que sólo utilizaba su elaborado argumento para obligarme a aceptar como verdadera alguna forma de positivismo u objetivismo jurídico, o por lo menos un positivismo y objetivismo sobre las reglas legales. Sería un bonito truco pero, en ese caso, yo lo he eludido. He venido diciendo a todo lo largo de este escrito que el razonamiento jurídico es el proceso de crear el campo de la ley a través del replanteamiento o la reformulación, antes que una aplicación de la norma. En efecto, ocurre que la norma se aplica, pero jamás *percibo* tal hecho como algo que *tiene* que ocurrir. Se trata de un resultado tan contingente y arbitrario desde la perspectiva de la teoría jurídica como aquella instancia en el que el campo resulta maravillosamente manipulable.

He tratado extensamente un caso en el que inicialmente, la ley, tal y como la percibí, estaba claramente en contra de los trabajadores, pero fui capaz, mediante trabajo argumentativo, de socavar la percibida objetividad de la regla (por lo menos preliminarmente). Se trata sólo de un ejemplo entre muchos posibles para mostrar cómo una percepción inicial de la obligatoriedad de la regla puede llegar a desvanecerse. Algunas veces me aproximo al campo en una actitud agnóstica y simplemente no logro comprender qué es lo que se supone que la regla ordena. Algunas veces no logro determinar si los hechos del caso son tales que dispararán (o no) el resultado que la norma específica parece exigir. Algunas veces pareciera haber muchas respuestas posibles a la pregunta pero no logro intuir cuál pue-

de ser la correcta. Otras veces, al comenzar, me siento bastante seguro respecto a qué es la norma y cómo aplicarla pero basta una conversación con otra persona que ha llegado a conclusiones distintas para quedar con la sensación, no de que alguno de los dos estemos en lo "cierto", sino más bien que la norma era irremediabilmente ambigua o intrinsecamente contradictoria de entrada.

Si Ud. me dice que siempre existe una respuesta correcta a un problema jurídico, yo le contestaré armado de todos estos casos en los que mi experiencia fue que la ley es indeterminada, o que fui yo quien le di su forma determinada como resultado de una libre opción, ética o política. Claro que, cuando aplicamos normas sin reflexionar demasiado sobre ello, solemos percibir inconscientemente una especie de objetividad social: sabemos qué va a ocurrir simplemente porque aplicamos mentalmente la norma tal y como la aplicarían los demás y acto seguido ellos aplican la norma llegando al resultado que todos esperábamos. Sin embargo, de hecho, aquí no hay objetividad alguna y ésta resultará *siempre* propensa a distintos tipos de trastornos —intencionales o accidentales— que de pronto defraudan nuestras expectativas consensuales y hacen que la gente ponga en duda su propia cordura (y la cordura de los demás). Esta vulnerabilidad del campo, su plasticidad, su inestabilidad, le son tan esenciales, como para nosotros lo es la esporádica experiencia de sentir que el campo se nos resiste.

La norma legal puede parecerse objetiva, pero, al siguiente instante, bien puede parecerse manipulable. No es esencialmente, *tal y como yo la entiendo desde el interior de la práctica de la argumentación jurídica*, ni lo uno ni lo otro.

Ahora bien, si esto es lo que ocurre al preguntarnos por la naturaleza de la ley desde el interior de la práctica de la argumentación jurídica, entonces la respuesta que nos están ofreciendo los profesores de teoría debe provenir desde fuera de dicha prácti-

ca. A todo lo largo de los Estados Unidos, y a todo lo largo del mundo, existen profesores de derecho que creen conocer profesionalmente la naturaleza de la ley. ¿De dónde adquieren ese conocimiento? Hasta donde yo sé, me parece que sus respuestas a las preguntas que aquí he formulado no son más que puro invento. Muéstreme su punto de apoyo antes de pretender estar moviendo la Tierra.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> Esta oración hace eco a la famosa afirmación de Newton según la cual, si se tiene un punto de apoyo, puede uno, conforme a principio de la palanca, mover el mundo. Pero para hacerlo recuerda Kennedy, hay que tener un tal punto de apoyo.