

DWORKIN Los derechos en serio

Ronald Dworkin Los derechos en serio

Ariel Derecho

la Universidad de Oxford y uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona. El libro que se presenta a los lectores de habla castellana está formado por un conjunto de artículos escritos en la última década.

crítico, imprecable y puntilloso de las escuelas positivistas y utilitaristas. Dworkin —basándose en la filosofía de Rawls y en los principios del liberalismo individualista— pretende construir una teoría general del derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico. En este sentido Dworkin es el más ambicioso en tanto considera que una teoría general del derecho no debe separar la ciencia descriptiva del derecho de la política jurídica. Por otra parte —y también frente a Bentham que consideraba que la idea de los derechos naturales era un disparate— propone una teoría basada en los derechos individuales, si lo cual significa que sin derechos individuales no existe «el derecho».

La obra de Dworkin ha originado una polémica muy importante que ha trascendido más allá de los círculos académicos. Los análisis de Dworkin han tenido más detractores que seguidores. Un actor imparcial se encontrará con la paradoja de que sus críticos —aunque hayan dedicado tanta atención y, sin embargo— si se atiende al contenido de sus críticas— sostengan que no merece la pena un consejo en serio. Es muy posible que la paradoja sea más aparente que real porque la filosofía jurídica de Dworkin constituye un punto de partida interesante para la crítica del positivismo jurídico y de la filosofía política liberal sobre unas bases más sólidas, progresistas e igualitarias. Todo ello explica el impacto de su obra en el marco de la filosofía jurídica actual.

<http://www.ariel.es>



ARCIAL PONS LIBRERO Tfno
Proveedor: Fecha: 00.00.0000
Número de pedido: 100558840
Dworkin, R.
Los derechos en serio.
EURS: 18,99 IVA INCLUIDO

EDITORIAL Ariel
BARCELONA
4: REIMPRESION, 1999

nes simples y draconianas, según las cuales el crimen debe ser castigado y quien entienda mal la ley debe atenerse a las consecuencias, tienen extraordinario arraigo en la imaginación, tanto profesional como popular. Pero la norma de derecho es más compleja y más inteligente, y es importante que sobreviva.

En 1945, un negro apellidado Sweatt se presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, pero se le negó la admisión porque las leyes del Estado estipulaban que sólo los blancos podían concurrir a ella. La Suprema Corte declaró que esa ley violaba los derechos asegurados a Sweatt por la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que dispone que ningún Estado puede negar a un hombre la igual protección de sus leyes.¹ En 1971, un judío apellidado DeFunis se presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington; fue rechazado aunque la puntuación de sus pruebas y sus calificaciones universitarias eran tales que habría sido admitido de haberse tratado de un negro, un filipino, un chino, un indio norteamericano. DeFunis pidió a la Suprema Corte que declarase que la práctica vigente en Washington, que impedía estándares menos exigentes a los grupos minoritarios, violaba los derechos que le concedía la Decimocuarta Enmienda.²

Los procedimientos de admisión en la Facultad de Derecho en Washington eran complejos. Las solicitudes se dividían en dos grupos. Las de la mayoría —es decir, las de quienes no provenían de los grupos minoritarios designados— eran sometidas a una selección predecible, que es función de las notas universitarias y de la puntuación de las pruebas de aptitud, quedaba por debajo de un nivel determinado. A los aspirantes mayoritarios que sobrevivían a esa selectividad inicial se los disponía entonces en categorías que se sometían a una consideración cada vez más cuidadosa. Las solicitudes de los grupos minoritarios, por otra parte, no pasaban por la selección previa; cada una recibía la más cuidadosa consideración de una comisión especial integrada por

tan que cualquier discriminación racial, aunque su propósito sea beneficiar a las minorías, de hecho será nociva para ellas, porque el prejuicio se favorece toda vez que se toteran distinciones raciales, con cualquier propósito que sea. Pero éstos son juicios empíricos y controvertibles, y —tal como lo admiten los críticos prudentes— es aun demasiado pronto para decidir si el tratamiento preferencial produce más daño que beneficio. Tampoco es asunto de los jueces, particularmente en los casos constitucionales, anular las decisiones de otros funcionarios porque están en desacuerdo respecto de la eficiencia de las prácticas sociales. Esta crítica empírica se ve, por consiguiente, reforzada por el argumento moral según el cual, incluso si la discriminación inversa beneficiara a la larga a las minorías y redujera el prejuicio, seguiría siendo incorrecta, porque las distinciones raciales son en sí mismas injustas. Y lo son porque violan los derechos individuales de los miembros de aquellos grupos a quienes no favorecen, que por ello pueden quedar discriminados, como sucedió con Defunis.

Defunis presentó a los tribunales este argumento moral, en la forma de un recurso constitucional. Finalmente, la Suprema Corte no decidió si el argumento era bueno o malo. Defunis había sido admitido en la facultad de derecho después de que un tribunal inferior hubo decidido en su favor, la facultad dijo que se le permitiría graduarse independiente-mente de cómo se decidiera el caso. La Corte sostuvo por ende que el caso era discutible y por esa razón desestimó el recurso. Pero el juez Douglas se mostró en desacuerdo con esa manera neutral de resolver el caso; presentó un voto particular discrepante, sosteniendo que la Corte habría debido apoyar el recurso de Defunis basado en sus méritos. Muchas universidades han interpretado la opinión del juez Douglas como un *mine, tekel, npharsin*, y han cambiado sus prácticas anticipándose a una decisión posterior de la Corte, en la que pueda prevalecer su opinión. En realidad, esta opción señalaba que las facultades de derecho podrían obtener un resultado muy semejante mediante una práctica más refinada que la usada en Washington. Una facultad podría estipular, por ejemplo, que las solicitudes, de cualquier raza o grupo que fueren, serían consideradas en conjunto, pero que las pruebas de aptitud de ciertos solicitantes pertenecientes a grupos minoritarios se calificarían de forma diferente, o se les asignaría menos peso en el promedio general previsto, porque la experiencia había demostrado que, por

un profesor negro y un profesor blanco; el segundo había participado en programas de ayuda a los estudiantes de derecho negros. La mayor parte de los solicitantes minoritarios aceptados el año que rechazaron a Defunis tenían promedios prededecibles inferiores a Defunis tenían promedios prededecibles inferiores al del nivel de selección previa, y la facultad admitió que seguramente un solicitante minoritario con un promedio habría sido aceptado.

El caso *Defunis* provocó divisiones entre los grupos de acción política que, tradicionalmente, han brindado apoyo a la Liga Antidifamación B'nai B'rith y la AFL-CIO, por ejemplo, presentaron alegatos como *amicus curiae* en apoyo de la reclamación de Defunis, en tanto que el Consejo de Mujeres Hebreo-norteamericanas, la UAW y la UAWA los presentaron en contra.*

Estas escisiones entre antiguos aliados demuestran la importancia, tanto práctica como filosófica, del caso. Hubo una época en que los liberales, en el marco de sus actitudes, sostenían tres proposiciones: que la clasificación racial es un mal en sí; que toda persona tiene derecho a una oportunidad educacional acorde con sus capacidades, y que la acción estatal interventora es la política adecuada para remediar las graves desigualdades de la sociedad estadounidense. Durante la última década, sin embargo, se ha afianzado la opinión de que en realidad esas tres proposiciones liberales no son compatibles, porque los programas de acción estatal más efectivos son los que conceden una ventaja competitiva a los grupos raciales minoritarios.

Tal opinión, por supuesto, ha sido cuestionada. Algunos educadores sostienen que esa benignidad es ineficaz, e incluso contraproducente, porque el tratamiento preferencial reforzará el sentimiento de inferioridad que tienen ya muchos negros. Otros plantean una objeción más general; argumen-

* AFL-CIO: siglas de American Federation of Labor-Congress of Industrial Organizations. Se trata de una federación de asociaciones sindicales, fundada en 1886) y la CIO (Committee for Industrial Organization, establecida en 1935). UAW: siglas de Union Automobile Workers, asociación sindical fundada en 1935. UAWA: siglas de United Mine Workers of America, asociación sindical fundada en 1890. B'nai B'rith: la organización judía más antigua y más amplia que existe. Fundada en 1843 en Nueva York, sus objetivos son la defensa de los derechos humanos, la promoción de las relaciones culturales, la educación general y religiosa de los judíos, la financiación de la asistencia social y la colaboración en los proyectos sociales de Israel. La Anti-Defamation League fue fundada por el B'nai B'rith en 1913. La B'nai B'rith está representada en la O.N.U. a través del Coordinating Board of Jewish Organizations. (N. de T.)

diferentes razones, los exámenes estándar eran una prueba menos precisa de la capacidad real de tales aspirantes. Pero si esta técnica se usa deliberadamente para obtener el mismo resultado, es desviante, y cabe preguntarse por qué el sentido programa usado por la Universidad de Washington era o bien injusto o inconstitucional.

2

Es obvio que Defunis no tiene derecho constitucional alguno no a que el Estado le asegure una educación jurídica de cierto nivel. Si su Estado no tuviera facultad de derecho, o si tuviera una con tan pocas plazas que sus méritos no le permitieran conseguir una, eso no constituiría una violación de sus derechos. Tampoco tiene el derecho de insistir en que la inteligencia sea el criterio exclusivo de admisión. Es verdad que las facultades de derecho asignan mucho peso a las pruebas intelectuales para la admisión. Sin embargo, el derecho no parece adecuado porque los aspirantes tengan criterio a ser juzgados de esa manera, sino porque es razonable pensar que la comunidad como tal estará mejor si sus abogados son inteligentes. Es decir que los estándares intelectuales se justifican, no porque favorezcan a los inteligentes, sino porque aparentemente sirven a una práctica social útil.

Además, en ocasiones las facultades de derecho sirven mejor a dicha práctica complementando las pruebas de inteligencia con otro tipo de estándares: a veces, por ejemplo, prefieren los aspirantes aplicados a los que son más inteligentes, pero haraganes. También sirven a políticas especiales, para las que nada tiene que ver la inteligencia. La Facultad de Derecho de Washington, por ejemplo, daba preferencia especial no sólo a los solicitantes minoritarios, sino también a los veteranos que habían estado en la facultad antes de entrar en el ejército, y ni Defunis ni ninguno de los alegatos presentados en su favor se quejaron de esa preferencia.

Defunis no tiene derecho absoluto a una plaza en la facultad de derecho, ni lo tiene tampoco a que como estándar de admisión se use solamente la inteligencia. Sin embargo, afirma que tiene derecho a que no se use la raza como estándar, por mas que una clasificación racial pudiera servir para promover el bienestar general o para reducir la desigualdad

social y económica. Pero no sostiene que tenga ese derecho como derecho político distinto e independiente que esta específicamente protegido por la Constitución, como lo está su derecho a la libertad religiosa y de expresión. La Constitución no condena directamente la clasificación racial, y en cambio condena la censura o el establecimiento de una religión oficial. Defunis sostiene que su derecho a que no se use la raza como criterio de admisión universitaria se deriva de un derecho a la igualdad más abstracto, que se halla protegido por la Decimocuarta Enmienda, que expresa que ningún Estado negará a persona alguna la igual protección de la ley.

Pero los argumentos jurídicos que presentan ambas partes demuestran que ni el texto de la Constitución ni las decisiones previas de la Suprema Corte responden de manera decisiva a la cuestión de derecho, la Clausula de Igual Protección convierte en inconstitucionales todas las clasificaciones raciales. La Clausula hace del concepto de igualdad un requisito de la legislación, pero no estipula ninguna concepción particular de tal concepto. Los que redactaron la Clausula se proponían atacar ciertas consecuencias de la esclavitud y del prejuicio racial, pero es improbable que intentasen proscribir toda clasificación racial o que esperasen que el resultado de lo que expresaban fuera una prohibición tal. Proscribieron todo tipo de prácticas que violaran la igualdad, pero dejaron que fuesen otros quienes, de tiempo en tiempo, decidieran que era lo que aquello significaba. No puede haber un buen argumento jurídico en favor de Defunis, por consiguiente, a menos que se base en un buen argumento moral que permita sostener que todas las clasificaciones raciales, incluso las que favorecen globalmente la igualdad en la sociedad como tal, son intrínsecamente lesivas para el derecho individual a recibir igual protección.

Nada hay de paradójico, por cierto, en la idea de que en ocasiones el derecho individual a igual protección pueda entrar en conflicto con otra práctica social en otros aspectos deseable, incluso con la que tiende a establecer una mayor igualdad global en la comunidad. Supongamos que una facultad de derecho decidiera cobrar a algunos estudiantes de clase media, elegidos por sorteo, el doble de la cuota habitual, para incrementar el fondo destinado a becar a los estudiantes pobres. Esto equivaldría a servir una política desigual, para incrementar el fondo destinado a becar a los estudiantes que violan el derecho de los estudiantes elegidos por

cho a tener una plaza simplemente porque a otros se les den plazas. Los individuos pueden tener derecho a igual tratamiento en la educación elemental, porque alguien a quien se le niegue la educación primaria pocas probabilidades tendrá de llevar una vida útil. Pero la educación jurídica no es algo tan vital que todo el mundo tenga igual derecho a ella. Defunis tiene el segundo tipo de derecho: un derecho a ser tratado como igual en la decisión referente a los estándares de admisión que se han de usar. Es decir que tiene derecho a que sus intereses sean tratados tan extensamente y con tanta seriedad como los intereses de cualquier otro cuando la facultad de derecho decide si la raza ha de contar como criterio pertinente en las pruebas de admisión. Pero hemos de tener cuidado de no exagerar lo que esto significa.

Supongamos que un aspirante se queja de que su derecho a ser tratado como igual se ha visto violado por pruebas que ponen a los candidatos menos inteligentes en situación de desventaja frente a los más inteligentes. Una facultad de derecho podría dar, como réplica adecuada, la siguiente. Cualquier estándar pondrá a ciertos candidatos en desventaja frente a otros, pero una política de admisión puede justificar, sin embargo, si parece razonable esperar que el beneficio global para la comunidad exceda a la pérdida global, y si ninguna otra política productora, incluso aproximadamente, el mismo beneficio sin traer aparejada una desventaja comparable. El derecho de un individuo a ser tratado como igual significa que su pérdida potencial debe ser tratada como asunto inquietante, pero que tal pérdida puede, de todas maneras, ser compensada por lo que gane la comunidad como tal. Si lo es, entonces el aspirante menos inteligente no puede sostener que se ha visto despojado de su derecho a ser tratado como igual, simplemente porque sufre una desventaja que otros no padecen.

Washington puede dar la misma respuesta a Defunis. Cualquier práctica de admisión que se siga pondrá en desventaja a algunos aspirantes, y se puede suponer razonablemente que una política preferencial para los solicitantes de grupos minoritarios beneficiará a la comunidad como tal, incluso teniendo en cuenta la pérdida de candidatos como Defunis. Si hay más abogados negros, éstos ayudarán a que la comunidad negra cuente con mejores servicios jurídicos, con lo que se reducirán las tensiones sociales. Además, bien podría suceder que al haber mayor número de negros para

sorteo a ser tratados en un pie de igualdad con otros estudiantemente, hemos de concentrar la atención sobre esa demanda e intentar definir el concepto básico sobre el cual se centra, que es el concepto de un derecho individual a la igualdad, que la Clausula de Igual Protección convierte en derecho constitucional. ¿Qué derechos a la igualdad tienen los ciudadanos, en cuanto individuos, que puedan frustrar programas orientados a cumplir directrices económicas y sociales importantes, entre ellas la práctica social de mejorar la igualdad general?

Cabe decir que tienen dos tipos diferentes de derechos. El primero es el derecho a *igual tratamiento*, que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas. Cada ciudadano, por ejemplo, tiene derecho a un voto igual en una democracia; tal es la esencia de la decisión de la Suprema Corte en el sentido de que una persona debe tener un solo voto para asegurar mejor el bienestar colectivo. El segundo es el derecho a *ser tratado como igual*, que no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera. Si tengo dos hijos y uno se me está muriendo de una enfermedad que apenas si llega a incomodar al otro, no nuestro igual consideración si echo a ser tratado como igual es fundamental, y el derecho a igual tratamiento, derivado. En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias.

Defunis no tiene derecho a igual tratamiento en la asignación de plazas en la facultad de derecho; no tiene derecho a ser tratado como igual llevando consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias.

es posible que tantos abogados capaces, que apoyaron su demanda tanto en lo moral como en lo jurídico, hayan caído en ese error? Todos esos juristas están de acuerdo en que la inteligencia es un criterio de admisión adecuado para las facultades de derecho. No suponen que ese criterio pueda constituir una amenaza para el derecho constitucional de nadie a ser tratado como igual. ¿Por qué niegan que, en las circunstancias de esta década, la raza puede ser también un criterio adecuado?

Quizá porque temen que se pueda abusar de los criterios raciales, que tales criterios puedan servir como excusa para el prejuicio en contra de las minorías que, como los judíos, no son favorecidas. Pero eso no puede explicar su oposición. Es posible abusar de cualquier criterio, y en todo caso, lo que ellos piensan es que los criterios raciales son malos en principio, no simplemente susceptibles de abuso.

¿Por qué? La respuesta se encuentra en la convicción de que, tanto en la teoría como en la práctica, *Defunis y Sweat* son casos que se mantienen juntos o se derrumban juntos. Estos juristas creen que es ilógico que los liberales condenen a Texas por oponer a *Sweatt* una barrera de color, para después aplaudir a Washington por haber levantado contra *Defunis* una barrera de color. Suponen que la diferencia entre estos dos casos debe ser únicamente la preferencia subjetiva de los liberales por ciertas minorías que ahora están de moda. Si hay algo malo en las clasificaciones raciales, debe ser algo que está mal con las clasificaciones raciales en cuanto tales, no solamente con las que van en contra de los grupos que actualmente gozan de favor. Tal es la premisa inexplorada que se oculta tras la consigna, en que se apoyan los demandados por *Defunis*, de que la Constitución es ciega para los colores. Por supuesto, la consigna significa exactamente lo contrario de lo que dice: significa que la Constitución es tan sensible al color que, como cuestión de derecho, invadida cualquier clasificación racial institucional.

Por consiguiente, es de suma importancia poner a prueba el supuesto de que los casos *Sweatt y Defunis* deben mantenerse o desplomarse juntos. Si el supuesto es firme, entonces el sencillo argumento en contra de *Defunis* debe ser falaz, ya que ningún argumento podría convencernos de que el tipo de segregación practicada contra *Sweatt* es justificable o constitucional. Superficialmente, además, los argumentos en contra de *Defunis* parecen efectivamente válidos en contra de *Sweatt*, porque podemos construir un argumento — que

discutir, en las aulas, los problemas sociales, esto elevase la calidad de la educación jurídica para todos los estudiantes. Mas aún, si se ve que los negros obtienen éxito en sus estudios de derecho, es posible que otros negros que ansían sentar sus solicitudes intelectuales se animen a presentarse intelectual del cuerpo de abogados. En todo caso, la admisión preferencial de los negros debería disminuir la diferencia en riqueza y poder que existe actualmente entre los diferentes grupos raciales, con lo que se incrementaría la igualdad global en la comunidad. Como ya dije, cabe discutir si un programa preferencial de admisiones promoverá efectivamente todas estas prácticas, pero no se puede decir que sea imposible que así suceda. Según esta hipótesis, la desventaja que de ello resulte para aspirantes como *Defunis* es un coste que se ha de pagar para obtener un beneficio mayor, en este sentido, es semejante a la desventaja que se presenta para los estudiantes menos inteligentes el coste de las políticas de admisión habituales.

Veamos ahora cual es la diferencia entre el caso *Defunis* y el caso que imaginamos, en el que una facultad de derecho cobraba cuotas más elevadas a estudiantes seleccionados al azar. La desventaja especial que se les creaba a estudiantes no era necesaria para conseguir aumentar los fondos para becas, porque el mismo resultado se podría haber obtenido mediante una distribución más equitativa del coste entre todos los estudiantes que pudieran permitirse. Esto no es válido para el caso de *Defunis*; el aspirante sufrió más por causa de las prácticas de admisión de Washington que los solicitantes de grupos mayoritarios que fueron aceptados, pero esa discriminación no era arbitraria: era una consecuencia de los estándares meritocráticos que el mismo demandante aprueba. Por consiguiente, el argumento de *Defunis* falla. La Clausula de Igual Protección da status constitucional al derecho a ser tratado como igual, pero en ese derecho el demandante no puede encontrar respaldo alguno para su pretensión de que la cláusula convierte en ilegales todas las clasificaciones raciales.

Sin embargo, si así sin más ni más dejamos de lado la demanda de *Defunis*, nos encontramos con un enigma. ¿Cómo

B'na! Brith, Lowell, el presidente de la Universidad de Harvard, estuvo en favor de una cuota que limitase el número de judíos que podían ser aceptados por su Universidad. Dijo que si se aceptaba a los judíos en mayor número que el de su proporción en la población, como ciertamente sucedería si las únicas pruebas fuesen de inteligencia, entonces Harvard ya no podría ofrecer al mundo hombres de las cualidades y del temperamento que intentaba producir, es decir, hombres más completos y menos exclusivamente intelectuales de lo que tendían a serlo los judíos y que, por consiguiente, como líderes de otros hombres, tanto en el gobierno como fuera de él, eran mejores y más capaces. En la época en que Lowell hablaba así, era indudable que los judíos tenían menos probabilidad de ocupar cargos importantes en el gobierno o de encabezar grandes compañías públicas. Si Harvard desaba servir al bienestar general mejorando las cualidades intelectuales de los líderes de la nación, era racional no permitir que sus aulas se llenasen de judíos. Y los hombres que llegaron a esa conclusión bien podían preferir la compañía de judíos a la de los blancos anglosajones protestantes que, mucho más probablemente, llegarían a senadores. Lowell sugería que en su caso era así, aunque quizá las responsabilidades de su cargo le impedirían, con frecuencia, dar rienda suelta a su preferencia.

Se podría decir ahora, sin embargo, que aun cuando efectivamente sirva a alguna política plausible, la discriminación en contra de los negros es de todas maneras injustificable porque es injusta e insultante. Los alegatos que se oponían a DeFunis recurrían precisamente a ese argumento para distinguir su demanda de la de Sweatt. Porque los negros fueron víctimas de la esclavitud y de la segregación legal, decían, cualquier discriminación que los excluya será tomada por ellos como insultante, sean cuales fueren los argumentos de bienestar general que se puedan aducir en su apoyo. Pero, en términos generales, no es cierto que cualquier política social sea injusta si aquellos a quienes coloca en situación de desventaja se sienten insultados. La inteligencia, en cuanto criterio de admisión a las facultades de derecho, no es injusta porque los menos inteligentes se sientan insultados al quedar excluidos. Todo depende de si la sensación de insulto es producto de alguna característica más objetiva, que descalificaría la política aunque nadie se sintiera insultado por ella. Si la segregación favorece efectivamente el bienestar general, aun cuando se tenga en cuenta

Texas podría haber usado— para demostrar que la segregación favorece el bienestar colectivo, de manera que la desventaja especial que representa para los negros es un coste que se ha de pagar para obtener una ganancia general. Supongamos que la comisión de admisión de Texas, aunque compuesta por hombres y mujeres que, personalmente, no tienen prejuicios, decidiera que la economía de Texas requería más abogados blancos de los que ellos podían formar, en tanto que no tenían necesidad alguna de abogados negros. Tal podía haber sido, después de todo, una evaluación realista del mercado de abogados en Texas inmediatamente después de la segunda guerra mundial. Los bufetes de abogados necesitaban abogados que atendieran el *boom* comercial, pero no podían permitirse el lujo de contratar abogados negros porque, de hacerlo, habrían perjudicado la actividad de sus firmas. Por otra parte, era cierto que la comunidad negra de Texas estaba muy necesitada de abogados capaces, y habrían preferido tenerlos negros en caso de que éstos hubieran existido. Pero la comisión bien podría haber pensado que las necesidades comerciales del estado en cuanto tal pesaban más que esa necesidad especial. Supongamos, si no, que la comisión hubiera estimado, correctamente sin duda, que las donaciones de los graduados a la facultad de derecho disminuirían en forma drástica si se admitía a un estudiante negro. La comisión podría depurar el hecho, pero crear sin embargo que el daño colectivo consiguiente sería mayor que el daño ocasionado a los candidatos negros excluidos por la restricción racial. Se puede decir que estos argumentos hipotéticos son poco sinceros porque cualquier política que excluya a los negros estaría de hecho respaldada por un prejuicio contra los negros en cuanto tales, y argumentos del tipo de los que acabamos de dar no pasan de ser racionalizaciones. Pero si estos argumentos son efectivamente poderosos, entonces podrían ser aceptados por hombres que no tuvieran los prejuicios que supone la objeción. Por consiguiente, del hecho de que los funcionarios integrantes de las comisiones de admisión tuvieran prejuicios—si los tenían— no se sigue que, de no haberlos tenido, hubieran rechazado estos argumentos. En todo caso, argumentos tales como los que aquí presentaría haber estado libres de prejuicios en contra de aquellos a quienes excitaban. Hace muchas décadas, como nos lo recuerda el difunto profesor Bickel en su alegato por los

estar mejor en un sentido *utilitarista*, es decir, porque el nivel promedio —o nivel colectivo— de bienestar en la comunidad mejor, aunque decaiga el bienestar de algunos individuos. O puede estar mejor en un sentido *ideal*, es decir, porque es más justo o de alguna otra manera se aproxima más a una sociedad ideal, se mejor o no el bienestar promedio. La Universidad de Washington podría usar tanto argumentos *utilitaristas* como argumentos ideales para justificar su clasificación racial. Podría sostener, por ejemplo, que aumentar el número de abogados negros reduce las tensiones raciales, con lo que se aumenta el bienestar de casi todos los miembros de la comunidad; este es un argumento *utilitarista*. O podría argumentar que, sea cual fuere el efecto que la preferencia minoritaria haya de tener sobre el bienestar promedio, así se conseguirá una comunidad más equitativa y, por ende, más justa: este argumento es *idealista*, no *utilitarista*.

La Universidad de Texas, por otra parte, no puede echar mano de un argumento *idealista* para la segregación. No puede sostener que la segregación hace más justa a la comunidad independientemente de que mejor o no el bienestar general. Los argumentos que presenta en apoyo de la segregación deben ser, pues, argumentos *utilitaristas*. Los argumentos que inventé, tales como el argumento de que los abogados blancos podrían hacer más que los negros para mejorar la eficiencia del comercio en Texas, son *utilitaristas*, pues, to que la eficiencia comercial sólo hace que la comunidad esté mejor si eleva el bienestar general.

Los argumentos *utilitaristas* tropiezan con una dificultad especial que no encuentran los argumentos *idealistas*. ¿A qué se ayuda al hablar de bienestar general o colectivo? Como se puede medir el bienestar de un individuo, ni siquiera en principio, y cómo se pueden sumar los logros en bienestar de diferentes individuos para luego compararlos con pérdidas, que permitan justificar la afirmación de que, globalmente, los logros exceden en importancia a las pérdidas? El argumento *utilitarista* de que la segregación mejora el bienestar promedio presupone que se pueden hacer tales cálculos, pero ¿cómo?

Jeremy Bentham, quien creía que solamente argumentos *utilitaristas* podían justificar las decisiones políticas, daba la siguiente respuesta. Decía que el efecto de una política sobre el bienestar de un individuo se podía determinar descubriendo qué cantidad de placer o de dolor le aportaba tal política.

la desventaja que representa para los negros, y si no se puede encontrar otra razón por la cual la segregación sea de todas maneras injustificable, entonces el insulto que sientan los negros, por más comprensible que sea, debe estar basado en una percepción errónea.

En todo caso, sería un error suponer que hombres en la situación de DeFunis no han de considerar insultante su exclusión. Es muy probable que se consideren como miembros de alguna otra minoría, tal como los judíos, los polacos o los italianos, a quienes los liberales, desde una situación de comodidad y de éxito, están dispuestos a sacrificar con el fin de postergar un cambio social más violento. Si deseamos distinguir los casos *DeFunis* y *Sweatt* sobre la base de algún argumento que se valga del concepto de insulto, debemos demostrar que el tratamiento de uno de ellos es efectivamente injusto, pero el del otro no.

De modo que estos argumentos familiares, que podrían distinguirse entre los dos casos, no son convincentes. Esto parece confirmarse de la misma manera y, por ende, de que la clasificación racial debe ser completamente proscribida. Pero afortunadamente se puede encontrar una base de distinción más firme para fundamentar nuestra sensación inicial de que los casos son efectivamente muy diferentes. Esta distinción no se apoya, como estos argumentos poco convincentes, en características peculiares de los problemas raciales, en segregación, ni siquiera en rasgos peculiares de los problemas de oportunidad educacional. Se basa en cambio en un análisis más detallado de la idea, central en mi argumento en contra de DeFunis, de que en ciertas circunstancias, una política que pone en situación de desventaja a muchos individuos se justifica, sin embargo, porque mejora la situación de la comunidad como tal.

Cualquier institución que se valga de esta idea para justificar una política discriminatoria se enfrentará con una serie de dificultades teóricas y prácticas. En primer lugar, hay dos sentidos distintos en los que puede decirse que una comunidad como tal está mejor, pese al hecho de que algunos de sus miembros están peor, y cualquier justificación debe especificar a cuál de los dos sentidos se refiere. Puede

toral, en los editoriales de los periódicos y simplemente en su propia percepción de la comunidad. Aunque podrían haberse equívocados, ahora no podemos decir, ni siquiera con la ventaja que da la visión retrospectiva, que lo hayan hecho. De modo que aun si se rechaza el utilitarismo psicológico de Bentham, las facultades de derecho pueden recurrir al utilitarismo de la preferencia en busca de una justificación, por lo menos conjetural y aproximada, de las prácticas de admisión que ponen en situación de desventaja a ciertos solicitantes. Pero una vez aclarado que estos argumentos utilitaristas se basan en estimaciones de las preferencias reales de miembros de la comunidad, se plantea una dificultad nueva y mucho más grave.

El argumento utilitarista según el cual una política se justifica si satisface globalmente más preferencias parece, a primera vista, un argumento igualmente. Aparentemente, observa una imparcialidad estricta. Si la comunidad sólo tiene suficientes medicinas para tratar a algunos enfermos, parecería que el argumento recomendará que se trate primero a los más enfermos. Si la comunidad puede construir una piscina de natación o una sala de teatro, pero no las dos cosas, y hay más gente que quiere la piscina, a menos que los que quieren el teatro puedan demostrar que sus preferencias son tanto más intensas que alcanzan mayor peso a pesar de la inferioridad numérica. No se ha de preferir un enfermo a otro porque sea más digno de la preocupación oficial; los gustos del público teatral no han de ser preferidos porque sean más admirables. Con palabras de Bentham, cada hombre ha de contar como uno, y ningún hombre ha de contar como más de uno.

Estos sencillos ejemplos hacen pensar que el argumento utilitarista no sólo respeta, sino que encarna el derecho de cada ciudadano a ser tratado como el igual de otro cualquier individuo, en la competición por la práctica social, dependerá de lo importante que sea para él su preferencia y de cuántos sean los que la compartan, comparados con la intensidad y el número de las preferencias concurrentes. Su probabilidad no se verá afectada por la estimación o el desprecio de los funcionarios ni de sus conciudadanos, y por consiguiente él no tendrá que sentirse subordinado ni obligado por nadie.

Pero, si examinamos la variedad de preferencias que tie-

ca, y que el efecto de la política sobre el bienestar colectivo se podía calcular sumando todo el placer y restandole todo el dolor que trata a cada uno. Pero, tal como insistían los críticos de Bentham, es dudoso que exista un estado psicológico simple de placer [que pueda ser] común a todos los que se beneficiarían de una práctica, o de dolor [que pueda ser] común a todos aquellos a quienes esta perjudica; en todo caso, sería imposible identificar, medir y sumar los diferentes placeres y dolores que experimenta una gran cantidad de personas.

Los filósofos y economistas que encuentran atractivos los argumentos utilitaristas, pero que rechazan el utilitarismo psicológico de Bentham proponen un concepto diferente del bienestar individual y general. Suponen que toda vez que una institución o un funcionario debe tomar una decisión referente a una política, cada uno de los miembros de la comunidad preferirá las consecuencias de una decisión a las consecuencias de otras. DeFuntis, por ejemplo, prefiere las consecuencias de la política estándar de admisiones a la política de preferencia minoritaria que se usaba en Washington, en tanto que los negros de un *ghetto* urbano podrían preferir las consecuencias de esta última política a las de la primera. Si se puede descubrir lo que prefiere cada individuo y con qué intensidad, se podría demostrar que una política determinada satisfaría, como promedio, más preferencias —teniendo en cuenta su intensidad— que las prácticas alternativas. Según este concepto de bienestar, una política hace que la comunidad esté mejor, en un sentido utilitario, si satisface la colección de preferencias mejor de lo que la satisfarían las alternativas, aun cuando no satisfaga las preferencias de algunos.

Por cierto que una facultad de derecho no dispone de medio alguno para estimar con precisión las preferencias de todos aquellos que se verán afectados por sus políticas de admisión. Sin embargo, puede hacer evaluaciones que, aun siendo conjeturales, no pueden ser desechadas como inversiones similares. Cabe pensar, por ejemplo, que en la Texas de posguerra las preferencias del pueblo favorecían, globalmente, las consecuencias de la segregación en las facultades de derecho, aun cuando se tenga en cuenta la intensidad de la preferencia concurrente por la integración, y no simplemente el número de los que sostenían esa preferencia. Los funcionarios de la facultad de derecho de Texas podrían haber confiado, para llegar a esa decisión, en el comportamiento elec-

ido [en que se ha] definido [este término]. Los negros padecerán, en una medida que depende de la intensidad de la preferencia racista, por el hecho de que otros los consideren menos dignos de consideración y respeto.

Hay una corrupción similar cuando las preferencias externas que se tienen en cuenta son altruistas o moralistas. Supongamos que muchos ciudadanos, aunque no son nadadores, prefieren la piscina al teatro porque aprueban el deporte y admiran a los atletas, o porque piensan que el teatro es inmoral y se lo debe reprimir. Si se tienen en cuenta las preferencias altruistas, de modo tal que refuercen las preferencias personales de los nadadores, el resultado será una especie de doble recuento: cada nadador se beneficiará no solamente de su propia preferencia, sino también de la preferencia de alguien más, que se complace en su éxito. Si se tienen en cuenta las preferencias moralistas, el efecto será el mismo: los actores y el público padecerán porque sus preferencias suscitan menor respeto en los ciudadanos cuyas preferencias personales no están comprometidas.

En estos ejemplos, las preferencias externas son independientes de las preferencias personales. Pero, ciertamente, es frecuente que las preferencias políticas, altruistas y moralistas no sean independientes, sino que estén insertadas sobre las preferencias personales, a las cuales refuerzan. Si soy blanco y estoy enfermo, puedo también sostener una teoría política racista. Si quiero una piscina para disfrutar personalmente de ella, también puedo ser altruista con un atleta amigo, o también puedo pensar que el teatro es inmoral. Las consecuencias de tener en cuenta estas preferencias externas serán tan graves para la igualdad como si fueran independientes de la preferencia personal, porque aquellos contra quienes van las preferencias personales podrían no ser capaces de —o no estar dispuestos a— exhibir preferencias externas contrarias que restablecieran el equilibrio.

Las preferencias externas presentan, por consiguiente, una gran dificultad para el utilitarismo. Esta teoría debe gran parte de su popularidad al supuesto de que encarna los derechos de los ciudadanos a ser tratados como iguales. Pero si se cuentan las preferencias externas como iguales. Tal es, en sí, un punto importante y descuidado en la teoría política, que incide sobre la tesis liberal —destacada por primera vez por Mill— según la cual el gobierno no tiene derecho a imponer por ley la moralidad popular. Con frecuencia se dice que

men de hecho los individuos, veremos que el carácter aparentemente igualitario de un argumento utilitarista es, con frecuencia, engañoso. El utilitarismo de la preferencia pide a los funcionarios que intenten satisfacer en la mayor medida posible las preferencias de la gente. Pero las preferencias de un individuo por las consecuencias de una política determinada pueden verse, tras un análisis más detallado, como un reflejo de una preferencia *personal* por disfrutar de ciertos bienes u oportunidades, o como una preferencia *externa* por la asignación de bienes u oportunidades a otros, o como ambas cosas. El aspirante a ingresar en una facultad de derecho para blancos, por ejemplo, podría tener una preferencia personal por las consecuencias de la segregación porque dicha política favorece sus probabilidades de éxito, o bien una preferencia externa por tales consecuencias, en cuanto desprecia a los negros y desaprueba las situaciones sociales en que se da una mezcla racial.

La distinción entre preferencias personales y preferencias externas es de gran importancia por la siguiente razón. Si un argumento utilitarista equipara las preferencias externas con las personales, el carácter igualitario del argumento se corrompe, porque la probabilidad de éxito que tengan las preferencias de un sujeto cualquiera no sólo dependerá entonces de las demandas que las preferencias personales de otros impongan a recursos escasos, sino del respeto o afecto que esos otros tengan por él o por su modo de vida. Si las preferencias externas desequilibraran la balanza, entonces el hecho de que una práctica haga que la comunidad este mejor en un sentido utilitarista no proporcionaría una justificación compatible con el derecho a ser tratados como iguales de aquellos a quienes pone en situación de desventaja.

Esta corrupción del utilitarismo es obvia cuando algunas personas tienen preferencias externas porque sostienen teorías políticas que son en sí mismas contrarias al utilitarismo. Supongamos que muchos ciudadanos, que personalmente no están enfermos, son racistas en cuanto a su teoría política, y por ende prefieren que una medicina que escasea se le administre más bien a un blanco que la necesita que a un negro que la necesita más. Si el utilitarismo toma al pie de la letra estas preferencias políticas, entonces, desde el punto de vista de las preferencias personales, se autoanulará, porque la distribución de la medicina, desde ese punto de vista, no será en modo alguno utilitarista. En todo caso, que se autoanule o no, la distribución no será igualitaria en el sen-

Esta dificultad final es, por consiguiente, fatal para los argumentos utilitaristas de Texas en favor de la segregación. Las preferencias que podrían servir de apoyo a un argumento tal son nitidamente externas, tales como las preferencias de la mayoría de la comunidad por la separación racial, o están inextricablemente combinadas con preferencias externas y dependen de ellas, como las preferencias de los estudiantes blancos por asociarse con compañeros blancos, o de los abogados blancos con colegas blancos. Estas preferencias externas están hasta tal punto difundidas que no pueden menos que corromper cualquier argumento semejante. Por ende, la reclamación de Texas según la cual la segregación hace compatible con el derecho de Sweat a ser tratado como igual, que le garantiza la Cláusula de Igual Protección.

Para esta conclusión no tiene importancia que las preferencias externas figuren en la justificación de una práctica o política fundamental o en la justificación de prácticas derivadas, destinadas a favorecer una práctica fundamental. Su pongamos que Texas justifica la segregación apoyándose en la política económica, aparentemente neutral, que consiste en incrementar la riqueza comunitaria, la cual satisface las preferencias personales de todos en lo que a mejores viviendas, alimentación y recreación se refiere. Si el argumento de que la segregación favorecerá la riqueza comunitaria depende del hecho de la preferencia externa; si el argumento señala, por ejemplo, que debido a los prejuicios las industrias serán más eficientes si existe segregación en las fábricas, entonces la consecuencia del argumento es que las preferencias personales del negro se ven derrotadas por lo que otros piensan de él. Los argumentos utilitaristas que justifican una desventaja para los miembros de una raza a quienes el prejuicio perjudica serán siempre argumentos injustos, a menos que se pueda demostrar que la misma desventaja habría estado justificada en ausencia del prejuicio. Si el prejuicio está muy difundido, como es el caso con los negros, tal cosa no se podrá demostrar jamás. Las preferencias sobre las cuales debe descansar cualquier argumento económico que justifique la segregación estarán tan enmarañadas con el prejuicio que no es posible desenredarlas en la medida necesaria para hacer plausible una hipótesis tan contraria a los hechos.

Tenemos ahora una explicación que demuestra por qué cualquier forma de segregación que ponga en desventaja a

esta tesis liberal es incongruente con el utilitarismo, porque si las preferencias de la mayoría por la represión de la homosexualidad, por ejemplo, son lo bastante fuertes, el utilitarismo debe ceder a sus deseos. Pero la preferencia en contra de la homosexualidad es una preferencia externa, y el presente argumento proporciona una razón general por la cual los utilitaristas no deben tener en cuenta ningún tipo de preferencias externas. Si se hace una readaptación adecuada del utilitarismo, de manera que sólo tenga en cuenta las preferencias personales, entonces la tesis liberal es una consecuencia de esa teoría, no una enemiga de ella.

Sin embargo, no siempre es posible reconstituir un argumento utilitarista de manera que sólo tenga en cuenta las preferencias personales. A veces, las preferencias personales y las externas están entrecruzadas en forma tan inextricable, y se encuentran en tal dependencia recíproca, que ningún criterio práctico de medición de preferencias podrá discriminar los elementos personales y los externos en la preferencia global de un individuo. Esto es especialmente válido cuando las preferencias están afectadas por prejuicios. Consideremos, por ejemplo, la preferencia de un blanco, estudiante de derecho, por asociarse con compañeros blancos. Se puede decir que se trata de una preferencia personal por vincularse con cierto tipo de colega más bien que con otra. Pero es una preferencia personal que depende de preferencias externas: excepto en casos rarísimos, un estudiante blanco prefiere la compañía de otros blancos porque tiene convicciones sociales y políticas racistas o porque desprecia a los negros en cuanto grupo. Si se tiene en cuenta estas preferencias de asociación en un argumento utilitarista usado para justificar la segregación, entonces se destruye el carácter igualitario del argumento de la misma manera que si se tuviera en cuenta directamente las preferencias externas que le sirven de base. A los negros se les negaría su derecho a ser tratados como iguales porque la probabilidad de que sus preferencias prevaleceran en el diseño de las prácticas de ingreso en la facultad quedarían desvalorizadas por la baja estima en que las tienen otros. En cualquier comunidad donde sea fuerte el prejuicio en contra de una determinada minoría, las preferencias personales sobre las cuales debe insistir un argumento utilitarista estarán saturadas con ese prejuicio; de ello se sigue que en una comunidad tal, ningún argumento utilitarista que se proponga justificar una desventaja que padece esa minoría puede ser justo.

nal], no figuran en los argumentos utilitarios, aunque una facultad de derecho pueda aceptar, bajo su propia responsabilidad, la hipótesis instrumental de la cual dependen tales preferencias.

5

Disponemos ya, por consiguiente, de las distinciones necesarias para diferenciar [el caso] *Defunis de Swart*. Los argumentos que apoyan un programa de admisión que discrimine a los negros son, todos, argumentos utilitarios, y son todos de naturaleza tal que se apoyan en preferencias externas de una manera que lesiona el derecho constitucional de los negros a ser tratados como iguales. Los argumentos que apoyan un programa de admisión que discrimine en favor de los negros son tanto utilitarios como idealistas. Algunos de los utilitarios se apoyan, por lo menos indirectamente, en preferencias externas, tales como la preferencia de ciertos negros por los abogados de su propia raza; pero los argumentos utilitarios que no se apoyan en tales preferencias son fuertes y es posible que sean suficientes. Los argumentos idealistas no se apoyan en modo alguno en preferencias, sino en el argumento independiente de que una sociedad más igualitaria es una sociedad mejor, aun cuando sus ciudadanos prefieran la desigualdad. Es un argumento que no niega el derecho de nadie a ser tratado como igual.

En el caso *Defunis* nos quedamos, pues, con el argumento simple y directo con que comenzamos. Los criterios raciales no son necesariamente los estándares correctos para decidir que aspirantes deben ser aceptados por las facultades de derecho, pero tampoco lo son los criterios intelectuales, ni la verdad—ningún otro conjunto de criterios. La equidad—y la constitucionalidad—de cualquier programa de admisión debe ser medida con el mismo criterio. El programa se justifica si sirve a una política adecuada, que respete el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales, pero no en el caso contrario. Los criterios que usaron las facultades que se negaron a tener en cuenta a los negros no responderían a esa exigencia, pero los criterios usados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington sí.

Todos desconfiamos, y con razón, de las clasificaciones raciales, que han sido usadas para negar el derecho a la igual-

los negros es, en los Estados Unidos, un insulto automático para ellos, y por qué tal segregación lesiona su derecho a ser tratados como iguales. El argumento confirma nuestra sensación de que los argumentos utilitarios que se proponen para ellos, y por qué tal segregación lesiona su derecho a ser tratados como iguales. El argumento confirma nuestra sensación de que los argumentos utilitarios que se proponen en los detalles, sino que son inoportunos en principio. Esta objeción a los argumentos utilitarios no se limita, sin embargo, a la raza, ni siquiera al prejuicio. Hay otros casos en los cuales tener en cuenta las preferencias externas lesionaría los derechos de los ciudadanos a ser tratados como iguales, y vale la pena pasarles revista brevemente, aunque sólo sea para proteger el argumento de la acusación de haber sido construido *ad hoc* para el caso racial. Yo podría tener una preferencia moralista en contra de las mujeres profesoras, o una preferencia altruista por los hombres virtuosos. Sería injusto que cualquier facultad de derecho tuviese en cuenta preferencias como éstas para decidir a quiénes admitir en sus aulas; injusto porque estas preferencias, como los prejuicios raciales, hacen que el éxito de las preferencias personales de un aspirante dependa, más bien que de las preferencias personales concurrentes de los otros, de su aprobación y estima.

La misma objeción, en cambio, no es válida contra un argumento utilitarista usado para justificar la admisión barramente, de manera directa ni indirecta, en un sentimiento comunitario de que los abogados inteligentes sean intrínsecamente más dignos de respeto. Descansa, en cambio, sobre el propio juicio de la facultad de derecho (correcto o no), de que los abogados inteligentes son más eficaces cuando se trata de satisfacer las preferencias de otros, tales como la preferencia por la riqueza o por ganar los procesos legales. Es verdad que los despachos de abogados y sus clientes prefieren los servicios de abogados inteligentes; ese hecho podría hacernos desconfiar de cualquier argumento utilitarista del que se diga que no depende de tal preferencia, así como sospechamos de cualquier argumento en favor de la segregación, del que se diga que no depende del prejuicio. Pero la difundida preferencia por los abogados inteligentes no depende, por lo general, de preferencias externas: los despachos de abogados y sus clientes prefieren abogados inteligentes porque tienen la opinión de que esos abogados serán los más eficaces cuando se trata de servir sus preferencias personales. Las preferencias instrumentales, de ese carácter [perso-

dad, más bien que para respetarlo, y todos nos damos cuenta de la consiguiente injusticia. Pero si interpretamos las sencillas distinciones que son necesarias para entenderla, entonces corremos el riesgo de cometer más injusticias. Es posible que, de hecho, los programas de admisión preferenciales no hagan más igualitaria una sociedad, porque es posible que no tengan los efectos que creen ver en ellos quienes los defienden. Esta cuestión estratégica debiera constituir el centro de la discusión de tales programas. Pero no debemos correr por el debate suponiendo que tales programas son injustos aunque funcionen. Debemos tener cuidado de no usar la cláusula de Igual Protección para privarnos de la igualdad.

Es indudable que la mayoría de los norteamericanos y de los ingleses creen que la homosexualidad, la prostitución y la publicación de material pornográfico son inmorales. ¿Qué papel debe desempeñar este hecho cuando se ha de decidir si son delictivas? Es una cuestión enmarañada, llena de complejidades que se vincula con controvertidas filiosóficas y sociológicas. Sin embargo, es una cuestión a la que los juristas han de hacer frente y hay acontecimientos recientes y controversidos — en Inglaterra la publicación del Informe Wolfenden, seguida por un debate público sobre la prostitución y la homosexualidad, y en los Estados Unidos una serie de decisiones de la Suprema Corte sobre obscenidad — que nos urgen a considerarla.

Frente a ella hay varias posiciones, pero cada una plantea sus propias dificultades. ¿Diremos que la condenación pública es, en y por sí misma, suficiente para justificar que convirtamos un acto en delito? Esta posición parece incongruente con nuestra tradición de libertad individual, y con el hecho de que sabemos que la moral de la masa, por más grande que ésta sea, no cuenta con garantías de verdad. Si la condenación pública no es suficiente, ¿qué más se necesita? Debe haber alguna demostración de que de hecho hay personas directamente afectadas y dañadas por la práctica en cuestión? ¿Es suficiente con mostrar algún efecto sobre las costumbres y las instituciones sociales, en cuanto altera el medio social, afecta indirectamente a todos los miembros de la sociedad? En este último caso, ¿se ha de demostrar también que estos cambios sociales plantean la amenaza de algún cambio a largo plazo, como podría ser un aumento de la criminalidad, o un descenso de la productividad? ¿O sería bastante con demostrar que la gran mayoría de la comunidad actual deploraría el cambio? Si es así, ¿la exigencia

sociales de la política interna, y en especial los raciales, como conflictos entre las exigencias de la libertad y la igualdad. Es posible —se dice— que los pobres, los negros, los ignorantes y los trabajadores no cualificados tengan un derecho abstracto a la igualdad, pero los ricos, los blancos, los educados y los capacitados tienen también un derecho a la libertad, y cualquier esfuerzo de reorganización social que quiera favorecer el primer conjunto de derechos debe tener en cuenta al segundo y respetarlo. Todos, excepto los extremistas, reconocen por ende la necesidad de establecer un compromiso entre la igualdad y la libertad. Cada ejemplo concreto de legislación social importante, tratase de política impositiva o de planes de integración, está configurado por la supuesta tensión entre estos dos objetivos.

Es este supuesto conflicto entre igualdad y libertad lo que tengo presente cuando pregunto si tenemos *derecho* a la libertad, tal como lo han supuesto Jefferson y mucho más. Y la pregunta es decisiva. Si la libertad de elegir la escuela a que se va, el empleado que se contrata o el barrio donde se vive es simplemente algo que todos queremos, como queremos tener aire acondicionado o comer langostas, entonces no tenemos derecho a aferrarnos a esas libertades frente a lo que concedemos que son los derechos de otros a compartir igualmente el respeto y los recursos. Pero si podemos decir, no simplemente que queremos tales libertades, sino que tenemos derecho a ellas, entonces hemos establecido, por lo menos, una base para exigir un compromiso.

Hay actualmente, por ejemplo, un movimiento en favor de una propuesta de enmienda a la constitución de los Estados Unidos, que garantizaría a todos los escolares el derecho jurídico a concurrir a una «escuela vecinal» y de esa manera se proscribirían los autobuses integrados. La sugerencia de que las escuelas vecinales se alinearan de alguna manera junto a los juicios por jurados en cuanto valores constitucionales parecería tonta, a no ser por la sensación que tienen muchos norteamericanos de que obligar a los escolares a viajar en los buses es, de alguna manera, una interferencia con el derecho fundamental a la libertad no menos grave que el insulto que representaba para la igualdad la educación segregada. Pero eso me parece absurdo; es más, me parece absurdo suponer que hombres y mujeres tengan ningún derecho general a la libertad, por lo menos tal como esta idea ha sido tradicionalmente concebida por sus defensores.

Al decirlo, pienso en la definición tradicional de la liber-

¿QUE DERECHOS TENEMOS?

I. NO HAY DERECHO A LA LIBERTAD

¿Tenemos derecho a la libertad? Thomas Jefferson creía que sí, y desde su época el derecho a la libertad ha recibido más atención que los derechos concurrentes —que él mencionaba— a la vida y a la persecución de la felicidad. La libertad dio su nombre al movimiento político más influyente del siglo pasado, y muchos de los que ahora desprecian a los liberales se basan, para hacerlo, en el hecho de que no son lo bastante libertarios. Claro que casi todos aceptan que el derecho a la libertad no es el único derecho político, y que por consiguiente las exigencias de libertad deben verse limitadas, por ejemplo, por las restricciones que protegen la seguridad o la propiedad de otros. Sin embargo, el consenso en favor de algún derecho a la libertad es amplio, aunque esté como he de sostener en este capítulo, equivocado.

El derecho a la libertad es popular en todo el espectro político. La retórica de la libertad alimenta todos los movimientos radicales, desde las guerras internacionales de liberación hasta las campañas por la libertad sexual y la liberación de las mujeres. Pero a la libertad la han puesto, de manera más visible incluso, al servicio de los conservadores. Incluso la oposición a las tenues reorganizaciones sociales de los movimientos sindicalistas y antitrust, y del primer New Deal [en los EE.UU.] se basó en la afirmación de que infringían el derecho a la libertad, y actualmente, los esfuerzos para lograr mayor justicia racial en Norteamérica mediante técnicas como la de organizar el transporte escolar de niños blancos y negros en forma conjunta, tropieza con el mismo tipo de oposición, tal como, en Inglaterra, los intentos de alcanzar mayor grado de justicia social mediante restricciones a la educación privada.

De hecho, es costumbre describir los grandes problemas

tes. Para un verdadero liberal, cualquier restricción a la libertad es algo que un gobierno decente debe lamentar, y mantener en el mínimo necesario para dejar margen a los otros derechos de sus electores.

Sin embargo, a pesar de esta tradición, me parece que el sentido neutral de libertad ha causado más confusiones de las que ha curado, especialmente cuando se une a la idea popular e inspiradora, de que hombres y mujeres tienen derecho a la libertad. Pues la única manera de mantener esa idea es diluir a tal punto la idea de [lo que es] un derecho que vale la pena tener.

En política y en filosofía el término «derecho» se usa en muchos sentidos diferentes, algunos de los cuales ya he intentado desennarar. Para que se pueda plantear con seriedad la cuestión de si tenemos derecho a la libertad en el sentido neutral, debemos acordar algún significado único de «derecho». No sería difícil encontrar un sentido de ese término en el cual podríamos decir con cierta confianza que los hombres tienen derecho a la libertad. Podríamos decir, por ejemplo, que alguien tiene derecho a la libertad si favorece su interés tener libertad, esto es, si quiere tenerla o si tenerla sería bueno para él. En este sentido, estaría dispuesto a admitir que los ciudadanos tienen derecho a la libertad. Pero en este sentido también tendríamos que conceder que tienen derecho, generalmente por lo menos, a los helados de vainilla. Además, mi concesión referente a la libertad tendría un ejemplo, que la gente tiene derecho a la igualdad en un sentido mucho más fuerte, que no se limita a querer la igualdad, sino que está autorizada a tenerla, y no reconocerla por consiguiente que la pretensión de que algunos hombres y mujeres quieren libertad exija compromiso alguno en los esfuerzos que yo considero necesarios para dar a otros hombres y otras mujeres la igualdad a la cual tienen derecho.

Si el derecho a la libertad ha de desempeñar el papel que le tienen reservado en el debate político, por ende, debe ser un derecho en un sentido mucho más fuerte. En el capítulo 7 defín un sentido fuerte de [la palabra] derecho que, en mi opinión, capta las exigencias que quieren plantear los hombres cuando apelan a los derechos políticos y morales. No me propongo repetir aquí mi análisis, sino únicamente resumirlo de la siguiente manera. Una pretensión de derecho acertada, en el sentido fuerte que he descrito, tiene esta con-

dad como la ausencia de restricciones impuestas por un gobierno a lo que un hombre podría hacer si quisiera. En el mas famoso de los ensayos modernos sobre la libertad, Isaiah Berlin lo expresó de esta manera: «El sentido de la libertad, en el cual uso esta palabra, no supone simplemente la ausencia de frustración, sino la ausencia de obstáculos a posibles opciones y actividades... la ausencia de obstáculos a caminos por los cuales un hombre puede decidirse a caminar». Esta concepción de la libertad es neutral respecto de las diversas actividades que podría llevar a cabo un hombre. Disminuye la libertad de un hombre que le impidan andar. Disminuye la libertad de un hombre que le impidan hablar o hacer el amor como el deseo, pero también disminuye su libertad que le impidamos asesinar o difamar a otros. Estas últimas restricciones pueden ser justificables, pero solamente porque son compromisos necesarios para proteger la libertad o la seguridad de otros, y no porque, en sí mismas, no infrinjan el valor independiente de la libertad. Bentham decía que cualquier ley es una «infracción» de la libertad, y por más que algunas de tales infracciones puedan ser necesarias, es oscurantísimo pretender que, finalmente, no son infracciones. En este sentido neutral y omnimodo de la libertad como licencia, es obvio que se da una competición entre libertad e igualdad. Para proteger la igualdad se necesitan leyes, y las leyes son, inevitablemente, compromisos que afectan a la libertad.

Los liberales como Berlin se conforman con este sentido neutral de la libertad, porque aparentemente estimula la claridad de pensamiento. Nos permite identificar qué es lo que se pierde, aunque quizás inevitablemente, cuando los hombres aceptan que sean restringidas sus acciones en aras de algún otro objetivo o valor. Para este punto de vista sería una confusión intolerable que se usara el concepto de libertad de manera tal que considerásemos que hay pérdida de libertad solamente cuando se impide a los hombres que hagan algo que en nuestra opinión deben hacer. Un uso tal permite, simplemente sosteniendo que lo único que impiden hacer a los hombres es lo que está mal. Pero aún, podría oscurecer el punto más distintivo de la tradición liberal: que interferir con la libertad de opción de un hombre para hacer lo que él quiera es, en sí y por sí, un insulto a la humanidad, un agravio que puede estar justificado, pero que jamás puede ser definitivamente borrado por consideraciones concurrentes.

como decía Bentham, una infracción de la libertad, pero tenemos derecho a estar protegidos solamente contra infracciones fundamentales o severas. Si la restricción a la libertad es lo bastante grave o severa, entonces en verdad es cierto que el gobierno no está autorizado para imponer tal restricción simplemente porque eso favorecerá el interés general; el gobierno no está autorizado, por ejemplo, para restringir la libertad de expresión siempre que crea que así mejoraría el bienestar general. De manera que después de todo, hay un derecho general a la libertad como tal, siempre que ese derecho se restrinja a las libertades importantes o a las privadas graves. Esta reserva no afecta a los argumentos políticos que se oponen como obstáculos a una igualdad plena son derechos a libertades básicas como, por ejemplo, el derecho a concurrir a la escuela que uno elija.

Pero esta reserva plantea un problema de gran importancia para la teoría liberal, un problema con el que no se enfrentan quienes sostienen que hay un derecho a la libertad. ¿Que significa decir que el derecho a la libertad se limita a las libertades básicas, o que sólo ofrece protección contra las infracciones graves a la libertad? Esa pretensión puede ser expresada de dos maneras diferentes, con consecuencias teóricas y prácticas muy diferentes. Supongamos dos casos en los cuales el gobierno no permite que un ciudadano haga lo que podría querer hacer: el gobierno le impide que conduzca su coche en ambos sentidos por Lexington Avenue. ¿Que restricción hay entre estos dos casos, y que diferencia, tales que, aunque ambos son casos en que un ciudadano se ve restringido en su libertad y privado de ella, su derecho a la libertad sólo ha sido infringido en el primero, y no en el segundo?

Según la primera de las dos teorías que podríamos considerar, en ambos casos al ciudadano se lo priva del mismo bien — a saber, la libertad —, pero la diferencia está en que en el primer caso, la cantidad de dicho bien que se le retira es, por alguna razón, mayor en cantidad o ejerce sobre él mayor impacto, que en el segundo. Pero eso parece desca-bellado; es muy difícil considerar a la libertad como un bien. Si efectivamente intentamos dar algún sentido operacional a la libertad, de modo que podamos medir la disminución relativa de la libertad que ocasionan diferentes clases de leyes o restricciones, entonces es improbable que el resultado coin-

secuencia. Si alguien tiene derecho a algo, está mal que el gobierno se lo niegue, aunque negárselo favorecerá el interés general. Este sentido de lo que es un derecho (al que se podría llamar el concepto anti-utilitario de un derecho) me parece muy próximo al sentido de derecho que en los últimos años se usó principalmente en escritos y argumentos políticos y jurídicos. Señala el concepto distintivo de un derecho individual en contra del Estado que forma, por ejemplo, el núcleo de la teoría constitucional en los Estados Unidos.

No creo que el derecho a la libertad significara mucho, ni alcanzara gran poder en la discusión política, si se apoyara en algún sentido del derecho más débil que el citado. Sin embargo, si nos ponemos de acuerdo sobre este concepto de derecho general a la libertad como tal. Yo no tengo ningún derecho político a conducir en ambos sentidos por Lexington Avenue. Si el gobierno decide que el tránsito por Lexington Avenue es de dirección única, es justificación suficiente que esto favorezca el interés general, y sería ridículo que yo sostuviera que por alguna razón, de todas maneras está mal. La gran mayoría de las leyes que disminuyen mi libertad se justifican por razones utilitarias, porque favorecen el interés general o el bienestar general; si, como supone Bentham, cada una de esas leyes disminuye mi libertad, no me privan sin embargo de cosa alguna que tenga derecho a tener. No basta, en el caso de la calle de dirección única, decir que aunque tengo derecho a recorrer Lexington Avenue en ambos sentidos, se justifica que por razones especiales el gobierno invada ese derecho. Decirlo parece absurdo porque el gobierno no necesita ninguna justificación especial, sino sólo una justificación, para ese tipo de legislación. De modo que puedo tener un derecho político a la libertad, tal que todo acto de restricción disminuya o infrinja ese derecho, sólo en un sentido tan débil de [la palabra] derecho que el llamado derecho a la libertad no resiste en modo alguno la competencia con los derechos fuertes de la igualdad. En cualquier sentido fuerte de la palabra derecho, que pudiera competir con el derecho a la igualdad, no existe, en modo alguno, ningún derecho general a la libertad.

Cabe decir ahora que he interpretado mal la afirmación de que existe un derecho a la libertad. Ello no significa, se dirá, sostener que haya un derecho a toda la libertad, sino simplemente a libertades importantes o básicas. Toda ley es,

sensación de conflicto necesario entre la libertad y otros valores cuando se propone una reglamentación social, como en el caso de los autobuses escolares integrados. Segundo, la idea ofrece una respuesta demasiado fácil a la cuestión de por qué consideramos especialmente injustos ciertos tipos de restricciones, como las impuestas a la libertad de expresión o al ejercicio de la religión. La idea de un derecho a la libertad nos permite decir que estas restricciones son injustas por- que afectan de manera especial a la libertad como tal. Una vez que reconocemos que esta respuesta es ilegítima, tendre- mos que enfrentar la difícil cuestión de precisar qué es lo que de hecho está en juego en estos casos.

Me interesa volver sin demora a esta cuestión. Si no hay un derecho general a la libertad, entonces ¿por qué los ciu- dadanos de una democracia tienen derechos a cualquier ge- nero específico de libertad, como la libertad de expresión, la libertad religiosa o la de ejercer una actividad política? No es válido responder que si los individuos tienen tales dere- chos, la comunidad como tal, a la larga, estará mejor. Esta idea —que los derechos individuales pueden conducir a la uti- lidad general— puede o no ser verdadera, pero no tiene nada que ver con la defensa de los derechos como tales, porque cuando decimos que alguien tiene derecho a expresar libre- mente su opinión, en el sentido políticamente importante, queremos decir que está autorizado para hacerlo aun cuando con ello no se favoreciera el interés general. Si queremos de- fendernos los derechos individuales en el sentido en que los reivindicamos, entonces debemos tratar de descubrir, para su defensa, algo que vaya más allá de la utilidad.

Antes mencioné una posibilidad. Quizá pudiéramos dejar establecido que cuando son invadidos los derechos tradicio- nales, los individuos sufren algún daño especial. Según este argumento, en la libertad de hablar de cuestiones políticas hay algo tal que si se le niega esa libertad, el individuo sufre un daño especial, en virtud de lo cual infligirle un daño así esta mal aunque toda la comunidad se beneficie. Esta línea de razonamiento atraerá especialmente a quienes, en su caso personal, se sentirían especialmente despojados por la pér- dida de sus libertades civiles y políticas, pero sin embargo es un argumento difícil de llevar adelante, por dos razones. La primera, porque hay muchísimos hombres y mujeres, que indudablemente forman la mayoría incluso en democra- cias como Gran Bretaña y los Estados Unidos, que no ejer- citan las libertades políticas que tienen, y a quienes la pér-

libertades básicas. Supongamos, por ejemplo, que medimos una disminución en la libertad calculando la magnitud de la frustración que produce. Entonces tendríamos que hacer fren- te al hecho de que las leyes contra el robo, e incluso las leyes de tráfico, imponen restricciones que la mayoría de los hom- bres sienten más agudamente de lo que sentirían las restric- ciones impuestas al discurso político. Podríamos abordar el problema de otra manera y medir el grado de pérdida de libertad producido por el impacto de determinada restricción sobre las opciones futuras. Pero entonces tendrí- mos que admitir que el código penal ordinario reduce la op- ción, para la mayoría de los hombres, más que las leyes que prohíben la actividad política marginal. Entonces la primera teoría —que la diferencia entre los casos que incluye nues- tro supuesto derecho a la libertad y los que no incluye es una cuestión de grado— debe fallar.

La segunda teoría sostiene que la diferencia entre los dos casos no tiene que ver con el grado de libertad en cuestión, sino con el carácter especial de la libertad que interviene en el caso que el derecho abarca. Según esta teoría, el delito implícito en una ley que limita la libertad de expresión es de carácter diferente —y no solamente diferente en grado— del que implica la ley que impide a un hombre conducir en am- bos sentidos por Lexington Avenue. Eso parece verosímil, aunque ya veremos que no es fácil enunciar en qué consiste esa diferencia de carácter, ni por qué en algunos casos fun- damenta un derecho, pero en otros no. Sin embargo, lo que ahora quiero destacar es que si se defiende de esta manera la distinción entre las libertades básicas y las otras liberta- des, entonces se ha abandonado por completo la noción de un derecho general a la libertad como tal. Si no tenemos de- recho a las libertades básicas porque sean casos en los cua- les, de alguna manera, el bien que es la libertad está espe- cialmente en juego, sino porque un ataque a las libertades básicas nos lesiona o nos disminuye de alguna manera que trasciende el impacto que tenga sobre la libertad, entonces a lo que tenemos derecho no es, en modo alguno, a la liber- tad, sino a los valores, intereses o reputación que resultan lesionados por esa restricción en particular.

Lo que hay aquí no es simplemente una cuestión termi- nológica. La idea de un derecho a la libertad es un concepto erróneo que hace un flaco servicio al pensamiento político, de dos maneras por lo menos. Primero, la idea crea una falsa

vida, y de actuar de acuerdo con ellas. El gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto. No debe distribuir bienes u oportunidades de manera desigual, basándose en que algunos ciudadanos tienen derecho a más porque son dignos de mayor consideración. No debe restringir la libertad sobre la base de que la concepción que tiene un ciudadano de lo que es la vida de un grupo es más noble que la de otro o superior a ella. Tomados en conjunto, estos postulados enuncian lo que podríamos llamar la concepción liberal de la igualdad; pero lo que enuncian es una concepción de la igualdad, no de la libertad soberana de la teoría política, dentro de un estado al que se supone gobernado por la concepción liberal de la igualdad, es la cuestión de cuáles son las desigualdades en bienes, oportunidades y libertades que se permiten en un estado tal, y por qué. El comienzo de una respuesta parte de la siguiente distinción. Cada uno de los ciudadanos goberna por la concepción liberal de la igualdad tiene derecho a igual consideración y respeto. Pero hay dos derechos diferentes que podrían ser abarcados por ese derecho abstracto. El primero es el derecho a igual tratamiento, es decir, a la misma distribución de bienes y oportunidades que tenga cualquier otro o que le haya sido otorgada. La Suprema Corte, en los «*Reapportionment Cases*» [casos de redistribución], sostuvo que los ciudadanos tienen derecho a igual tratamiento en la distribución del poder de votación; sostuvo que a un hombre debe acordarse un voto, pese al hecho de que en realidad, una distribución diferente de los votos podría favorecer el bienestar general. El segundo es el derecho a ser tratado como igual. Es el derecho, no a la igualdad consideración de algún bien u oportunidad, sino el derecho a igual consideración y respeto en las decisiones políticas referentes a la forma en que han de ser distribuidos tales bienes u oportunidades. Supongamos que se plantea la cuestión de si una política económica que perjudica a los obligacionistas a largo plazo podría, de hecho, favorecer el interés general. Los que resultarían perjudicados tienen derecho a que su pérdida prevista sea tenida en cuenta al decidir si la política en cuestión sirve al interés general; no es permisible que al hacer el cálculo se los ignore sin más ni más. Pero cuando se tiene en cuenta su interés puede resultar que tenga menos peso que los intereses de otros que se beneficiarían con esa política, y en ese caso su derecho a igual consideración y

dida de tales libertades no impresionaría como especialmente dolorosa. La segunda, que nos falta una teoría psicológica capaz de justificar y explicar la idea de que la pérdida de las libertades civiles, o de alguna otra libertad determinada, implica un daño psicológico inevitable, ni siquiera probable. Por el contrario, en la psicología actual hay una persistente tradición, encabezada por psicólogos como Ronald Laing, que sostiene que buena parte de la inestabilidad mental en las sociedades modernas puede adscribirse a la demanda de demasiada libertad y no a la [existencia] de demasiado poca. Según ellos, la necesidad de elegir que se sigue de la libertad es una fuente innecesaria de tensión destructiva. Esas teorías no son necesariamente convincentes, pero mientras no podemos estar seguros de que se equivocan, no podemos suponer que la psicología demuestre lo contrario, por más atrevido que tal cosa pudiera ser por razones políticas.

Por ende, si queremos defender la existencia de un derecho a ciertas libertades, debemos buscar otro fundamento. Debemos sostener, por razones de moralidad política, que esta mal privar a los individuos de tales libertades, por alguna razón aparte del daño psicológico directo y pese al hecho de que al hacerlo se pudiera servir al interés común. Lo expreso de manera tan vaga porque no hay razón para suponer, por anticipado, que sólo una clase de razón serviría de base a esa posición moral. Podría ser que una sociedad justa reconociera una diversidad de derechos individuales, fundados unos y otros en consideraciones morales de especies muy diferentes. En el resto de este capítulo intentaré describir solamente un fundamento posible para los derechos. De ello no se infiere que en la sociedad civil, hombres y mujeres tengan únicamente los derechos a los que sirve de base el argumento que presentaré; pero sí se sigue que tienen, por lo menos, estos derechos, lo que ya es bastante importante.

El concepto central de mi argumentación no será el de libertad, sino el de igualdad. Doy por sentado que todos aceptamos los siguientes postulados de moralidad política. El gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su

2. EL DERECHO A LAS LIBERTADES

tado de cosas en que la comunidad como tal, y no solamente ciertos individuos, estará mejor en virtud de la siguiente subdivisión. Los utilitaristas sostienen que la comunidad como tal estará mejor porque (para decirlo en forma aproximada) mayor número de ciudadanos tendrán, en general, más de aquello que quieren, aunque algunos tengan menos. Los argumentos políticos idealistas, por su parte, sostienen que la comunidad estará mejor, no porque en ella habrá más miembros que tengan más de aquello que quieren, sino porque de alguna manera la comunidad se aproximará más a una comunidad ideal, independientemente de que sus miembros deseen o no la mejora en cuestión.

La concepción liberal de la igualdad limita nitidamente la medida en que se pueden usar argumentos políticos idealistas para justificar cualquier restricción a la libertad. No se los puede usar si la idea en cuestión es a su vez objeto de controversia dentro de la comunidad. Las restricciones no se pueden defender, por ejemplo, directamente sobre la base de que contribuyen a [obtener] una comunidad culturalmente evolucionada, independientemente de que la comunidad quiera o no esa evolución, porque un argumento así violaría el canon de la concepción liberal de la igualdad, que prohíbe que un gobierno se base en la afirmación de que ciertas formas de vida son inherentemente más valiosas que otras. En cambio, parecería que los argumentos utilitaristas están a salvo de esta objeción, en cuanto no suponen que ninguna forma de vida sea inherentemente más valiosa que otra, sino que, en cambio, fundamente la pretensión de que son necesarias restricciones de la libertad para alcanzar algún fin colectivo de la comunidad en el solo hecho de que ese es el fin deseado con más amplitud o más intensamente que cualquier otro. Por consiguiente, dentro de los argumentos de política, parece que los utilitaristas no se oponen al derecho fundamental a igual consideración y respeto, sino que, por el contrario, lo encarnan, porque tratan los deseos de cada miembro de la comunidad de forma pareja con los deseos de cualquier otro, sin bonificación ni descuento que refleje la opinión de que ese miembro es más o menos digno de consideración que cualquier otro, ni sus opiniones más o menos dignas de respeto.

Creo que esta apartencia de igualitarismo ha sido la fuente principal del gran atractivo que el utilitarismo como filosofía política general, ha tenido durante el último siglo. Sin

respeto, así definido, no constituiría una objeción. Por ende, en el caso de la política económica podríamos decir que los que se vean perjudicados si se permite la inflación tienen derecho a ser tratados como iguales al decidir si esa política sirve al interés general, pero no tienen un derecho a igual tratamiento que proscriba esa política aunque haya pasado esa prueba.

Sugiero que el derecho como igual debe ser considerado fundamental dentro de la concepción liberal de la igualdad, y que el derecho —mas restrictivo— a igual tratamiento sólo es válido en aquellas circunstancias especiales en que, por alguna razón especial, se sigue del derecho más fundamental, como quizá sucede en la circunstancia especial de los «*Reapportionment Cases*». Propongo también que los derechos individuales a diferentes libertades sólo deben ser reconocidos cuando se puede demostrar que el derecho fundamental a ser tratado como igual los exige. Si esto es correcto, entonces el derecho a diferentes libertades no entra en conflicto con ningún supuesto derecho concurrente a la igualdad, sino que, por el contrario, se sigue de una concepción de la igualdad reconocidamente más fundamental.

Ahora debo demostrar, sin embargo, de qué manera se puede considerar que esa concepción fundamental de la igualdad exige los conocidos derechos a diferentes libertades; por ejemplo, las establecidas en la constitución de los Estados Unidos. En función de lo que ahora me interesa, sólo intentaré hacerlo presentando un esquema del argumento, más elaborado, que habría que formular para defender sobre esta misma base cualquier libertad en particular, y después demostraré por qué sería factible esperar que un argumento así pudiera fundamentar, si se lo formulara, las libertades políticas y civiles más conocidas.

Un gobierno que respete la concepción liberal de la igualdad sólo puede restringir la libertad cuando se lo permitan ciertos tipos de justificación muy limitados. Con el fin de aclarar este punto adoptaré una tipología muy aproximada de justificaciones políticas. Hay, primero, argumentos de principio, que fundamentan una determinada restricción de la libertad basándose en el argumento de que ésta es necesaria para proteger el derecho de algún individuo que sería lesionado por el ejercicio de la libertad. En segundo lugar están los argumentos políticos, que basan las restricciones sobre un fundamento diferente: que son necesarios para alcanzar algún objetivo político global, esto es, para realizar algún es-

nas, pero una vez más, no son menos auténticas, ni menos fuente de placer cuando se las satisface, y de disgusto en el caso contrario, que las preferencias puramente personales. También aquí, sin embargo, si se tienen en cuenta estas preferencias externas para justificar una restricción de la libertad, aquellos a quienes se restringa sufrirán, no simplemente porque sus preferencias personales hayan perdido en una competencia con las preferencias personales de otros por escasez de recursos, sino precisamente porque otros desprecian su concepción de lo que es una forma de vida propia o deseable.

Estos argumentos justifican la siguiente — e importante — conclusión. Si se han de usar argumentos políticos utilitaristas para justificar restricciones a la libertad, se ha de tener cuidado de asegurarse de que los cálculos utilitarios sobre los cuales se basa el argumento sólo atiendan a preferencias personales e ignoren las externas. Esta es una conclusión importante para la teoría política porque demuestra, por ejemplo, por qué los argumentos que usa John Stuart Mill en *On Liberty* no son contra-utilitaristas sino, por el contrario, argumentos puestos al servicio de la única forma defendible de utilitarismo.

Por más importante que sea esta conclusión en el nivel de utilitarismo.

La filosofía política, sin embargo, es en sí misma de limitada importancia práctica, porque será imposible idear procedimientos políticos que discriminen con exactitud entre las preferencias personales y las externas. En general se piensa que la democracia representativa es la estructura institucional más adecuada, en una sociedad diversa y compleja, para la identificación y el logro de objetivos utilitaristas. En cuanto a esto, su funcionamiento es imperfecto, por la conocida razón de que un enfoque mayoritario no es capaz de tener lo suficientemente en cuenta la intensidad — a diferencia de la cantidad — de las preferencias particulares, y porque las técnicas de persuasión política, respaldadas en el dinero, pueden corromper la precisión con que los votos representan las auténticas preferencias de quienes los han emitido. Sin embargo, y pese a estas imperfecciones, parece que la democracia fuera capaz de imponer el utilitarismo de manera más satisfactoria que cualquier otra alternativa política general. Pero la democracia no puede discriminar, dentro de las preferencias globales que la votación revela imperfectamente, los diferentes componentes personales y externos, de manera tal que se llegue a un método para hacer valer los primeros

embargo, en el capítulo 9 señale que el carácter igualitario de un argumento utilitarista suele ser ilusorio. Aquí no repitire la argumentación, sino que me limitaré a resumirla. Los argumentos utilitaristas se detienen en el hecho de que una determinada restricción de la libertad hará felices a más personas, o satisfará más preferencias de mas gente, según que lo que esté en juego sea un utilitarismo psicológico o preferencial. Pero un análisis más detallado permitirá ver que la preferencia general de la gente por una política y no por otra incluye tanto preferencias que son *personales*, por que enuncian una preferencia del individuo porque le sean asignados tales o cuales bienes u oportunidades, como preferencias que son *externas*, porque enuncian la preferencia de que tales o cuales bienes y oportunidades sean asignados a otros. Pero un argumento utilitarista que asigne un peso crítico a las preferencias externas de los miembros de la comunidad no será igualitario, en el sentido en que lo entendemos; no respetará el derecho de cada uno a ser tratado con igual consideración y respeto.

Supongamos, por ejemplo, que cierto número de individuos en la comunidad sostienen teorías políticas racistas, más bien que utilitarias. No creen que cada hombre ha de contar como uno y que nadie ha de contar más que como uno en la distribución de los bienes, sino más bien que un negro ha de contar como menos y, por consiguiente, un blanco como más de uno. Es una preferencia externa, pero no obstante es una auténtica preferencia por una política más bien que por otra, y la satisfacción de tal preferencia proporcionará placer. Sin embargo, si a esta preferencia o placer se le asigna el peso normal en un cálculo utilitario, y de acuerdo con ello los negros sufran, entonces su propia asignación de bienes y oportunidades dependerá, no simplemente de la concurrencia entre preferencias personales en la cual hacen pensar los enunciados abstractos del utilitarismo, sino precisamente del hecho de que a ellos se los considera menos dignos de consideración y respeto que a otros.

Supongamos, para tomar un caso diferente, que por razones morales muchos miembros de la comunidad desaprueban la homosexualidad, o los anticonceptivos, o la pornografía o las expresiones de adhesión al partido comunista. No sólo prefieren no dedicarse ellos mismos a esas actividades; quieren que nadie más lo haga, y creen que una comunidad que permite esos actos en vez de prohibirlos es, esencialmente, una comunidad peor. También éstas son preferencias exter-

des debe basarse sobre aquellas preferencias globales en la comunidad, de las cuales, por nuestro conocimiento general de la sociedad, sepamos que probablemente contienen — en forma de teorías políticas o morales — amplios componentes de preferencias externas que el proceso político no puede discriminar y eliminar. Como ya dije, en este momento no me propongo presentar los argumentos que habría que formular en defensa de determinados derechos a la libertad, sino solamente mostrar el carácter general que podrían tener tales argumentos.

Quiero, sin embargo, mencionar un supuesto derecho que podría resultar cuestionado por mi argumentación general; se trata del pretendido derecho individual al libre uso de la propiedad. En el capítulo II sostuve el argumento, popular en ciertos sectores, de que es incongruente que los liberales defiendan, por ejemplo, la libertad de expresión y no cedan también alguna especie de derecho paralelo referido a la propiedad y su uso. El argumento podría tener fuerza si la pretensión de que tengamos derecho a la libertad de expresión dependiera de la proposición, más general, de que tenemos derecho a algo que se pueda llamar libertad sin más ni más. Pero esa idea general es insostenible e incoherente; no hay nada que sea un derecho general a la libertad. La defensa de cualquier libertad específica determinada puede, por consiguiente, ser del todo independiente de la defensa de cualquier otra, y no hay incongruencia — ni siquiera inverosimilitud — antecedente en defender una de ellas al tiempo que se cuestiona la otra.

¿Qué se puede decir, sobre la base de la teoría general de los derechos que propongo, en favor de un derecho particular a la propiedad? ¿Qué se puede decir, por ejemplo, en favor del derecho a la libertad de contratación sostenido por la Suprema Corte en el famoso caso *Lochner*, y del cual más tarde se arrepintió no solamente la Corte, sino los liberales en general? No se me ocurre ningún argumento [en virtud del cual] una decisión política de limitar semejante derecho, tal como lo limitaron las leyes de salarios mínimos, esté en condiciones por sus antecedentes de dar lugar a preferencias externas, y de esa manera lesionar el derecho a igual consideración y respeto de aquellos cuya libertad se ve recortada. Si, como creo, no es posible formular tal argumento, entonces el pretendido derecho no existe; en todo caso, no puede haber incongruencia alguna en negar que exista al mismo tiempo que se defiende el derecho a otras libertades.

en tanto que se ignoren los últimos. En una elección o un referéndum, se ha de interpretar un voto como representación de una preferencia global, y no como un componente de dicha preferencia que, si el tiempo y el dinero lo permitiesen, sería revelado por un hábil y minucioso interrogatorio del votante. Además, en ocasiones las preferencias personales y externas se combian tan inextricablemente que la discriminación es imposible, tanto psicológica como institucionalmente. Así sucederá, por ejemplo, con las preferencias de muchas personas por asociarse con miembros de una raza determinada, o con gente de un talento o condición más bien que de otra, ya que estas preferencias personales dependen a tal punto de las preferencias externas que es imposible decir, ni siquiera por introspección, qué preferencias personales se mantendrían si se prescindiera de las preferencias externas que les sirven de base. Lo mismo vale para ciertas preferencias abnegadas que se observan en muchos individuos; es decir, partiendo del supuesto, o más bien de la condición, de que otras personas tendrán más. Por más noble que sea, también esta preferencia depende de preferencias externas que asumen la forma de teorías políticas y morales, y que en una argumentación utilitarista defendible no pueden tener más peso que otras, menos arroyentes, que arrastran más bien en el perjuicio que en el altruismo.

Quisiera, ahora, proponer la siguiente teoría general de los derechos. El concepto de un derecho político individual, en el sentido anti-utilitarista fuerte que distinguí antes, es una respuesta a los defectos filosóficos de un utilitarismo que cuenta las preferencias externas, y a la imposibilidad práctica de uno que no lo haga. Tal concepto nos permite distribuir de las instituciones de la democracia política, que hacen valer un utilitarismo general o en bruto, y sin embargo, protegen el derecho fundamental de los ciudadanos a igual consideración y respeto en cuanto prohíben decisiones que, antecedenentemente, parecen haber sido tomadas en virtud de los componentes externos de las preferencias que revela la democracia.

Parece obvia la forma en que se podría usar esta teoría de los derechos en apoyo de la idea, que es el tema de este capítulo, de que tenemos claros derechos a ciertas libertades, como la libertad de expresión y sexuales. Se podría demostrar que cualquier restricción utilitarista a tales libertades

económico es indemnizable, lo único que el público tiene derecho a esperar es que su elección sea sincera y esté tomada en un momento de calma, libre de prejuicios, pasión o fanatismo. Pero no tiene derecho a esperar que haya una única respuesta particular, porque eso supone que hay una única respuesta correcta a la cuestión que debe decidir el fiscal.

Este libro no respeta tan modestos sentimientos. En los capítulos 2 y 3, por ejemplo, me opongo a la popular teoría según la cual los jueces tienen discreción para decidir los casos difíciles. Concedo que, en ocasiones, los principios del derecho están tan bien equilibrados que los que respaldan una decisión en favor del querellante pueden parecer, en conjunto, más débiles a unos juristas y más fuertes a otros. Sostengo que aun así, tiene sentido que cada una de las partes pretenda que tiene derecho a ganar y, por consiguiente, que cada una niegue que el juez tenga discreción para decidir en favor de la otra. En el capítulo 4 describo un proceso de decisión que ejemplifica esa pretensión; pero no sostengo (y de hecho, niego) que tal proceso de decisión haya de conducir siempre al mismo resultado en manos de diferentes jueces. Sin embargo, insisto en que, incluso en los casos difíciles, se puede decir sin riesgo de error que el proceso apuntará más bien a descubrir que a inventar los derechos de las partes en litigio, y que la justificación política del proceso depende de lo solidamente fundada que esté tal caracterización.

De manera que la tesis de que no hay una única respuesta correcta contradice la tesis de los derechos que yo defiendo. Cabe preguntarse si, aparte basarse en la actitud atractiva que mencioné, cuenta con el apoyo de algún argumento. Entre los que se podrían formular, podemos distinguir dos clases de argumentos. La primera de ellas es práctica. Concede, a modo de argumento, que en principio puede haber una única respuesta correcta a un punto jurídicamente controvertible. Pero insiste en que es inútil decir que las partes tengan derecho a esa respuesta, o que un juez tenga el deber de encontrarla, puesto que nadie puede estar seguro de cuál es la respuesta correcta. Suponíamos que apuesto con el lector a que como obra teatral, *Leur* es mejor que *Final de partida*. Aunque ambos apoyemos el objetivismo estético y creamos que, en principio, hay una respuesta correcta a la cuestión, la apuesta no deja de ser una tontería, porque jamás se la podrá resolver a satisfacción del perdedor. Tampoco serviría de nada zanjar la cuestión eligiendo como árbitro a un ter-

?PUEDEN SER CONTROVERTIBLES LOS DERECHOS?

En este último capítulo he de defender los argumentos del libro contra una objeción de amplio alcance y que, si no se refuta, puede ser destructiva. Mis argumentos suponen que frecuentemente hay una sola respuesta correcta a complejas cuestiones de derecho y moralidad política. La objeción responde que en ocasiones no hay una sola respuesta, sino solamente respuestas.

La base de esta objeción es una actitud atractiva, mezcla de tolerancia y sentido común, que se expresa en juicios como los siguientes. Cuando hay discrepancia respecto de si el derecho a la libertad de expresión se extiende al lenguaje insultante, o si la pena capital es cruel y excepcional dentro de lo que por tal entiende la constitución, o si un grupo de precedentes no concluyentes establece un derecho a la indemnización por daños y perjuicios, es tan absurdo como arrogante pretender que de alguna manera, latente en la controversia, hay una única respuesta correcta. Es más prudente y más realista conceder que, por más que algunas respuestas puedan estar palmariamente equivocadas y algunos argumentos ser evidentemente malos, hay un conjunto de vistas objetivas o neutrales, se ha de reconocer como igualmente buenos. En tal caso, la elección de uno de ellos no es más que eso: una elección, y no una decisión impuesta por la razón. Si a un fiscal se le pide que decida si los participantes en un acto de protesta tienen derecho a protestar, o si el daño

pero, que no podría ofrecer más que una tercera opinión personal, opinión que no convencería (por lo menos no debería convencer) a ninguno de nosotros de que estuviera equivo- cado. Lo mismo sucede con un juez enfrentado con un pro- blema jurídico difícil. Aunque haya, en principio, una sola teoría óptima del derecho, y por ende una sola respuesta correcta a un caso difícil, esa respuesta correcta se halla a buen recaudo en el cielo de la filosofía jurídica, tan inacce- sible a los legos como a los juristas y los jueces. Ninguno de ellos puede tener más que su propia opinión, y la del juez no ofrece más garantía de verdad que la de ningún otro. Es fácil rebatir este argumento práctico en favor de la tesis de la «no respuesta correcta». El argumento sostiene que no tiene sentido exigir que un juez intente encontrar la respuesta correcta, aunque ésta exista, porque su respuesta no tiene más probabilidad de demostrar que lo sea, aunque lo sea. Debemos tener cuidado de distinguir las tres cuestiones siguientes. a) ¿Hay alguna vez discrepancia entre juristas razonables respecto de si un litigante en un caso difícil tiene derecho a ganar, incluso después de que se ha llegado a un acuerdo sobre todos los hechos, entre ellos los hechos de la historia institucional? b) ¿Es posible que un litigante tenga derecho a ganar un caso difícil aunque los juristas razonables discrepen tras haberse llegado a un acuer- do sobre todos los hechos? c) ¿Es sensato o justo que el es- tado haga valer la decisión de determinado grupo de jueces en un caso difícil, aun cuando un grupo diferente, igual- mente razonable y competente, hubiera llegado a una deci- sión diferente?

¿Qué relaciones lógicas deben existir entre las respuestas positivas a estas tres cuestiones? El argumento práctico su- pone que una respuesta positiva a la primera de ellas excluye una respuesta positiva a la tercera, aun cuando se haya dado un acuerdo sobre todos los hechos. Pero aquí hay un evi- dente error. Está claro que una respuesta positiva a la se- gunda es necesaria para [dar] una respuesta positiva a la tercera. Si los litigantes en un caso difícil no pueden tener derecho a una decisión determinada, es tan insensato como injusto dejar que el pleito entre ambos sea resuelto por una decisión controvertible (o, para el caso, incontrovertible) so- bre los derechos que tienen. También está claro que una res- puesta positiva a la segunda pregunta no es en sí misma su- ficiente para dar una respuesta positiva a la tercera. Es ne-

cesario también estar convencido de que, aunque la decisión de cualquier grupo de jueces sea fallible y quizá su corrección nunca pueda ser demostrada a satisfacción de todos los de- más juristas, sin embargo es mejor dejar en pie esa decisión que asignársela a alguna otra institución, o pedir a los jueces que decidan basándose en fundamentos políticos o de algu- na otra manera que no les exija [atenerse a] su mejor juicio en lo referente a los derechos de las partes. Pero por su- puesto uno podría convencerse de eso de alguna manera, in- cluso después de haber respondido con un «sí» la primera pregunta. Hay muchas razones (entre ellas, razones perfecta- mente prácticas) para pedir a los jueces que decidan los casos difíciles según su mejor juicio en lo referente a los derechos, aun cuando no se pueda demostrar a satisfacción de todos que tal juicio sea verdad, y aun cuando pueda de hecho ser falso.

El argumento práctico supone que la respuesta a la pri- mera pregunta es decisiva para la tercera. Concedamos una vez más que los derechos pueden ser controvertibles; el argu- mento se basa en ello para insistir en que derechos contro- vertibles no pueden desempeñar papel alguno en la adjudi- ción. Pero el razonamiento es simplista. La tercera cuestión es comparativa. Supongamos (cosa que puede ser cuestiona- ble) que responda con un «sí» a la primera pregunta excluye que se responda con un «sí» a la tercera. Estaríamos más conformes con la tesis de los derechos si no hubiera casos difíciles, pero de ello no se infiere que debamos rechazar la tesis de los derechos si los casos difíciles son inevitables. Todo depende de las alternativas. En el capítulo 4 descubri- mos alternativas y no las encontré atractivas; ninguna de ellas era más práctica ni más confiable que la tesis de los derechos, y todas eran bastante menos justas.

La segunda forma del argumento que debemos conside- rar, que es más bien teórica que práctica, es de mayor peso. Sostiene que la segunda de las tres cuestiones que distingui- mos debe ser respondida por la negativa. Si es inherentemente controvertible que alguna de las partes tenga un especial de- recho político o jurídico, entonces, de acuerdo con este ar- gumento, no puede ser cierto que el litigante tenga tal de- recho.

Para la evaluación de este capítulo, he de considerar si ese argumento es válido para los derechos jurídicos. Sin em- bargo, lo primero que quiero observar es hasta qué punto el argumento teórico condena la práctica ordinaria, no sólo en

«respuesta correcta» a la cuestión que se les plantea. Pero si toman esa proposición como una respuesta negativa a la segunda, y no simplemente a la primera de las tres cuestiones que distingui, entonces su sentido común no hallará sentido en lo que hacen cuando actúan como profesionales, y no como filósofos.

De esto no se infiere, por cierto, que la tesis de la «respuesta correcta» a conceder que una proposición no puede ser verdadera a menos que haya alguna prueba aceptada mediante la cual pueda ser demostrada su verdad, entonces tanto peor para la experiencia ordinaria, incluida la experiencia jurídica ordinaria. Pero felizmente, las cosas son al revés. El argumento teórico no es tan compulsivo que nos obligue a rechazar la experiencia ordinaria. Por el contrario, ni siquiera está claro que signifique la tesis de la «no respuesta correcta», tal como la interpreta el argumento teórico.

2

Supongamos que los jueces de una jurisdicción determinada se reúnen en una convención, cada uno de ellos decidido a seguir la tesis de los derechos y, por lo demás, a decidir casos tal como lo hizo Hércules en el capítulo 4. Acuerdan, por consiguiente, actuar como participantes en una empresa que estipula ciertas condiciones de verdad para las proposiciones de derecho, tales como la proposición de que la pena capital no es en sí misma un castigo cruel y excepcional, o que quienes no sufren más que un daño económico por negligencia pueden ser indemnizados. Se puede afirmar como válida una proposición de derecho si es más congruente que la proposición de derecho contraria con la teoría jurídica que mejor justifica el derecho establecido. Se la puede negar como falsa si es menos congruente con esa teoría del derecho que la contraria. Supongamos que esta iniciativa se lleva a cabo con el éxito habitual de los modernos sistemas jurídicos. Es frecuente que los jueces coincidan en cuanto a los valores de verdad de las proposiciones de derecho, y cuando discrepan, comprenden lo bastante bien los argumentos de sus oponentes como para poder localizar el nivel del desacuerdo y disponer los argumentos en un orden de verosimilitud aproximado.

preguntas de derecho sino también en gran cantidad de otras actividades. Historiadores y científicos, por ejemplo, suponen que lo que dicen puede ser verdad aun cuando esa verdad no pueda ser demostrada de la manera que exige el argumento teórico. Tienen argumentos que respaldan sus juicios y sobre la base de esos argumentos se hacen una opinión y la modifícan. Pero no se trata de argumentos derivados por encadenamientos lógicos incontrovertibles. En el capítulo 4 describí la situación de un árbitro de ajedrez a quien se pide que aplique la regla según la cual los jugadores no han de irritarse irrazonablemente uno a otro. Dije que en esa situación, un árbitro tendría que emitir un juicio sobre el carácter del juego de ajedrez, y que entre árbitros razonables bien podría haber discrepancia sobre la caracterización exacta que podría requerir un problema determinado. Supongamos que, de hecho, dos árbitros discrepan: uno estima (para retomar el ejemplo de inteligencia que excluye la intimidación psicológica, y el otro está en desacuerdo. El argumento teórico sostiene que ninguna de las dos opiniones puede ser verdadera; que a la cuestión no puede haber respuesta, sino solamente respuestas, cada una de las cuales debe ser tan firme como la otra. Pero naturalmente, los dos árbitros que discrepan no pueden considerar el argumento de esa manera, porque semejante análisis deja a cada uno en desacuerdo, y que no hay una prueba que pueda decidir la disputa de manera que el desacuerdo desaparezca. Pero sin embargo, cada uno piensa que su respuesta es la mejor para la cuestión que los divide: si no piensa eso, ¿qué piensa, entonces?

No se agrega nada nuevo al decir que cada uno sabe que su juicio representa más bien una opción que una decisión que le sea impuesta por la razón. Su opción es una opción por (lo que a él le parece) la mejor caracterización; es una opción que le es impuesta por su juicio de manera tan inaplicable cuando el caso es controvertible y otros están en desacuerdo con él, como cuando es fácil y nadie discrepa. Tampoco si eso modificara de alguna manera el carácter del juicio que formula; de hecho, se podría alterar la última opción por eso su sentido ni su valor. Los árbitros podrían aceptar, sobre la base del sentido común, que no hay una

formarse opiniones sobre lo que hacen los participantes. Por otra parte, si alude a alguien que ha recibido la formación reguerrida, pero no ha sido invitado a participar como juez, no está para nada claro por qué esa falta de autoridad ha de afectar a la capacidad de esa persona para formular los juicios que formularía si la tuviera.

De modo que al filósofo lo ponen en un aprieto sus propias capacidades. Y tendrá además otro problema relacionado con lo mismo. Lo que él quiere sostener es que ninguna de las partes, en un caso difícil, tiene derecho a una decisión en su favor. Dira, por ejemplo, que el demandante en el caso de *Spartan Steel* no tiene derecho a indemnización por los daños económicos sufridos, y también que el acusado no tiene derecho a verse liberado de responsabilidad por tales perjuicios. Piensa que la proposición de que una compañía en la situación del acusado es responsable de los daños económicos no es válida, aunque tampoco lo es la proposición de que el acusado no es responsable. Ninguna de las proposiciones es falsa (porque eso haría que la otra fuese verdadera), pero ninguna es verdadera. Tal es, presumiblemente, la consecuencia de la tesis de la no respuesta correcta en lo que se refiere a los valores de verdad de las proposiciones.

Ahora bien, nada de esto parecerá necesariamente extraño ni escandaloso a los jueces de la empresa. Cada uno de estos juicios referentes a los valores de verdad de las proposiciones de derecho es un juicio que, en ciertas condiciones, un juez podría formular sin menoscabo de su sensatez, dentro de las *reglas fundamentales de la empresa*. Supongamos que un juez piense que una teoría del derecho que hace responsable de daños económicos al acusado es exactamente tan defendible como una teoría que lo libera de tal responsabilidad. Las reglas de la empresa, tal como se las ha presentado, reconocen esa situación como posible teórica, y si esa posibilidad se realiza, los jueces no pueden —dadas estas reglas— afirmar ninguna de las dos proposiciones como verdadera ni negarla como falsa. Por consiguiente, en cualquier caso difícil concreto, un juez puede formular, sin desmedro de su sensatez y para ese caso, el mismo juicio que el filósofo formula para todos los casos difíciles.

Podemos llamar juicio «de empate» al que afirma que ninguna de estas proposiciones contrarias es válida, y podemos ahora señalar las siguientes características de los juicios de empate, en cuanto juicios [posibles] dentro de la

Supongamos ahora que un filósofo acude a la convención de jueces y les dice que han cometido un error muy grave: ellos piensan que hay una respuesta correcta para una cuestión jurídica difícil, cuando en realidad no hay una respuesta correcta, sino solamente respuestas. Los jueces se equivocan al pensar que en los casos difíciles alguna proposición jurídica en particular pueda ser verdadera, de manera que su contraria es falsa. Es posible (agrega el filósofo) que la propensión del mito de que hay una respuesta correcta y de que, por ende, los jueces no tienen discreción para decidir los casos difíciles tenga cierto valor político. Pero los jueces deben admitir (entre ellos, por lo menos) que la idea no pasa de ser un mito.

¿Por qué han de dejarse persuadir los jueces por lo que dice el filósofo? Sus argumentos se ven amenazados, para empezar, por las siguientes consideraciones. Supongamos que los jueces convencen al filósofo de que durante el período estándar de tres años concurre a la facultad de derecho, y después, durante varios años, ocupe un cargo en los tribunales. Descubrirá entonces que también él puede formular juicios de la clase que, según cree, se fundamentan en error. Descubrirá que le parece que una teoría determinada del derecho ofrece una mejor justificación del derecho establecido que las teorías concurrentes. Podrá fundamentar con razones esa creencia, aun cuando sepa que para otros esas razones no serán concluyentes. ¿Cómo puede decir que, de acuerdo con argumentos que para él son convincentes, el daño económico puede ser indemnizado, y al mismo tiempo negar que una proposición tal pueda ser verdadera? ¿Cómo puede tener razones para su creencia y, sin embargo, negar que cualquiera puede tener razones para una creencia tal?

Supongamos que el filósofo dice que aunque tiene esas creencias, las tiene solamente porque ha recibido una formación jurídica y se ha incorporado por consiguiente a un grupo cuyos miembros, en virtud de dicha formación, participan en un mismo mito. Y niega que un observador independiente, que no fuera a su vez participante en el grupo, pudiera decidir, por lo menos en los casos controvertibles, que las teorías y juicios de uno de los participantes fueran superiores a los de otro. Pero, ¿a qué alude aquí la idea de un observador independiente? Si alude a alguien que no ha tenido formación jurídica, no es sorprendente, pero tampoco viene al caso, que un observador tal sea incompetente para

conjunto de las que alega el acusado. El juez dirá entonces que, en el momento en que formuló los primeros enunciados, (I) era falso, pero (II), naturalmente, no.

Insisto en la diferencia entre (I) y (II) para destacar el punto que acabo de señalar, que la respuesta llamada de «no respuesta correcta» en cuanto juicio [posible] dentro de la empresa, es un juicio del mismo carácter que las otras dos respuestas disponibles, e igualmente falible. No es una respuesta residual ni una respuesta por omisión, que sea válida automáticamente toda vez que no se cuente con un argumento convincente en favor de alguna otra respuesta, o que se cuente con buenos argumentos en favor de las otras dos respuestas. El juez que formula la afirmación (I) está dando un salto desde su propio análisis a una conclusión que incluye más que el hecho del análisis, tal como un juez que decide en favor del querellante está dando un salto desde el hecho de sus propios argumentos a la conclusión de que son correctos.

Podemos imaginar una empresa en la cual la diferencia entre (I) y (II) esté menos definida. Supongamos que la administración de un hipódromo compra un equipo no tan preciso como sería de desear para fotografiar las llegadas. La administración podría establecer la regla de que si una fotografía tomada con ese equipo es tan imprecisa que no se puede determinar con claridad qué caballo ganó, se ha de considerar que el final fue un empate, pese a que con un equipo de mayor calidad se podría haber establecido un ganador. En ese caso, la proposición de que el equipo no puede distinguir un ganador y la proposición de que no hay un ganador se reducen a la misma. Pero esa no es la empresa que han establecido los jueces. En las reglas de la empresa no hay nada que estipule que lo que impresionó como empate a un juez determinado o a un determinado grupo de jueces sea, por consiguiente, un empate.

(c) Es muy probable que el juicio, emitido por un juez determinado, de que un caso es un empate, y por consiguiente no ofrece «respuesta correcta» dentro de la empresa, sea controvertible. Podemos hablar, sin embargo, de la probabilidad antecedente de que la empresa produzca muchos o algunos casos que sean de hecho empates. Supongamos que el sistema jurídico en que operan los jueces es un sistema jurídico primitivo: hay muy pocos precedentes o estatutos judiciales, y una constitución muy rudimentaria. Es probable, antes de que se produzca cualquier decisión judicial deter-

empresa del juez. a) El juicio de empate es un juicio del mismo carácter que el juicio según el cual una u otra de estas proposiciones contrarias es verdadera y la otra falsa. Podemos concebir que un caso difícil presenta, para cada juez, una escala de confianza que, desde un punto a la izquierda, en el cual el juez confía en que la proposición que favorece al demandante es válida, va pasando por puntos en los cuales cree que dicha proposición es válida, pero cada vez con menos confianza, hasta llegar a un punto a la derecha, en un recorrido cuyos puntos intermedios representan una confianza cada vez mayor en que la proposición que favorece al acusado es válida. Entonces el punto de empate es el punto que se encuentra en el centro de la escala. En un caso difícil los jueces pueden tener una de las tres opiniones siguientes. Algunas pueden pensar que el caso debe situarse en algún punto hacia la izquierda del centro, otros pueden pensar que se lo ha de situar en algún punto hacia la derecha del centro, y algunos pueden pensar que debe situarse precisamente en el centro. Pero el juicio de empate es un juicio positivo del mismo carácter que los otros dos. Es concurrente con ellos, y parte exactamente de los mismos presupuestos epistemológicos u ontológicos (sean los que fueren). Podemos decir que el tercer juicio es un juicio de «no respuesta correcta» si lo entendemos simplemente en el sentido de que ninguna de las otras dos respuestas posibles es correcta; pero el tercer juicio es un juicio que pretende ser la respuesta correcta.

b) Supongamos que un juez en la empresa dice (I) «Ni la proposición de que el acusado es responsable (p) ni la proposición de que no es responsable (—p) es válida». Ello no significa lo mismo que (II) «Yo no veo ninguna diferencia en el conjunto de razones alegadas en defensa de (p) o de (—p)». Un juez que esté en la posición descrita por (II) no puede hacer nada mejor, si debe decidir mientras se halla en esa posición, que hacer valer (I). Incluso puede ser que, para él, (II) cuente como prueba de (I). Pero eso no es lo mismo que decir que (I) y (II) son idénticas. «Me parece que el conjunto de razones alegadas por el demandante es más fuerte» no es lo mismo que «El conjunto de razones alegadas por el demandante es más fuerte»; por ende, y de la misma manera, (II) es diferente de (I). Supongamos que un juez diga (I) y (II), pero luego un colega lo convenga de que en realidad el conjunto de razones que aduce el demandante es más fuerte que el

su afirmación en contra de la opinión de los jueces, tendría que presentar argumentos que establecieran afirmativamente que todos los casos difíciles caerán exactamente en el centro de nuestra escala imaginaria, y una afirmación semejante es tan inverosímil que se la puede dejar inmediatamente de lado.

Si la empresa ha adoptado la instrucción especial que acabamos de mencionar, entonces la afirmación del filósofo puede ser entendida en un sentido más modesto. El hombre podría oponerse a la racionalidad o razonabilidad de tal instrucción, sosteniendo que la probabilidad antecedente de un auténtico empate es lo bastante grande como para que sea absurdo indicar a los jueces que la ignoren. Entonces se ha de enmendar su afirmación: el filósofo no sostiene que no haya respuesta correcta en ningún caso difícil, sino solamente que es irracional estipular que debe haber una respuesta correcta en cada caso difícil. Esta pretensión más modesta, que es una recomendación de que se emiende o modifique la empresa para dejar margen para los empates, merece una consideración, aunque los jueces podrían hacer bien en rechazar tal recomendación si su sistema es lo bastante complejo.

De modo que si tomamos la afirmación del filósofo como una afirmación hecha dentro de la empresa, en cualquiera de estas dos versiones, no es una afirmación que haya de perturbar durante mucho tiempo a los jueces, en cuanto — más bien un ataque en profundidad a la racionalidad misma de la empresa, y como tal se la ha de entender. Pero debemos enfrentarnos ahora con una cuestión decisiva. ¿Hay alguna manera de interpretar la afirmación del filósofo, como *no sea* como una afirmación dentro de la empresa del juez? ¿De qué manera podemos entenderla como una crítica externa de toda la empresa?

Son dos las posibilidades que parecen abiertas. Podríamos tomar la afirmación del filósofo como una afirmación hecha desde el interior de una empresa judicial diferente, que estipula diferentes condiciones de verdad para las posiciones de derecho. O podemos tomarla como una afirmación externa a toda empresa de ese tipo, como una afirmación

minada, que los jueces estimen que varios casos en estas condiciones son empates, y que efectivamente varios casos sean empates. Como hay muy poco derecho establecido, será frecuente que más de una teoría del derecho que sostenga tesis distintas para resolver un caso difícil, ofrezca justificaciones igualmente buenas para el derecho establecido, y que parezca ofrecer justificaciones igualmente buenas a muchos jueces.

Pero supongamos, por otra parte, que el sistema jurídico que administran los jueces esté muy avanzado y que rebose de reglas y prácticas constitucionales, de precedentes y estatutos. La probabilidad antecedente de un empate es mucho menor, es más, bien podría ser tan baja como para justificar una nueva regla fundamental de la empresa que prescriba a los jueces la eliminación de los empates de la gama de respuestas que podría ofrecer. Una instrucción tal no niega la posibilidad teórica de un empate, sino que supone que, dada la complejidad de los materiales jurídicos con que se cuenta, si lo meditan con calma y con tiempo, los jueces llegarán a pensar que, todo sopesado, una u otra de las partes tiene el mejor conjunto de razones alegadas. Esta nueva instrucción será racional si la probabilidad antecedente de error en una decisión judicial parece mayor que la probabilidad antecedente de que algún caso sea, de hecho, un empate, y si hay ventajas de finalidad u otras ventajas políticas que se puedan obtener negando la posibilidad de casos de empate en el derecho. Naturalmente, la instrucción no será racional, sino absurda, si el sistema jurídico no ofrece la complejidad suficiente para justificar semejante cálculo de las probabilidades antecedentes.

Podemos volver, ahora, a la afirmación del filósofo de que los jueces están cometiendo un profundo error al suponer que en cada caso difícil puede haber una respuesta correcta. Si tomamos esta afirmación como una afirmación dentro de la empresa, tal como podría hacerla un juez, la afirmación es casi seguramente falsa. Se reduce a esto: el juicio de empate es necesariamente el juicio correcto en cada caso con un juicio tomado aisladamente, esto es, en cada caso en el cual no se pudiera demostrar una respuesta de manera tal que fuese irracional cuestionarle. Ahora bien (a menos que la instrucción especial de ignorar los empates sea parte de la empresa), todos los jueces concederán que de hecho, algunos casos difíciles pueden ser empates, pero ninguno supondrá que sean todos empates. El filósofo, para fundamentar

ción referente a hechos del mundo real que los jueces, sean para sus proposiciones, deben finalmente respetar. Pero ninguna de estas dos posibilidades serviría de nada a los fines del filósofo.

1) Fácilmente podríamos imaginar una empresa jurídica en la cual el juicio del filósofo — que jamás hay una respuesta correcta en un caso difícil — es perfectamente cierto. Supongamos que un grupo de jueces decidiera observar las siguientes reglas. Se puede afirmar que una proposición de derecho es válida si se la puede derivar del derecho establecido, [referente a] hechos aceptados o estipulados, simplemente por deducción. Se puede negar como falsa una proposición de derecho si su contraria puede ser derivada del derecho establecido, [referente a] hechos aceptados o estipulados, simplemente por deducción. Según esta regla, en cualquier caso difícil, ni la proposición de derecho que favorece al querrelante ni la que favorece al acusado pueden ser afirmadas como válidas, y ninguna puede ser negada como falsa. En cualquier caso difícil, no habrá respuesta correcta en ese sentido.

Pero la empresa que dirigen los jueces que imaginamos no es, evidentemente, esa empresa, de manera que la afirmación del filósofo, por más cierta que pueda ser en alguna otra empresa, para ésta no viene al caso. Ahora bien, el filósofo puede decir que su empresa, la que se acaba de describir, es la empresa jurídica efectivamente vigente, por ejemplo, en Inglaterra y en los Estados Unidos, y que la empresa de los jueces, que yo describí, es puramente imaginaria. En el capítulo 4 sostuve que los sistemas jurídicos vigentes en esos países (y en otros, sin duda) son de hecho muy semejantes a la empresa que aquí he imaginado. Si es así, mal puede sostener el filósofo que su empresa sea más fiel a la realidad. Pero supongamos que yo me equivocaba, y que su empresa se parece más a las que de hecho están funcionando. Suponíamos que el argumento teórico en favor de la tesis de la no respuesta correcta demostraba que, en principio, no podía haber una única respuesta correcta para un caso difícil. Pero ahora el argumento sólo sostiene que, de hecho, los sistemas jurídicos que conocemos reconocen, para las posiciones de derecho, condiciones de verdad que no permiten una respuesta correcta en un caso difícil. Sería una pretensión mucho más modesta, aun cuando fuera verdad, pero no lo es.

2) Supongamos que el filósofo afirma que no habla desde el interior de alguna empresa distinta, con diferentes reglas fundamentales de afirmación y negación, sino que habla del mundo real. Lo que argumenta es que de hecho no puede haber respuesta correcta para un caso jurídico difícil, de modo que si cualquier empresa jurídica adopta reglas que presuponen que si puede haberla, esa empresa está basada en un mito. De lo que él habla no es de una empresa diferente, sino de hechos objetivos que cualquier empresa debe enfrentar, si quiere ser realista.

Pero, ¿qué es esa realidad objetiva? Debe contener derechos y obligaciones, incluso obligaciones y derechos jurídicos, como hechos objetivos, independientes de la estructura y del contenido de los sistemas convencionales. Esa idea es familiar en las teorías del derecho natural, pero es un recurso que sorprende encontrar en manos del filósofo que, en nombre del sentido común, sostiene que no puede haber respuesta correcta en un caso difícil. Después de todo, si los derechos y las obligaciones son parte de un mundo objetivo e independiente, ¿por qué no hemos de suponer que alguien puede tener un derecho aun cuando nadie crea que lo tenga, o cuando nadie pueda demostrar que lo tiene?

De modo que para nuestro filósofo es peligroso afirmar que habla de una realidad jurídica objetiva cuyas condiciones de verdad son independientes de la convención humana. También es peligroso de una manera diferente, en cuanto amenaza con volver incomprendible su afirmación más básica. Su argumento afirma que es posible que ni (p) (El acusado es responsable del daño económico) ni (—p) (El acusado no es responsable del daño económico) sean verdaderas, aun que ninguna de las dos es falsa. ¿Que coherencia puede haber en esto? Si la responsabilidad es cuestión de hechos objetivos, independiente de toda empresa como las que hemos estado describiendo, y si una proposición que afirma un derecho de reivindicación (como (p)) no es verdadera, debe ser falsa.

Solamente podemos encontrar coherencia en la afirmación del filósofo si entendemos que se refiere a las condiciones de verdad especiales de una empresa. Su afirmación sería cierta, como acabo de conceder, en una empresa cuyas condiciones de verdad permitan afirmar o negar una proposición sólo en un caso fácil. Entonces, en un caso difícil, una proposición de derecho no podría ser afirmada como verdadera ni negada como falsa. Su falsedad no se seguiría del fracaso

en una ocasión suponemos que no existe un derecho a indemnización por daños económicos, entonces la proposición que el demandante en un caso tal tiene derecho a reivindicación no es problemática; es simplemente falsa. La proposición comparable es la que afirma que hay actualmente un rey de Francia. Nadie supone que esa proposición no sea verdadera ni falsa. O es falsa (como pensamos la mayoría de nosotros) o (como creen algunos partidarios extremos del *Condé de Paris*) es verdadera.

Que diremos pues, finalmente, a la objeción general que ha sido el tema de este capítulo? Ya no está tan claro que el sentido común o el realismo fundamenten la objeción de que no puede haber una respuesta correcta, sino sólo una variedad de respuestas aceptables, en un caso difícil. El argumento práctico que respalda esa afirmación está equivocado. Al argumento teórico lo contradicen las capacidades de quienes lo formulan, y aparentemente no se lo puede siquiera anunciar de una manera que no difumine sus pretensiones dentro del marco mismo de lo que intenta cuestionar. Algunos lectores no habrán quedado convencidos. Seguramente, *no puede* ser que en un caso auténticamente difícil, una de las partes simplemente se equivoque y la otra simplemente tenga razón. Pero, ¿por qué no? Es posible que la suposición de que una de las partes pueda tener razón y la otra se equivoque esté incorporada en nuestros hábitos de pensamiento en un nivel tan profundo que no podamos negarla coherentemente, por más escépticos o realistas que nos propongamos ser en tales asuntos. Eso explicaría nuestra dificultad para enunciar el argumento teórico de manera coherente. El «mito» de que en un caso difícil hay una única respuesta correcta es tan recalcitrante como afortunado. Ambas condiciones pueden constituirse en argumentos para demostrar que no es un mito.

de su verdad. En la empresa que establecieron nuestros ces (pero sin la instrucción especial que prohíbe los emples), esa condición se mantiene como posibilidad teórica, cuando es reducida la probabilidad de que realmente se produzca en un sistema jurídico muy evolucionado. Si se añade la combinación del fallo en afirmar y el fallo en negar, basado en una predicción de que el fallo de permitir esa combinación no inhibirá, por las razones que he descrito, el funcionamiento de la empresa. Pero sin *algunas* condiciones de verdad especiales, que nos permitan resistir la inferencia de que si una proposición no es verdadera, entonces es falsa, no se puede mantener de ninguna manera la tesis de la no respuesta correcta.

He presentado mucho más detalladamente este mismo argumento en otra parte, y quienes se interesen por la cuestión general de si hay siempre una respuesta correcta a una cuestión de derecho deben remitirse a dicha exposición. Debo mencionar, sin embargo, una posible objeción a esa parte de mi argumento que no fue prevista en aquel análisis, y que apela de manera general a un argumento conocido entre los filósofos del lenguaje, a saber, que las proposiciones sobre entidades inexistentes no son ni verdaderas ni falsas. Hay una tradición que sostiene que la proposición que afirma que el actual rey de Francia es calvo no es ni verdadera ni falsa (aunque también hay una tradición que sostiene que, adecuada mente entendida, esta proposición es simplemente falsa). La proposición referente al rey de Francia no parece una proposición que solamente puede ser entendida dentro de alguna empresa especial como las que hemos considerado, y sin embargo (de acuerdo con una opinión) no es ni verdadera ni falsa. De la misma manera (he oído argumentar), las proposiciones de derecho que no se entiendan como proposiciones dentro de empresas especiales, tampoco son ni verdaderas ni falsas.

Pero la comparación entre proposiciones de derecho en los casos difíciles y proposiciones sobre entidades inexistentes es palmariamente inútil. Si esta última plantea problemas, es sólo porque se entiende que el sujeto de la proposición no existe, y la proposición supone su existencia, en vez de afirmarla. Las proposiciones jurídicas controvertibles afirman o niegan la existencia de un derecho jurídico o de alguna otra relación jurídica. La controversia se da precisamente respecto de si esa aseveración o negación es correcta.