

Objetividad e Interpretación*

OWEN M. FISS**

TRADUCIDO POR JOSÉ MANUEL SIMIÁN***

Resumen: ¿Cuánto, en la interpretación constitucional, depende del valor subjetivo otorgado por los jueces? ¿Dónde queda la objetividad y neutralidad de la ley? Owen Fiss intenta contestar esta pregunta y responder a lo que él describe como el nuevo nihilismo, uno que duda de la legitimidad de la adjudicación, pues el nihilista argumentaría que para cualquier texto –sobre todo la Constitución– existen un sinnúmero de significados posibles, por lo que la interpretación consistirá en escoger uno de aquellos significados, que inevitablemente será expresión de los valores del juez.

El autor argumenta que la discreción de los jueces en la interpretación y la adjudicación es de hecho forzada. Las fuentes de coacción son la existencia de reglas disciplinarias por las que la interpretación del juez puede ser evaluada y que hacen posible la objetividad, y la existencia de una comunidad interpretativa que reconoce estas reglas.

Palabras clave: Nihilismo, Adjudicación, Interpretacionismo.

La adjudicación es interpretación: Adjudicación es el proceso por el cual un juez llega a entender y expresar el significado de un texto legal dotado de autoridad y los valores contenidos en dicho texto.

La interpretación, sea en el campo del Derecho o en el literario, no es una actividad enteramente discrecional así como tampoco una enteramente mecánica. Es una interacción dinámica entre lector y texto, y el significado el producto de tal interacción. Es una actividad que concede un reconocimiento adecuado a las dimensiones objetiva y subjetiva de la experiencia humana; y por tal razón ha surgido

* Artículo originalmente publicado en *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1982, p. 739.

** Sterling Professor of Law, Yale University. Este ensayo se originó en una exposición que realicé el 12 de mayo de 1981 en el Stanford Humanities Center, como parte de sus actividades de inauguración. Estoy agradecido de la generosa hospitalidad del cuerpo académico y los estudiantes de la escuela de Derecho de Stanford y de un número de importantes discusiones que tuvieron lugar ahí y que me ayudaron a entender mejor los temas en este ensayo. Un conjunto de discusiones tuvo lugar en un período anterior con el difunto profesor Yosel Rogat, un buen amigo y un extraordinario intelecto, quien en su incansable batalla con los conductualistas, me inició en la literatura teórica sobre interpretación. Debiera también decir que este ensayo se ha beneficiado de presentaciones en la Sociedad de Filosofía Ética y Jurídica y el Seminario de Estudios Jurídicos en la escuela de Derecho de la Universidad de Pennsylvania; y de los comentarios y colaboración de un gran número de gente: Bruce Ackerman, Jonathan Bennett, Paul Brest, Robert Burt, Marshall Cohen, Robert Fogelin, Charles Fried, Paul Gewirtz, Joseph Halpern, Jane Harden, Thomas Heller, E.D. Hirsch, Jr., Anthony Kronman, Christopher McMahon, Michael Moore, Robert Post, Thomas Scanlon, Peter Strauss, Judith Thomson, Michael Walzer y Susan Wolf. Por sobre todo, estoy agradecido del arte y entendimiento de mi ayudante de investigación, Jordan Flyer (1954-1982). Atesoro los recuerdos de esos maravillosos días y semanas que pasamos hablando acerca de este ensayo durante el verano de 1981. Él ejemplificó lo mejor de su generación y encarnó muchas de mis esperanzas para el futuro.

*** El traductor agradece la revisión y los comentarios de Alejandro Madrazo y Santiago Montt, así como la gentileza del profesor Fiss en autorizar esta traducción.

en décadas recientes como un método atractivo para estudiar toda actividad social.¹ La idea de un texto escrito, el objeto estándar de una interpretación legal o literaria, ha sido expandida para abarcar acciones y situaciones sociales, que son a veces llamadas análogos de texto. En uno de los trabajos más relevantes de este género a la fecha, *Negara* de Clifford Geertz, una ceremonia de cremación balinesa es considerada “el texto”.²

Es evidente que tratar todo como un texto puede ser trivializar la idea de texto, pero el atractivo de la analogía interpretativa emerge del hecho de que la interpretación le otorga un lugar adecuado tanto a la perspectiva del académico como a la realidad del objeto en estudio, así como del hecho de que la interpretación ve la tarea de explicar el significado como la empresa intelectual más importante y básica. Este atractivo es considerable y, como consecuencia, se han tomado libertades respecto de la noción de un texto y se ha aceptado a la interpretación como central a disciplinas que estuvieron alguna vez al borde de rendirse al llamado *ethos* científico, tales como la política y la historia (a pesar de que, de manera interesante, no la economía —ahí la rendición frente a la pretensión de ciencia parece ser completa—). Los conductualistas o científicos sociales difícilmente han abandonado el campo, pero ha surgido una nueva rama humanista y, presionado a definirla, uno hablaría, más que nada, de interpretación.

Recuperar, entonces, una vieja y familiar idea, es decir, que la adjudicación es una forma de interpretación, sería construir puentes entre el Derecho y las humanidades y sugerir una unidad entre las múltiples empresas intelectuales del ser humano. Una consideración adecuada de la función social distintiva de la adjudicación, y de las condiciones que limitan el ejercicio legítimo del poder judicial, requerirá de cuidado en identificar los tipos de textos a ser interpretados y las reglas que rigen el proceso interpretativo; el juez está para leer el texto legal, no la moralidad o la opinión pública, no, si se prefiere, los textos morales o sociales. Pero la unidad esencial entre el Derecho y las humanidades persistiría y la visión del juez sería ampliada.

Un reconocimiento de las dimensiones interpretativas de la adjudicación y del carácter dinámico de toda actividad interpretativa y su capacidad para relacionar de manera constructiva lo subjetivo y lo objetivo profundizará también nuestro entendimiento del Derecho y podría, de hecho, sugerir incluso cómo es el Derecho posible. Podría permitirnos un mejor entendimiento con un nuevo nihilismo, uno que duda de la legitimidad de la adjudicación, un nihilismo que me parece injustificado y poco consistente, pero que está ganando respetabilidad y convocando a un creciente número de importantes y respetados académicos del Derecho, especialmente en derecho constitucional. Le han dado la espalda a la adjudicación e iniciado un romance con la política.³

Este nuevo nihilismo podría reconocer la caracterización de la adjudicación como interpretación, pero luego insistiría que esa caracterización es un engaño. El nihilista argumentaría que para cualquier texto —particularmente un texto tan exhaustivo como la Constitución— hay cualquier número de significados posibles, que la interpretación consiste en elegir uno de esos significados, y que en este proceso de selección el juez expresará inevitablemente sus propios valores. Todo Derecho es poder enmascarado. En este sentido el nuevo nihilismo nos recuerda el realismo jurídico de comienzos del siglo veinte. Éste pretendió también desenmascarar lo que se sostenía era la verdadera naturaleza de la

¹ Ver TAYLOR, *Interpretation and the Sciences of Man*, 25 REV. METAPHYSICS 3 (1971); ver también TAYLOR, *Understanding in Human Science*, 34 REV. METAPHYSICS 25 (1980).

² GEERTZ, *NEGARA: THE THEATRE STATE IN NINETEENTH-CENTURY BALI* (1980) [en adelante citado como *Negara*]; ver también GEERTZ, *Deep Play: Notes on the Balinese Cockfight*, en *THE INTERPRETATION OF CULTURES* 412 (1973).

³ Ver, e.g., BREST, *The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, 90 YALE L.J. 1063 (1981); LEVINSON, *Law as Literature*, 60 TEX. L. REV. (1982); WALZER, *Philosophy and Democracy*, 9 POL. THEORY 379 (1981). Tras las elecciones estadounidenses de 1980 y la impresionante victoria de la derecha, el afecto por la política, que muchos creían pertenecía a las elecciones, fue entregado a los enclaves de los partidos. WALZER, *Democracy vs. Elections*, NEW REPUBLIC, Jan. 3 & 10, 1981, p. 17.

doctrina jurídica, particularmente la doctrina que aisló al capitalismo *laissez-faire* del crecimiento del estado activista y las reformas impulsadas por los Progresistas y los partidarios del New Deal. Vio al Derecho como una proyección de los valores de los jueces.

En las décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, particularmente en los sesenta, en la cima de la era de la Corte Suprema de Warren*, surgió una nueva doctrina judicial para reemplazar la doctrina asociada con el capitalismo *laissez-faire* y que fue finalmente repudiada por la gloriosa revolución de 1937 y la victoria constitucional del New Deal. Abrazó el rol del estado activista y vio a la igualdad en vez de la libertad como el valor constitucional central. Los académicos se volcaron a defender esta nueva doctrina y, al hacerlo, buscaron rehabilitar la idea del Derecho frente al legado realista.⁴ Buscaron demostrar que *Brown v. Board of Education*⁵ era Derecho, no sólo política. Y que también lo eran *Reynolds v. Sims*,⁶ *New York Times v. Sullivan*,⁷ y *Gideon v. Wainwright*.⁸

El nihilismo de hoy es en gran medida una reacción a este esfuerzo reconstructor de los sesenta. Le presta mucha atención al movimiento realista de una era anterior, y coincide con algunos fenómenos contemporáneos —la transferencia completa del poder judicial de la Corte Suprema de Warren a otra institución; una cultura social y política dominada por la privatización de todos los fines; y un nuevo movimiento en la crítica literaria y quizás incluso en la filosofía llamado deconstruccionismo, que expande la idea del texto para abarcar todo el mundo y proclama al mismo tiempo la libertad del intérprete.⁹

I

El nihilismo del que hablo se aferra a la aspiración objetiva del Derecho y la ve como una característica distintiva de la interpretación legal. El juez, nos recuerda el nihilista, no busca sólo una interpretación plausible, sino una objetivamente verdadera. Los jueces no pueden proyectar sus preferencias o perspectivas sobre lo que es correcto o equivocado, o adoptar aquellas de las partes, o del cuerpo político, sino que deben decir lo que la Constitución exige. El asunto no es si la desegregación de las escuelas es buena o mala, deseable o indeseable, para el juez, las partes o el público, sino si la ordena la Constitución. El Derecho —observa el nihilista— aspira a la objetividad, pero su conclusión es que la naturaleza del texto constitucional la hace imposible. El texto es capaz de cual-

* [El período en que la Corte Suprema de Estados Unidos fue presidida por Earl Warren (1953-1969), estuvo caracterizado por fallos sin precedentes en temas como la discriminación racial y los derechos civiles].

⁴ Ver ACKERMAN, *Book Review*, DAEDALUS, Winter 1974, p. 119 (revisando J. Frank, *LAW AND THE MODERN MIND* (1930)).

⁵ 347 U.S. 483 (1954). [Fallo de la Corte Suprema de EE.UU. sobre acciones que solicitaban la admisión de menores de raza negra a escuelas públicas sin segregación. Se decidió que tal separación privaba a los niños pertenecientes al grupo minoritario de iguales oportunidades educacionales, contraviniendo la garantía de igual protección de las leyes de la decimocuarta enmienda de la Constitución.]

⁶ 377 U.S. 533 (1964). [Fallo de la Corte Suprema de EE.UU. sobre la asignación territorial de los asientos de la legislatura de Alabama. Se rechazaron los planes propuestos por la autoridad por no tener relación con la población, siendo, en consecuencia, contrarios a la garantía de igual protección de la decimocuarta enmienda de la Constitución.]

⁷ 376 U.S. 254 (1964). [Fallo de la Corte Suprema de EE.UU. respecto de acción interpuesta por un funcionario público de Alabama en contra del New York Times por una inserción publicada en dicho diario que le habría causado perjuicio. El texto se refería a los abusos cometidos por la policía en contra de activistas de raza negra. La Corte revocó el fallo que originalmente le había otorgado indemnización por considerar que transgredía las libertades de expresión y de prensa garantizadas por la primera y decimocuarta enmiendas de la Constitución.]

⁸ 372 U.S. 335 (1963). [Fallo de la Corte Suprema de EE.UU. sobre el derecho a defensa legal gratuita de un acusado indigente].

⁹ Ver, e.g., BLOOM, DE MAN, DERRIDA, HARTMAN & MILLER, *DECONSTRUCTION AND CRITICISM* (1979). Para una inspirada revisión de este libro, que revela las muchas hebras dentro del movimiento de la deconstrucción, véase DONOGHUE, *Deconstructing Deconstruction (Book Review)*, N.Y. REV. BOOKS, 12 de junio, 1980, p. 37. Para las aspiraciones más filosóficas del deconstruccionismo, ver DERRIDA, *OF GRAMMATOLOGY* (G.C. Spivak trad., 1976).

quier significado posible, y por ello es imposible hablar de una interpretación como verdadera y de otra como falsa. Es imposible hablar del Derecho con la objetividad requerida por la idea de justicia.

El nihilista enfatiza dos aspectos del texto legal al explicar por qué es imposible la objetividad. Uno es el uso del lenguaje general. La Constitución no contiene, por ejemplo, un mandato específico acerca del criterio para distribuir a los estudiantes entre las escuelas públicas, pero dispone que ningún estado “denegará a persona alguna dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes”. No hay mayor especificación respecto de qué se quiere decir con “estado”, “persona”, “jurisdicción”, “protección”, “leyes” o, más importante todavía, “igual”. El potencial de “igual” es impresionante y el nihilista está perplejo frente a él. Un segundo aspecto del texto es su exhaustividad. La Constitución es un texto rico y variado. Contiene una multitud de valores, algunos de los cuales entran potencialmente en conflicto con otros. Promete igualdad y libertad. De hecho, a veces parece contener cualquier valor imaginable, especialmente cuando uno se refiere a disposiciones tales como la cláusula de privilegios e inmunidades del artículo IV o de la decimocuarta enmienda, o la disposición de la novena enmienda que le reserva a la gente los derechos no asignados de otra forma en la Constitución.

Para enfrentarse a este nihilismo, uno debe comenzar por reconocer la generalidad y extensión del texto constitucional y también por insistir que la Constitución no es diferente en este aspecto de un poema o de cualquier instrumento legal. La generalidad y la exhaustividad son aspectos de cualquier texto. A pesar de que la Constitución puede ser más general y abarcar más que un soneto o un contrato, es comparable en este aspecto a un poema épico o a algunas leyes de alcance nacional. Pocas leyes –si acaso alguna– tocan tantas actividades como la propia Constitución (que, después de todo, establece la maquinaria del gobierno) pero muchas, si no todas, contienen valores en conflicto y son en tal sentido exhaustivas. Debiera entenderse también que la generalidad y la exhaustividad no desalientan la interpretación, sino que son precisamente las cualidades que a menudo la provocan. La interpretación es un proceso de generar significado, y una manera importante (y muy común) de entender y expresar el significado de un texto es hacerlo específico y concreto.

Hay algunos teóricos legales que limitarían la interpretación legal a disposiciones constitucionales altamente específicas. Esta escuela, erradamente llamada “interpretacionismo”, pero más propiamente llamada “determinismo textual”, opera con una concepción de la interpretación más bien árida y artificial.¹⁰ Para un interpretacionista sólo un texto específico puede ser interpretado. De esta manera, la interpretación es confundida con la ejecución –la aplicación de un determinado significado a una situación– y sólo carece de dificultades en relación a disposiciones como aquella que requiere que el presidente tenga al menos 35 años. La mayoría de los interpretacionistas, incluyendo al Juez de la Corte Suprema Black, admitirían lo restringido de tal perspectiva y estarían dispuestos a reconocerle un rol a disposiciones menos específicas, como la de libertad de expresión; pero en verdad tales disposiciones difícilmente son obvias en su significado y requieren de interpretación judicial sustantiva para que se les dé el efecto apropiado. ¿Abarca “expresión” las películas, las banderas, los huelguistas, y los gastos de campaña? ¿Qué se quiere decir con “libertad”? ¿Se refiere exclusivamente, como se preguntaba Isaiah Berlin, a la ausencia de restricción o abarca también una capacidad positiva de auto-realización?¹¹

* [“Interpretivism” en el original. De acuerdo al BLACK’S LAW DICTIONARY (8ª ed., 2004), es una doctrina de interpretación constitucional que sostiene que los jueces deben seguir las normas o valores expresamente señalados o implicados por el lenguaje de la Constitución].

¹⁰ Ver, e.g., ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980). El profesor Grey entiende también la interpretación de esta manera restringida. Ver GREY, *Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, 30 STAN. L. REV. 843 (1978); Grey, *Do We Have An Unwritten Constitution?*, 27 STAN. L. REV. 703 (1975).

¹¹ BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, in *FOUR ESSAYS ON LIBERTY* 118 (1969).

Apoyar la interpretación judicial activa de disposiciones específicas y prevenir acerca de la interpretación judicial de disposiciones más generales y potencialmente de mayor alcance, tales como el debido proceso o la igual protección, representa un intento de marcar el límite que no puede ser en sí mismo justificado textualmente. Está motivado en cambio por un deseo –que descansa en la más cuestionable de las premisas– de limitar el rol de los valores constitucionales en el gobierno estadounidense y el rol del poder judicial en expresar dichos valores. Y el límite mismo sería ilógico. Requeriría que se le diera escaso efecto a las protecciones constitucionales exhaustivas mientras se le da completo efecto a las más restringidas. Yo rechazo tal intento de trazar este límite porque rechazo las premisas y el resultado, pero debe enfatizarse que, para los propósitos de este ensayo, la cuestión crucial no es si la interpretación judicial de cláusulas específicas, entendida en cualquier sentido realista, es legítima y la de las cláusulas generales no lo es, dado que, como vimos en el caso de la primera enmienda, ambas requieren de interpretación sustantiva. La cuestión es más bien si cualquier interpretación judicial puede alcanzar la medida de objetividad requerida por la idea de Derecho.

La objetividad en el Derecho connota estándares. Implica que una interpretación puede ser medida respecto de un conjunto de normas que trascienden el punto de vista particular de la persona que ofrece la interpretación. La objetividad implica que la interpretación puede ser juzgada por algo distinto a nuestras propias nociones de corrección. Ella confiere una noción de impersonalidad. La idea de una interpretación objetiva no requiere que la interpretación sea determinada totalmente por alguna fuente externa al juez, sino sólo que esté restringida. Para explicar la fuente de restricción en el Derecho, es necesario introducir dos conceptos adicionales: Uno es la idea de las reglas de disciplina, que restringen al interpretador y constituyen los estándares por los cuales la corrección de la interpretación será juzgada; el otro es la idea de una comunidad interpretativa que reconoce estas reglas como autoritativas.

La idea de interpretación objetiva le da un lugar al rol creativo del lector. Reconoce que el significado de un texto no reside en el texto, como un objeto podría residir en el espacio físico o como podría decirse de un elemento que está presente en un compuesto químico, listo para ser extraído en caso de que uno conozca el proceso correcto; le reconoce un rol a lo subjetivo. Ciertamente, la interpretación es definida como el proceso por el cual el significado de un texto es entendido y expresado, y los actos de entendimiento y expresión acarrear necesariamente fuertes elementos personales. Al mismo tiempo, la libertad del intérprete no es absoluta. El intérprete no es libre de asignarle al texto cualquier significado que desee. Está bajo la disciplina de un conjunto de reglas que especifican la relevancia y el peso que deben asignarse al material (p.e., palabras, historia, intención, efectos), así como por aquellas reglas que definen conceptos básicos y que han establecido las circunstancias procedimentales bajo las cuales debe ocurrir la interpretación.

Las reglas de disciplina pueden variar de texto a texto. Las reglas para la interpretación de un poema difieren de aquellas que rigen la interpretación de material legal; e incluso dentro del Derecho, puede haber diferentes reglas dependiendo del texto –aquellas para la interpretación contractual difieren de aquellas de la interpretación de la ley, y ambas difieren de las usadas en la interpretación constitucional-. A pesar de que el contenido particular de las reglas de disciplina difiere, su función es la misma. Ellas restringen al intérprete, transformando así el proceso interpretativo de uno subjetivo a uno objetivo, y proveen los estándares mediante los cuales puede juzgarse la corrección de la interpretación. Estas reglas no son simplemente estándares o principios sostenidos por jueces individuales, sino que constituyen la institución (la profesión) en que los jueces se encuentran y mediante la cual actúan. Las reglas de disciplina operan de manera similar a las reglas del lenguaje, que restringen a los usuarios del lenguaje, les proveen de los estándares por los cuales juzgar los usos del lenguaje, y constituyen el lenguaje. Las reglas de disciplina del Derecho pueden ser entendidas, tal como ha sugerido mi colega Bruce Ackerman, como una gramática profesional.

Las reglas no son reglas a menos que sean autoritativas, y esa autoridad sólo puede ser conferida por una comunidad. En consecuencia, las reglas de disciplina que rigen una actividad interpretativa pueden ser vistas como definiendo o demarcando una comunidad interpretativa conformada por aquellos que reconocen a dichas reglas como autoritativas. Esto significa, por sobre todo, que la cualidad objetiva de la interpretación es delimitada, finita o relativa.¹² Está delimitada por la existencia de una comunidad que reconoce y se adhiere a las reglas de disciplina usadas por el intérprete y que está definida por su reconocimiento de dichas reglas. La objetividad del mundo físico puede ser más trascendente, menos relativista, a pesar de que la tradición Kuhniana en la filosofía de la ciencia vierte considerable duda sobre esa explicación trivial;¹³ pero tal como ha sido revelado por la referencia al lenguaje y la analogía que he trazado entre las reglas del lenguaje y las reglas de disciplina de la interpretación, lo físico no agota la pretensión de objetividad, ni hace a esta delimitada objetividad de la interpretación un tipo de objetividad secundaria o parasitaria. La objetividad delimitada es el único tipo de objetividad a la cual el Derecho –o cualquier actividad interpretativa– llega a aspirar y la única que nos importa.¹⁴ Insistir en más, buscar la protectora omnipresencia en el cielo,¹⁵ es crear un falso debate.

El nihilismo está también de moda en la crítica literaria actual, donde está representado por aquello a lo que me he referido como el movimiento deconstruccionista.¹⁶ Los deconstruccionistas exaltan la dimensión creativa y subjetiva de la interpretación. Para ellos la libertad interpretativa es absoluta. Los deconstruccionistas rechazan la idea de la objetividad en la interpretación, probablemente incluso la objetividad delimitada de la cual hablo, porque negarían que una comunidad interpretativa posea la autoridad necesaria para conferírsele a las reglas que podrían restringir al intérprete y constituir los estándares de evaluación. El que haya comunidades interpretativas en competencia, y la libertad de los críticos literarios para abandonar una comunidad e integrarse a, o establecer, otra, son considerados por los deconstruccionistas como inconsistentes con la autoritatividad que las reglas necesitan para restringir. La autoridad que depende completamente del acuerdo de sus miembros no es autoridad alguna.

No intentaré controvertir aquí la noción de que los críticos literarios están tan poco restringidos que no puede hacerse defensa alguna de objetividad respecto de ninguna de sus interpretaciones, a pesar de que mi instinto apunta a ser precavidos también respecto de esta forma de nihilismo.¹⁷ Para mis propósitos es suficiente reconocer el aspecto distintivo de la interpretación legal: En el Derecho la comunidad interpretativa es una realidad. Tiene autoridad que conferir porque la pertenencia a ella no

¹² La calidad restringida o relativista del método interpretativo es sugerida por la idea del círculo hermenéutico, que denota los parámetros dentro de los cuales una interpretación logra su validez y está basada en la asunción de que, en algún momento, una interpretación debe hacer una apelación intuitiva al entendimiento común. La idea del círculo hermenéutico es discutida en TAYLOR, *Interpretation and the Sciences of Man*, nota 1 *supra*, pp. 6-13, y descrita vívidamente por Geertz, NEGARA, *supra* nota 2, p. 103, como “un viraje dialéctico”. David Hoy traza un paralelo entre la idea del círculo hermenéutico y la noción de John Rawls del equilibrio reflexivo. Ver HOY, *Hermeneutics*, 47 SOC. RESEARCH 649, 666 (1980).

¹³ Ver T. KUHN, *THE ESSENTIAL TENSION* (1977); KUHN, *THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS* (2a ed. aumentada, 1970).

¹⁴ TAYLOR, *Understanding in Human Science*, *supra* nota 1, pp. 33-37.

¹⁵ La frase pertenece al juez Holmes, *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1916) (opinión disidente) (“*El common law* no es una omnipresencia protectora en el cielo, sino la voz articulada de algún soberano...”), y es a menudo usada para burlarse de la idea de objetividad.

¹⁶ Ver nota 9 *supra* y texto adjunto.

¹⁷ FISS, *IS THERE A TEXT IN THIS CLASS?* (1980). El profesor Fish reconoce la relación creativa que hay entre el lector y el texto, pero ve al lector como miembro de una comunidad interpretativa cuyas instituciones configuran o estructuran su visión del mundo. Sostiene que aquellos que, por alguna razón, comparten los mismos valores y pertenecen así a la misma comunidad interpretativa, pueden juzgar la corrección de una interpretación a pesar de que los estándares pueden cambiar a medida que la comunidad lo hace. La cuestión para la literatura es, sin embargo, si la comunidad interpretativa posee la autoridad necesaria para conferírsele a lo que he llamado las reglas de disciplina. Para una revisión iluminadora de este libro, ver GRAFF, *Culture and Anarchy (Book Review)*, NEW REPUBLIC, 14 de febrero, 1981, p. 36.

depende de un acuerdo. Los jueces no pertenecen a una comunidad interpretativa como resultado de compartir perspectivas sobre asuntos particulares o interpretaciones, sino que pertenecen en virtud de un compromiso en mantener y promover el propio imperio de la ley [*rule of law*]. Pertenecen en virtud de su cargo. Puede haber muchas escuelas de interpretación literaria, pero tal como dijo Jordan Flyer, en la interpretación legal hay sólo una escuela y la asistencia es obligatoria. Todos los jueces se definen a sí mismos como miembros de esta escuela y deben hacerlo así para ejercer las prerrogativas de su cargo. Aun si su compromiso personal con el imperio de la ley fluctúa, la regla sigue actuando en los jueces; aun si el imperio de la ley fracasa en persuadir, puede coaccionar. Los jueces saben que si renuncian a su membresía a la comunidad interpretativa, o niegan su autoridad, pierden su derecho a hablar con la autoridad de la ley.

Nada de lo que he dicho niega la posibilidad de desacuerdo en la interpretación legal. Algunas disputas pueden centrarse en la correcta aplicación de una regla de disciplina. Por ejemplo, puede surgir una disputa sobre una regla que requiere que el intérprete consulte a la historia. Algunos pueden argumentar que el juez no ha comprendido la historia de la decimocuarta enmienda o que está usando un nivel de generalidad que es inapropiado para la interpretación constitucional.¹⁸ Pueden alegar, por ejemplo, que el enfoque no debe centrarse en la existencia de escuelas segregadas en 1868 o en la voluntad de aquellos que redactaron y adoptaron la decimocuarta enmienda en tolerar las escuelas segregadas, sino en el deseo de los redactores de la Constitución [*framers*] de erradicar el sistema de castas y la implicación de ese deseo para la educación segregada hoy en día. Disputas de esta naturaleza son un lugar común, pero representan poca amenaza para la legitimidad de las reglas de disciplina; de hecho, ellas presentan sólo problemas de aplicación.

Otras disputas pueden surgir, sin embargo, e involucrar un desafío a la autoridad o existencia misma de una regla. Algunos jueces o abogados pueden, por ejemplo, negar por completo la relevancia de la historia en la interpretación constitucional.¹⁹ Las disputas de este tipo presentan un desafío más serio a la idea de objetividad que aquellas respecto de la aplicación de una regla, puesto que tales disputas amenazan la fuente de la propia restricción. Debiera recordarse, sin embargo, que en el Derecho hay procedimientos para resolver estas disputas —por ejemplo, pronunciamientos por parte del más alto tribunal y quizás también legislación y enmiendas constitucionales—. La presencia de tales procedimientos y una jerarquía de autoridad para resolver disputas que podrían potencialmente dividir o destruir una comunidad interpretativa es uno de los aspectos característicos de la interpretación jurídica. Uno debiera también ser cuidadoso en no exagerar el impacto de tales disputas. La autoridad de una regla en particular puede mantenerse incluso cuando es discutida, asumiendo que el desacuerdo no es demasiado profundo; la integridad de una comunidad interpretativa puede ser conservada incluso frente a una disputa o desacuerdo respecto a la autoridad de alguna regla de disciplina en particular. La comunidad legal trasciende los bandos; algunos bandos pueden disolverse con el tiempo, mientras que otros pueden llegar a dominar la comunidad.

Tal como la objetividad es compatible con un grado de desacuerdo, debiera enfatizarse que la objetividad es compatible con el error: Una interpretación objetiva no es necesariamente una correcta. *Brown v. Board of Education* y *Plessy v. Ferguson*,²⁰ uno condenando la segregación y el otro aprobándola, pueden ser ejercicios objetivos del poder judicial y, en consecuencia, legítimos, pese a que sólo uno es correcto. Para entender cómo es esto posible, debemos reconocer primero que las interpretaciones legales pueden ser evaluadas desde dos perspectivas, una interna y otra externa.

¹⁸ GUNTHER, *Too Much a Battle With Straw Men? (Book Review)*, WALL ST. J., 25 Nov., 1977, p. 4, col. 4 (revisando R. Berger, *GOVERNMENT BY JUDICIARY* (1977)).

¹⁹ Ver en general BREST, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U.L. REV. 204 (1980).

²⁰ 163 U.S. 537 (1896). [Fallo de la Corte Suprema de EE.UU. que declaró que una ley de Louisiana que ordenaba separación por razas en los trenes no violaba la Constitución mientras se diera acceso a iguales oportunidades: la llamada doctrina de "separados pero iguales"].

Desde la perspectiva interna, los estándares de evaluación son las reglas de disciplina misma, y la autoridad de la comunidad interpretativa es reconocida completamente. La crítica a, digamos, *Plessey v. Fergusson* podría ser que los jueces no entendieron correctamente las reglas autoritativas, o que las pueden haber aplicado mal; los jueces pueden haber fracasado en comprender el ideal de igualdad importado a la Constitución por la decimocuarta enmienda, o haber asumido incorrectamente que la afrenta a la raza negra contenida en el sistema Jim Crow* era auto-impuesta. A pesar de que tal crítica argumenta que la interpretación está equivocada, bien podría reconocer el carácter objetivo de la interpretación sobre la base de la teoría, tomada de Wittgenstein,²¹ de que el desentendimiento es una forma de entendimiento, que un juez podría desentender o aplicar incorrectamente una regla y estar aún constreñido por ella. Una interpretación objetiva pero (legalmente) incorrecta participa de la impersonalidad o un sentido de constreñimiento implicado por la idea de Derecho. No todo error en la adjudicación es un ejemplo de ausencia de Derecho [*lawlessness*].

La perspectiva interna permite otro tipo de crítica en la cual tanto la objetividad como la corrección del fallo pueden ser cuestionadas. La acusación puede ser que el juez no consideró en absoluto reglas de disciplina plenamente reconocidas, tales como aquella que requiere que el juez tome en cuenta la intención de los redactores de la decimocuarta enmienda o aquellas reglas que prohíben al juez dejarse influenciar por animosidades o tendencias personales. Si éstas son las bases de la crítica de la decisión judicial, y es posible que tengan alguna relevancia respecto de *Plessey*, entonces el argumento es que la interpretación es a la vez incorrecta y no objetiva. Imagino que es posible que una interpretación pueda ser a la vez no objetiva y correcta, como cuando un juez decide hacer lo que desea, esto es, nuevamente no considera las reglas de disciplina, y aun en estas circunstancias le da al texto el mismo significado —en un sentido sustantivo— que le daría un juez equitativo y consciente restringido por todas las reglas apropiadas. Tal situación no parece ser de gran importancia práctica, pero ilustra nuevamente la distinción analítica entre la objetividad y la corrección, aun desde la perspectiva totalmente interna. Ambas cualidades surgen exactamente de las mismas reglas: La objetividad se refiere a la fuerza restrictiva de las reglas y a si la acción de juzgar está restringida; la corrección se refiere al contenido de las reglas y a si el proceso de adjudicación y el significado producido por ese proceso concuerdan completamente con ese contenido. Desde la perspectiva interna, la legitimidad depende más de la objetividad que de la corrección; a los jueces se les permite cometer algunos errores.

La perspectiva interna no agota toda la evaluación de la interpretación legal. Alguien que se sitúa fuera de la comunidad interpretativa y cuestiona así la autoridad de tal comunidad y sus reglas pueden proporcionar otro punto de vista. Una crítica desde esta llamada perspectiva externa puede objetar *Plessey* sobre la base de algún principio religioso o ético (p.e., negar la relevancia de cualquier distinción racial) o sobre la base de alguna teoría política (p.e., condenar la decisión porque causará inestabilidad social). En ese caso el juicio no es hecho en términos de Derecho; no importa para nada si la decisión es objetiva. Puede ser Derecho, incluso buen Derecho, pero está errada, ya sea moral o políticamente, o bien desde un punto de vista religioso.

El crítico externo puede aceptar el pluralismo implicado por los adjetivos “legal”, “moral”, “político” y “religioso”, cada uno denotando diferentes estándares de juicio o diferentes esferas de la actividad humana. El crítico externo puede ser capaz de ordenar su vida en una forma que reconozca la validez del juicio legal y que preserve al mismo tiempo la integridad de su visión, basada en estándares no legales, acerca de la corrección de la decisión. Puede rendir al Derecho aquello que es del Derecho. El conflicto no es una necesidad, pero ocurre, como sucedió respecto de la extensión de la esclavitud en la década de 1850 y la legalización del aborto en la década de 1970. El crítico externo tendrá

* [Una ley promulgada o intencionalmente interpretada de manera de discriminar a personas de raza negra. (Black's Law Dictionary, 8^a ed., 2004)].

²¹ WITTGENSTEIN, *ON CERTAINTY* §§ 74, 156 (G. Anscombe & G. von Wright, eds.; D. Paul & G. Anscombe trad., 1969).

entonces que establecer prioridades. Puede moverse hacia enmendar la Constitución o involucrarse en una serie de estrategias menores y más problemáticas diseñadas para alterar los estándares legales, tales como sobrecargar al tribunal de trabajo o promulgar leyes que reduzcan la jurisdicción. En caso de fracasar en ello, sigue siendo libre de insistir que el principio moral, religioso o político prevalece sobre el legal. Puede desacatar.

Uno de los aspectos notables del sistema legal estadounidense es que permite al crítico externo un rango tan amplio de respuestas, y que a lo largo del tiempo –quizás en algunos casos, demasiado tiempo– el sistema legal responde a estas críticas. El Derecho evoluciona. Hay un progreso en el Derecho. Un aspecto igualmente notable del sistema estadounidense es que la libertad del crítico externo para negar al Derecho, y para insistir que sus visiones morales, religiosas o políticas prevalecen sobre la interpretación legal, es una libertad que no es fácilmente ejercida. Se prefiere siempre el cambio endógeno, incluso en el ámbito de lo enteramente intelectual. El crítico externo lucha por trabajar dentro del Derecho, digamos, por medio de enmiendas, nombramientos, o induciendo a la Corte Suprema a reconocer que ha cometido un error. Un ejercicio de la libertad de negar el Derecho, y de insistir en que sus visiones morales, religiosas o políticas prevalecen, requiere que el crítico controvierta la autoridad de la Constitución y la comunidad que ella define, y ésa es una tarea de no poco compromiso. La autoridad del Derecho está delimitada, es cierto, pero tal como reconoció Tocqueville hace más de un siglo, en Estados Unidos esos límites casi no tienen límites.²² El compromiso con el imperio de la ley es casi universal.

II

Ver la adjudicación como interpretación ayuda a detener la caída hacia el nihilismo. Hace al Derecho posible. Podemos encontrar en esta conceptualización un reconocimiento tanto de lo subjetivo como de lo objetivo –el importante rol personal jugado por el intérprete en el proceso de otorgar significado, e incluso la posibilidad de un significado intersubjetivo basado en la idea de reglas de disciplina de una comunidad interpretativa, que legitima esas reglas a la vez que es definida por ellas–.

He explicado cómo la interpretación objetiva se vuelve posible en el Derecho, aun si no es posible en la literatura. Pero quedan por analizar algunos otros aspectos distintivos de la adjudicación: la naturaleza prescriptiva del texto, la pretensión de autoritatividad para la interpretación, y el deseo de eficacia. Estas diferencias parecen negar la unidad esencial entre las vías del Derecho y aquellas de las humanidades, y bien pueden sembrar dudas sobre mi pretensión acerca de la existencia de restricción en el Derecho. La cuestión es si podemos insistir en que la adjudicación es una actividad interpretativa y encontrar que posee todavía un carácter objetivo frente a estas diferencias. Creo que podemos.

A. La Naturaleza Prescriptiva del Texto.

Los textos legales son prescriptivos. A pesar de que presuponen un estado del mundo, y emplean términos y conceptos que son descriptivos o representativos, su propósito no es describir, sino prescribir. Por ejemplo, la declaración en la decimocuarta enmienda de que “[n]ingún Estado (...) denegará a persona alguna dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes” no pretende describir lo que está sucediendo, mucho menos lo que ha sucedido, sino prescribir qué debería suceder. Encarna un valor –igualdad– y yo veo a la adjudicación como el proceso mediante el cual a dicho valor, entre otros, se le dan significado y expresión concretos.

²² DE TOCQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA* 123-32 (Londres, 1838).

Tanto la adjudicación como la moral aspiran a prescribir normas de conducta adecuada. Ambas establecen el ideal. La autoridad última para la moral es alguna concepción del bien. La autoridad última para un fallo judicial es la Constitución, porque el texto encarna valores públicos y establece las instituciones por medio de las cuales dichos valores deben ser entendidos y expresados. Cuando se pide justificar por qué las escuelas de una comunidad deben ser des-segregadas, se hará primero referencia a alguna sentencia de un tribunal inferior, luego a una sentencia de la Corte Suprema, y finalmente a la Constitución misma, porque es la fuente tanto del valor de la igualdad como de la autoridad del poder judicial para interpretar tal valor. El elemento prescriptivo en la adjudicación y los textos legales no impide la interpretación objetiva. Los textos prescriptivos están tan sujetos a la interpretación como los descriptivos. Aquellos que piensen de otra forma pueden apuntar al profundo y extenso desacuerdo que a menudo caracteriza la vida moral —que la gente está en desacuerdo acerca de lo que es correcto y bueno, como, por ejemplo, si la doctrina de separados-pero-iguales* es coherente con la igualdad, o si debiera permitirse al Estado interferir con la libertad de una mujer para abortar. La existencia de este desacuerdo no puede negarse, pero no soy capaz de ver por qué impide la interpretación o es inconsistente con la objetividad.

La interpretación no requiere de acuerdo o consenso, así como tampoco el carácter objetivo de la interpretación legal surge de un acuerdo. Lo que está siendo interpretado es un texto, y la moralidad contenida en dicho texto, no lo que la gente en particular cree que es lo bueno o lo correcto. Un individuo es, como ya he hecho notar, moralmente libre para controvertir la afirmación de la moralidad pública contenida en la Constitución y su interpretación —se puede convertir en un renegado— pero esa posibilidad no niega la existencia o la validez de esa moral o de su interpretación. Ni la objetividad ni la corrección de *Brown v. Board of Education* dependen de la unanimidad de los jueces de la Corte Suprema, y mucho menos de la voluntad de la gente —toda la gente o la mayoría de ella— entonces, o incluso ahora, para estar de acuerdo con dicha sentencia. El test es si tal decisión judicial está de acuerdo con las reglas autoritativas de disciplina. Siendo menos que un desacuerdo que le niega autoridad a la comunidad interpretativa y la fuerza a las reglas de disciplina, el acuerdo es irrelevante para determinar si la decisión de un juez es una interpretación adecuada del Derecho.

Más aun, a pesar de que la celebración del desacuerdo en el campo de la moral se ha convertido en un lugar común, está lejos de ser claro que el desacuerdo sea más extenso en la interpretación de textos prescriptivos que en los descriptivos o representativos: El consenso respecto de una obra de Shakespeare, una novela de Joyce, o un texto histórico de Tucídides no parece más probable de lo que parece en la interpretación de la Constitución. El consenso se hace posible en la interpretación de textos descriptivos o representativos solamente si los trivializamos (p.e., los reducimos a declaraciones como “Hay un árbol en mi patio trasero”). Ese salto es igualmente posible en el tratamiento de textos prescriptivos (p.e., “La igualdad es buena”), a pesar de que no veo valor en insistir en él.

En consecuencia, la naturaleza prescriptiva del texto no debiera ser vista como una barrera para la interpretación objetiva, pero sí tiene un impacto importante en el contenido de las reglas de disciplina, es decir, las reglas mediante las cuales se define al Derecho. Los intérpretes legales están bajo constante presión para guiarse por las restricciones que rigen los juicios morales, porque tanto el Derecho como la moral buscan establecer normas de conducta adecuada y pretenden describir el ideal por conceptos similares, tales como libertad e igualdad. El Derecho toma prestado de la moral (y, por supuesto, la moral del Derecho). El préstamo es sustantivo a veces; más a menudo, procedimental.

Diferentes escuelas de interpretación contemplan diferentes grados de préstamo. La tradición del derecho natural, por ejemplo, exige que el juez le dé a la moral el rol decisivo en la interpretación del texto legal o, para poner el mismo punto de una manera un tanto diferente, que el juez lea el texto

* [Ver nota 20 y texto adjunto].

legal a la luz del texto moral, la llamada “constitución no escrita”.²³ En esta instancia, el préstamo sustantivo sería más pronunciado pero, en la práctica, la tradición del derecho natural nunca ha dominado la teoría jurídica estadounidense. Esa escuela ha sido una facción. Ha sido opacada significativamente por el positivismo jurídico, que enfatiza la distinción analítica entre el Derecho y la moral, entre lo que es legal y lo que es bueno. El positivismo jurídico celebra la “constitución escrita” y enfatiza factores como el uso de palabras particulares o la intención o las creencias de los redactores de la Constitución, todo lo cual tiene poca o ninguna relevancia moral.

El positivismo intenta separar el Derecho de la moral, y mantiene el préstamo sustantivo al mínimo, pero, como he sugerido en mi exposición de la llamada crítica externa, y en mi descripción de las presiones que fuerzan al crítico externo a trabajar dentro del Derecho, la separación nunca será, de hecho, completa. Dos fuerzas modulan el compromiso del positivismo y minimizan así la separación. La primera deriva del hecho que el juez esté intentando darle significado y expresión a valores públicos (aquellos encarnados en el texto legal) y que su entendimiento de tales valores –igualdad, libertad, propiedad, debido proceso, castigo cruel e inusual– está necesariamente moldeado por la moral predominante. El texto moral es un prisma a través del cual entiende el texto legal. La segunda fuerza se relaciona con un dilema intelectual del positivismo: Una insistencia demasiado rígida en el positivismo llevará inevitablemente a cuestionar la autoridad moral última del texto legal –la justeza de la Constitución–.

A los jueces ardientemente comprometidos con el positivismo jurídico se les solicitará en definitiva –tal como les sucedió en los debates sobre la constitucionalidad de la esclavitud antes de la Guerra Civil²⁴ y en respuesta a los esfuerzos judiciales para proteger el capitalismo industrial en el temprano siglo veinte²⁵– justificar la moral pública contenida en ese texto y los procesos mediante los cuales esos valores son expresados. La esclavitud puede estar protegida por la Constitución; también pueden estarlo el capitalismo industrial y la desigualdad de la riqueza y el privilegio que invariablemente produce; pero ¿por qué debemos respetar la Constitución? La respuesta a dicha cuestión no es obvia o fácil de descubrir, porque uno debe trascender el texto y las reglas de interpretación para justificar la autoridad del texto; para justificar la Constitución misma o explicar por qué la Constitución debiera ser obedecida, uno debe moverse más allá del Derecho y hacia la teoría política, si no a la religión. Tal cuestionamiento puede volverse en sí mismo un momento de crisis en la vida de una constitución, y dado que es ocasionado por una insistencia rígida en los principios del positivismo y la separación del Derecho y la moral, los jueces tienen un incentivo para temperar tal compromiso con esa teoría jurídica y leer así el texto moral tanto como el legal. Un juez aprende rápidamente a leer en una forma que evita las crisis.

Un grado más pronunciado de préstamo ocurre al formular las reglas de disciplina que rigen los procesos de interpretación legal. Más que nada, lo que el Derecho toma prestado de la moral son sus procedimientos.²⁶ Una visión de éstos es transmitida por la poderosa imagen de la posición original creada por John Rawls –la de un grupo de gente deliberando tras un velo de ignorancia y logrando un acuerdo sobre los principios de la justicia en una situación que implica divorcio de los intereses, una voluntad de participar en un diálogo racional, y una voluntad de universalizar los principios sobre los

²³ Esta tradición es explorada en los artículos del profesor Grey al cual se ha hecho referencia en la nota 10 *supra*, y también en R. COVER, *JUSTICE ACCUSED: ANTISLAVERY AND THE JUDICIAL PROCESS* (1975).

²⁴ *THE CONSTITUTION A PRO-SLAVERY COMPACT* (W. Phillips ed. 2ª ed., aumentada 1845) (W. Phillips ed. 1ª ed. 1844) (*THE ANTI-SLAVERY EXAMINER* No. 11).

²⁵ BEARD, *AN ECONOMIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES* (1913).

²⁶ Esta es la perspectiva esencial del profesor Lon Fuller y su intento de reformular la tradición del Derecho Natural en términos procedimentales. Ver L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* (ed. rev., 1969).

que se ha logrado acuerdo.²⁷ Rawls estaba hablando de moral, pero podemos ver en el Derecho una insistencia en un conjunto análogo de normas de procedimiento para disciplinar al intérprete: El juez debe situarse con independencia de los intereses de las partes o incluso aquellos del cuerpo político (el requisito de la independencia judicial); el juez debe escuchar quejas que de otra forma preferiría no oír (el concepto de jurisdicción no discrecional) y debe escuchar a todos los que serán afectados directamente por su decisión (las reglas acerca de las partes); el juez debe responder y asumir responsabilidad personal por esa decisión (la tradición del fallo suscrito); y el juez debe justificar su decisión en términos que sean universalizables (el requisito de los principios neutros). Estas reglas reflejan el carácter inherentemente prescriptivo del texto legal y la identidad de los conceptos usados por el Derecho y la moral para describir el ideal.

Estos requisitos procedimentales no son, debemos notar, meras técnicas de administración, que pueden obviarse cuando quiera que surja la necesidad de hacerlo. Son un componente esencial del cuerpo de reglas de disciplina que gobiernan el proceso interpretativo conocido como adjudicación y que constituyen los estándares para evaluar una interpretación legal. La corrección de cualquier interpretación depende de un conjunto de estándares, y en el Derecho dichos estándares están compuestos tanto de normas procedimentales como sustantivas. Esto se debe en parte a la naturaleza prescriptiva del texto y al hecho de que el juez esté intentando declarar el ideal, lo que tiene el efecto de fundir la idea de “corrección” en la de “justeza”: Una interpretación justa se refiere tanto al procedimiento como al resultado. El rol del procedimiento es también atribuible, pese a que quizás en una forma secundaria, a ciertos hechos institucionales. El poder judicial es un organismo coordinado del gobierno, siempre compitiendo, al menos intelectualmente, con otros organismos por el derecho a establecer las normas que rigen la organización política. La pretensión del poder judicial está basada en gran medida en su competencia especial para interpretar un texto como la Constitución, y para hacer específica y concreta la moral pública contenida en ese texto; esa competencia no emerge de las cualidades personales de quienes son los jueces –no se presume que los jueces tengan la sabiduría de los reyes filósofos– sino de los procedimientos que limitan el ejercicio de su poder. Es como si operaran bajo las restricciones de procedimiento de la posición original y obtuvieran de ese hecho un grado de autoridad sobre las otras ramas.

B. La Pretensión de Autoritatividad.

He presentado al juez como un individuo esencialmente involucrado en una actividad interpretativa. He sugerido también una dimensión moral en la interpretación legal –el juez interpreta un texto prescriptivo y, al hacerlo, le da significado y expresión a los valores contenidos en ese texto–. El juez parece ser una combinación de crítico literario y filósofo moral. Pero ésa es sólo parte de la imagen. El juez habla también con la autoridad del Papa.

Algunos críticos literarios aspiran a un tipo de autoridad: No buscan sólo una interpretación plausible, sino la interpretación correcta de un texto. Lo mismo es cierto para los filósofos morales: No expresan simplemente lo que creen es bueno, sino que intentan identificar principios de moralidad que son objetivos y verdaderos. Tanto el crítico literario como el filósofo moral aspiran a un tipo de autoridad que podríamos llamar intelectual, una autoridad que viene de estar en lo correcto en su empresa intelectual. Los jueces también intentan alcanzar autoridad intelectual, pese a que es sólo para complementar la base de autoridad que poseen de otra forma. Las interpretaciones judiciales son obligatorias, sean o no correctas. El fallo de *Brown v. Board of Education* no sólo fue correcto sino que

²⁷ RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* (1971). Una visión similar puede encontrarse en la imagen de Thomas Nagel del individuo luchando para situarse fuera de sí mismo y del mundo, como una forma de alcanzar una perspectiva objetiva. Ver T. NAGEL, *Subjective and Objective*, en *MORTAL QUESTIONS* 196 (1979).

tuvo la fuerza del Derecho; *Plessey v. Ferguson* puede haber estado equivocado, ya sea desde la perspectiva interna o externa, tanto en 1896 como ahora, pero fue obligatorio no obstante.

¿En qué formas la interpretación del juez es autoritativa de una manera única? Hay dos respuestas para esta pregunta. La primera, enfatizada en el trabajo de John Austin²⁸, está basada en el poder: En virtud de las reglas que rigen su conducta, los funcionarios del estado están autorizados a usar el poder a su disposición para obtener el cumplimiento de las interpretaciones judiciales. A veces el poder es empleado sobre el individuo mediante procedimientos de desacato; a veces mediante acusaciones criminales y acción policial; a veces mediante procedimientos civiles incidentales. A veces, como con la des-segregación de las escuelas públicas en Little Rock o la admisión de James Meredith en Ole Miss, el poder es expresado mediante la fuerza bruta —bayonetas, rifles, palos y gas lacrimógeno²⁹. Una interpretación judicial es autoritativa en el sentido de que legitima el uso de la fuerza en contra de aquellos que se niegan a aceptar o a darle efecto al significado contenido en dicha interpretación.

El segundo sentido de la autoritatividad, sugerido por los trabajos de otros positivistas, es decir Herbert Hart³⁰ y Hans Kelsen³¹, no enfatiza el uso del poder estatal, sino una pretensión ética a la obediencia —una pretensión de que un individuo tiene un deber moral de obedecer una interpretación judicial, no por su particular autoridad intelectual (i.e., porque es una interpretación correcta), sino porque el juez es parte de una estructura de autoridad que es bueno mantener. Esta versión de la pretensión de autoritatividad le habla a la consciencia de los individuos y deriva de la virtud institucional en vez del poder institucional. Es la versión más importante de la pretensión de autoritatividad, porque ninguna sociedad puede depender decisivamente de la fuerza para asegurar la obediencia; es también la más tenue. Depende vitalmente de un reconocimiento del valor de la interpretación judicial. Negar la importancia de la Constitución, el lugar de los valores constitucionales en el sistema estadounidense, o la capacidad del poder judicial para interpretar la Constitución, disuelve esta pretensión particular de autoritatividad.

La creencia en la virtud institucional de la interpretación judicial puede provenir de una variedad de teorías. Una teoría enfatiza la importancia de resolver algunas cuestiones sobre los valores públicos con cierta irrevocabilidad mediante procedimientos exclusivos a la judicatura. Otra se centra en lo deseable de mantener continuidad con nuestros valores tradicionales y ve a la adjudicación como el proceso mejor diseñado para promover tal fin. Una tercera teoría enfatiza la necesidad de mantener la estabilidad del sistema político en general junto con el rol del poder judicial en mantener dicha estabilidad. Consideradas en conjunto, o quizás aun por separado, estas teorías tienen suficiente fuerza, al menos en mi mente, para crear una presunción en favor de la autoritatividad de las decisiones judiciales. Cualquier interpretación de un tribunal, ciertamente aquella del más alto tribunal, es autoritativa *prima facie*. Por otro lado, ninguna de estas teorías, consideradas individualmente o en conjunto, pueden asegurar que esta presunción resistirá un fallo que muchos, ya sea operando desde la perspectiva interna o externa, perciban como fundamentalmente errada, un error flagrante. En tal situación, el juez puede ser incapaz de fundamentar su pretensión de obediencia en una teoría de la virtud, pero puede tener que afirmar la autoritatividad que procede del poder institucional del solo poder institucional.

Es importante notar que la pretensión de autoritatividad, ya sea predicada sobre la virtud o el poder, es extrínseca al proceso de interpretación. No surge del acto de interpretación mismo y es suficiente para distinguir al juez del crítico literario o el filósofo moral que deben apoyarse en la mera

²⁸ AUSTIN, *THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED* (Londres 1832); ver también HOLMES, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).

²⁹ Ver en general BAYONETS IN THE STREETS (R. Higham ed. 1969). La historia de los esfuerzos para des-segregar la Universidad de Mississippi está detallada también en *United States v. Barnett*, 330 F.2d 369 (5th Cir. 1963).

³⁰ H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (1961).

³¹ H. KELSEN, *GENERAL THEORY OF LAW AND STATE* (1945).

autoridad intelectual. Más aun, a pesar de que la pretensión de autoritatividad institucional no es lógicamente inconsistente con la interpretación objetiva, sino que más bien la presupone, la cualidad autoritativa de la interpretación legal introduce ciertas tensiones al proceso interpretativo. Crea un fuerte ambiente crítico; provee de incentivos inusualmente fuertes para criticar y defender la corrección de la interpretación. Algo práctico e importante depende de las interpretaciones judiciales. Ellas son vinculantes. La autoritatividad institucional produce también tensiones psicológicas en el intérprete. Oprime y libera al intérprete a la vez.

Desde una perspectiva, la pretensión de autoritatividad actúa como un peso: Crea responsabilidad adicional. La búsqueda de significado es siempre ardua, pero más aun cuando uno se da cuenta de que la interpretación se convertirá en autoritativa. *Brown* debe haber sido una agonía. Los jueces de la Corte Suprema tenían que determinar qué significaba el ideal de igualdad racial y estructurar su relación con la libertad. Esta tarea era suficientemente difícil, especialmente dado el legado de *Plessy v. Ferguson*, pero la dificultad era además compuesta, porque los jueces sabían que estaban fijando además el curso de la nación. Estaban decidiendo de manera autoritativa si más de un tercio de los estados se podrían adherir a su largamente establecido y apasionadamente defendido orden social. La autoritatividad confiere una responsabilidad que es impresionante, probablemente a veces inhabilitante. Parece que al menos en una instancia, cuando el Juez de la Corte Suprema Whittaker tenía que decidir el asunto de la distribución proporcional de los cargos representativos en *Baker v. Carr*³², tal responsabilidad le produjo un colapso nervioso.³³

La perspectiva contrastante está mejor plasmada por el trabajo del Juez de la Corte Suprema Douglas y una célebre intervención judicial que se hizo popular a mediados de los 60s, en la cima de la era de la Corte Warren: “Con cinco votos podemos hacer cualquier cosa”.* Desde esta perspectiva, la pretensión de autoritatividad libera al juez, de una manera peligrosa; éste trabaja sabiendo que sus palabras obligarán, haya o no interpretado correctamente el texto. Esta sensación de seguridad no está completamente bien fundada, porque, como vimos, en tanto el juez alegue autoritatividad basada en la virtud de la institución, la pretensión puede ser superada o derrotada por lo que sea que los otros perciban como un error particularmente serio. Incluso desde la perspectiva del poder, el juez debe reconocer que un abuso serio de la función judicial puede también inclinar al ejecutivo a negarse a usar la fuerza a su disposición para obtener obediencia. (La duda de Eisenhower acerca de emplear las tropas federales en Little Rock es una gran advertencia sobre este punto). Pero estas limitaciones a la pretensión de autoritatividad dependen de una complicada cadena de razonamiento y presuponen los más flagrantes errores, y como tales, solamente circunscriben el sentido de libertad del juez. El hecho de más relevancia es la libertad misma: Una interpretación es obligatoria incluso si es errónea. El juez goza de una protección que no es compartida por el crítico literario o el filósofo moral, y ello podría permitir una indiferencia casual respecto de la integridad de la empresa interpretativa. El impacto de las reglas de disciplina puede opacarse. La búsqueda de significado puede ser menos que completa.

La mención de los jueces de la Corte Suprema Whittaker y Douglas no pretende sugerir que cada dimensión de esta dinámica en conflicto se exprese en una persona diferente. Asumo que el conflicto psicológico que emana de la pretensión de autoritatividad está presente en todos los jueces, quizás todo el tiempo. La existencia de este conflicto no niega el carácter interpretativo de la actividad de juzgar, ni hace tal tarea imposible de ser realizada. El gran juez —tengo muy en mente a Earl Warren— es alguien que puede modular estas tensiones, alguien a quien el espectro de la autoridad disciplinaria y libera al mismo tiempo, alguien que puede trascender el conflicto.

³² 369 U.S. 186 (1962).

³³ Esto es parte del folklore de la Corte Suprema de Estados Unidos y así encontró su camino hacia B. Woodward & S. Armstrong, *THE BROTHERS* 176 (1979).

* [La Corte Suprema estadounidense tiene 9 miembros].

C. La Eficacia y el Elemento del Instrumentalismo.

La pretensión de autoritatividad, tal como la naturaleza prescriptiva del texto, complica y define la naturaleza distintiva de la interpretación legal. Hay una tercera dimensión que informa la tarea del juez y que probablemente juega un rol aun más importante en darle a la interpretación legal su apariencia definitiva: El juez procura ser eficaz. El juez busca interpretar el texto legal y luego transformar la realidad social para que sea conforme a esa interpretación.

El crítico literario se encuentra, sin duda, a menudo ansioso por si su audiencia aceptará su interpretación como la verdadera, y para ese fin pulirá sus habilidades retóricas y participará de las políticas institucionales. Pero las ansiedades personales del crítico literario son elevadas en el Derecho a un deber. El juez debe otorgar una reparación; es parte de la definición de su oficio. El deber de la Corte Suprema en *Brown* era interpretar el ideal de la igualdad racial en términos de realidad concreta e iniciar un proceso que transformaría tal realidad de manera que se conformara al ideal —transformar, como dice el slogan, los sistemas escolares duales en unitarios y no raciales—.

La autoritatividad de la interpretación legal es un ingrediente esencial de este proceso transformativo. Frente a la crisis de Little Rock, la Corte Suprema se sintió obligada a reafirmar la decisión de *Brown* y poner en juego su autoridad. Pero la reafirmación de la autoridad de su interpretación, el logro de *Cooper v. Aaron*³⁴, no produjo por sí mismo la des-segregación de las escuelas. La autoritatividad es una condición necesaria, no suficiente, de la eficacia. La eficacia requiere también de medidas que transformarán la realidad social.

Parte del proceso transformativo implica especificación adicional del significado del texto, una explicación del ideal de igualdad racial en el contexto de un orden social particular: ¿Permite, el compromiso con la igualdad racial, la libertad de elección como método de distribuir a los estudiantes en esta ciudad en particular? ¿Permite un plan escolar de barrio? Las respuestas a estas preguntas dependen en parte de una especificación de los imperativos del ideal de igualdad racial y su relación con otros ideales constitucionales, tales como la libertad. En este aspecto, el proceso de transformación implica también interpretación con, para decirlo así, un ojo en la Constitución y el otro en el mundo —el mundo que fue y el que debería ser—. Pero hay otra dimensión del proceso transformativo que no es considerada propiamente interpretativa: el instrumentalismo. El juez debe saber cómo lograr objetivos específicos en el mundo real.

El significado que el tribunal le da al valor constitucional, en lo general y lo específico, define y estructura el fin a ser alcanzado por este proceso transformacional. El objetivo establecido en *Brown* es des-segregar las escuelas. La cuestión se convierte entonces en una de decidir cómo lograr este objetivo, y al resolver esa cuestión el juez tendrá que hacer ciertos juicios técnicos: escoger las escuelas a parear, diseñar las rutas de autobuses, decidir qué profesores serán reasignados, ajustar el currículum y los horarios de deportes, etc. Puede apoyarse en la iniciativa de las partes y sus llamados peritos para ayudar en estos asuntos, pero al final tendrá que asumir la responsabilidad por los juicios técnicos —el juez debe ser un arquitecto y un ingeniero, rediseñando y reconstruyendo estructuras sociales—.

Ésta es, sin embargo, sólo una faceta del instrumentalismo. Sabemos también, especialmente de la historia de *Brown*, que el juez puede enfrentar un conjunto de obstáculos más profundos y difíciles de controlar en su esfuerzo de darle significado práctico al valor de la igualdad racial: resistencia de parte de quienes deben cooperar para que el significado se convierta en realidad —padres, niños, profesores, administradores, ciudadanos, y políticos—. De manera colectiva y a veces individual, esta gente tiene el poder de frustrar el proceso de reparación. Pueden negarse de maneras a la vez crudas y sutiles

³⁴ 358 U.S. 1 (1958). [La Corte Suprema estadounidense reafirmó la decisión de *Brown* al rechazar solicitudes de suspender los planes de des-segregación en las escuelas de Arkansas debido al conflicto social y político generado por su implementación].

a reconocer la autoritatividad de la interpretación del juez. Pueden boicotear las escuelas, atacar a los estudiantes de la minoría, retirarse del sistema público de escuelas y huir a los suburbios o escuelas privadas, o bien negarse a destinar el dinero necesario para los autobuses.

Frente a esta resistencia, el juez puede refirmar su autoridad, bien mediante proclamar las virtudes de su oficio y el lugar de la judicatura en el sistema político, o empleando el poder a su disposición. Cuando la resistencia es profunda y suficientemente extendida, sin embargo, es probable que tal acción sea vacía e inútil. Entonces el juez debe ser capaz de manejar a su oposición: Debe transformar la resistencia en cooperación. Debe ganarse el apoyo de aquellos a quienes necesita. Debe regatear y negociar. Para tener éxito en sus objetivos de reparación, el juez debe ser tanto un estratega político como un arquitecto social y un ingeniero.

Este viaje hacia el instrumentalismo, quizás simbolizado más vívidamente por la fórmula de “to-da la rapidez deliberada” del segundo fallo de *Brown*,³⁵ podría causar importantes alejamientos del paradigma interpretativo, pues el texto legal no puede informar, en ningún sentido importante, los juicios técnicos y estratégicos que son una parte integral del proceso de reparación. La Constitución establece los valores y establece las instituciones para expresarlo, pero no es una fuente relevante para entender cómo pueden implementarse efectivamente tales valores. No es un manual del tipo que escribiría Maquiavelo. El juez puede, por supuesto, leer otro texto, tal como el leído por los legisladores —la opinión pública— pero no es un texto autoritativo para él. Más aun, no hay razón para asumir que los juicios instrumentales deberían o podrían estar más restringidos por las reglas de disciplina que característicamente rigen la interpretación judicial —por ejemplo, las reglas que le asignan valor al precedente o que requieren diálogo o independencia de la judicatura del proceso político. En efecto, no está para nada claro por qué los juicios instrumentales son confiados a los mismos funcionarios que están a cargo de interpretar el texto constitucional. Cuando mucho, uno puede emplear un argumento de necesidad —los juicios instrumentales deben ser confiados al juez como una forma de preservar la integridad de la empresa de dar significado, porque el significado de un valor deriva tanto de su realización práctica como de su articulación intelectual—.

La preocupación por la eficacia puede tener consecuencias incluso mayores. El instrumentalismo puede llamar no sólo a apartarse del paradigma interpretativo, sino que puede interferir realmente con el proceso interpretativo. Puede hacer que el juez se conforme con algo menor de lo que considera la interpretación correcta. Los obstáculos técnicos y estratégicos para la eficacia pueden hacer al juez más humilde y recordarle que aún con cinco votos no puede hacer cualquier cosa, pues le revelan los límites prácticos de su autoridad; pero siempre está el riesgo de que la humildad pueda ser excesiva. Puede ser incapacitante. Temiendo carecer de la habilidad —la destreza técnica o el poder político— para implementar la respuesta correcta, y decidido a evitar el fracaso, aun si ello significa no hacer nada, el juez puede ajustar tanto la reparación como el derecho subjetivo a aquello que percibe como posible, y ello puede ser considerablemente menos de lo que el texto —el texto apropiado— requiere. Ese miedo puede impulsar al juez a leer un texto menor —la opinión pública— o aun peor, podría llevar al juez a suscribir lo que podría considerarse el axioma del juez Frankfurter —que es mejor tener éxito en no hacer nada que fracasar en hacer algo—. Por dudar que tiene la habilidad de cambiar los *mores* sociales³⁶ o de implementar los planes de des-segregación que involucran tanto a los suburbios como a la ciudad³⁷, el juez puede modificar su lectura de la cláusula de igual protección a modo de producir una interpretación de la igualdad que tolere la separación.

El deseo de eficacia puede, como resultado de esta dinámica, corromper, pero no tiene por qué hacerlo necesariamente. No puede negarse la necesidad de enfrentar situaciones sociales complejas

³⁵ *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955).

³⁶ Ver *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551-52 (1896).

³⁷ Ver *Miliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974).

con medidas de reparación creativas y a menudo complicadas, y luego manipular el poder para hacerlas realidad, pero estas necesidades no provocan indefectiblemente que el juez comprometa la integridad de su interpretación. Un concepto seguro del rol judicial, y las prioridades dentro de tal rol, y un reconocimiento adecuado de la fuente de legitimidad, pueden permitir al juez ordenar y quizás reconciliar labores que de otra forma tenderían a estar en conflicto. El núcleo de la adjudicación, la interpretación objetiva, puede ser protegido de las presiones del instrumentalismo, así como puede ser protegido de las tensiones producidas por la pretensión de autoritatividad. Las múltiples exigencias de la adjudicación a menudo hacen del Derecho un ideal elusivo, parcialmente realizado, porque implican que el juez debe manejar y sintetizar un número de roles dispares y en conflicto —crítico literario, filósofo moral, autoridad religiosa, ingeniero de estructuras, estrategia político—; pero sería un error abandonar el ideal enfrentados a este desafío. La respuesta adecuada es un esfuerzo aumentado, claridad de visión y determinación, no el rendirse.

III

El nihilismo al que me he referido está basado en la premisa de que para cualquier texto hay un número indeterminado de significados posibles y que el intérprete crea significado escogiendo uno de ellos. He aceptado esta premisa, pero he intentado negar el nihilismo mostrando por qué la libertad no es absoluta. He argumentado que las interpretaciones legales están restringidas por reglas que derivan su autoridad de una comunidad interpretativa que a su vez se mantiene unida mediante el compromiso con el imperio de la ley. Puede haber, sin embargo, un nihilismo más profundo al cual todavía no me he referido, y que también parece ser parte del momento actual de la vida intelectual estadounidense.

Para el deconstruccionista hace poca diferencia que un texto sea visto como teniendo todos los significados o ninguno: Ambas ramas del nihilismo le dan libertad al crítico como creador de significado. Mi defensa de la adjudicación como interpretación objetiva asume, sin embargo, que la Constitución tiene algún significado —más específicamente, que el texto encarna los valores públicos fundamentales de nuestra sociedad—. He confrontado al nihilismo que alega que la Constitución significa todo; pero mi defensa no funciona si se suscribe la versión alternativa del nihilismo literario y se la aplica al Derecho. Mi defensa no funciona si se dice que la Constitución no tiene significado, porque no hay teoría de legitimidad que permita a los jueces interpretar textos que en sí mismos no significan nada. La idea de adjudicación requiere que existan valores constitucionales a interpretar, de la misma forma en que requiere que existan restricciones sobre el proceso interpretativo. Careciendo de tal creencia, la adjudicación no es posible, sólo el poder.

Las raíces de esta versión alternativa del nihilismo no me son claras, pero su importancia no puede obviarse. El gran texto público del Estados Unidos moderno, la Constitución, sería vaciado de significado. Sería degradado. No sería ya visto como conteniendo una moral pública a ser entendida y expresada mediante procesos racionales como la adjudicación; sería reducida a un mero instrumento de organización política —distribuyendo poder político y estableciendo los modos a través de los cuales dicho poder será ejercitado. Los valores públicos serían definidos sólo como aquellos esgrimidos por los actuales vencedores en los procesos prescritos por la Constitución; más allá de eso, sólo habría moral individual, o incluso peor, sólo intereses individuales.

Es difícil razonar en contra del nihilismo que se burla de la idea de que la Constitución tenga significado alguno. El asunto parece ser uno de fe, intuición, o quizás sólo de entendimiento. Esta forma de nihilismo parece tan enteramente en contra de la lectura más elemental del texto mismo y contra casi 200 años de historia constitucional que me lleva a preguntarme si puede decirse algo en respuesta. Por otro lado, creo que es imperativo responder, de palabra y de hecho, porque este nihilismo cuestiona el sentido mismo de la adjudicación constitucional; amenaza nuestra existencia social y

la naturaleza de la vida pública como la conocemos en Estados Unidos; y degrada nuestras vidas. Es el más profundo y oscuro de todos los nihilismos. Debe ser combatido y puede serlo, pese a que quizás sólo afirmando la verdad de aquello que está siendo negado: la idea de que la Constitución encarna una moral pública y que una vida pública fundada en tal moral puede ser rica e inspiradora.