

LIBERTAD Y RESTRICCIÓN EN LA
DECISIÓN JUDICIAL:
UNA FENOMENOLOGÍA CRÍTICA

Duncan Kennedy

Notas editoriales de Diego Eduardo López Medina

Este ensayo intenta describir el proceso de la argumentación jurídica tal y como imagino ocurriría si yo fuese un juez al que se le asigna un caso de aquellos que desde el primer momento parece presentar un conflicto entre lo que “la ley”¹ exige y “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”. Ahora bien, si esta descripción se ajusta a la realidad, es muy posible que resulte útil en el momento en el que se quieran evaluar las distintas nociones e imágenes que se tienen de la ley y que suelen figurar en el debate político, en la teoría social y en la discusión jurídica. También puede resultar útil en el momento de evaluar qué cosas enseñan los profesores de derecho a los futuros abogados

1 A lo largo del texto, la expresión “la ley” es utilizada en un sentido amplio, esto es, como el conjunto de reglas jurídicas positivas (contenidas tanto en las leyes en sentido estricto como en otros tipos de normas, como los decretos), principios no escritos, precedentes judiciales, argumentos de conveniencia pública y estereotipos sociales. Se ha optado por esta traducción de *the law* (en lugar de “el derecho”) porque “la ley” es el término utilizado comúnmente por fuera del círculo de expertos en derecho para aludir a lo jurídico (v.gr. en dichos populares tales como “la ley es sólo para los de ruana” o “la ley es dura pero es la ley”). Este sentido coloquial, creemos, es el que mejor preserva el tono del autor del texto.

acerca de la naturaleza de las herramientas que éstos utilizarán más tarde cuando ejerzan. Con todo, será muy poco lo que diga sobre las implicaciones de esta reflexión excepto por un polémico epílogo.**

Tratándose, como se trata, de la fenomenología de la decisión judicial, no veo qué diferencia puede haber en que me aproxime al problema desde esta situación específica antes que desde cualquier otra. Toda la experiencia del derecho es suficientemente similar en su médula como para que, sin importar por donde se comience, el resultado final sea muy parecido. O, quizá, también es posible que no exista una experiencia unívoca y continua de lo que se entiende por legalidad independientemente del papel que se quiera desempeñar y de la posición inicial que se tome frente a cada caso específico. De cualquier modo, de lo que sí estoy convencido es de que es menester comenzar a partir

** La que sigue es la única nota a pie de página que Duncan Kennedy incluye en su texto. Que esta sea la única nota de pie de página no está desprovisto de significado en un ambiente académico donde, para que un artículo sea considerado como "serio" tiene que estar plagado de dicho tipo de notas: "Nota sobre las fuentes: creo que el presente ejercicio es una extensión del proyecto del realismo legal, tal y como lo ejemplifican Felix Cohen, *The Ethical Basis of Legal Criticism*, 41 *Yale L.J.*, 201 (1931), Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (1960) y Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949). La descripción de los materiales legales como un campo abierto a la manipulación está fuertemente influenciada por Wolfgang Kohler, *Gestalt Psychology: An Introduction to New Concepts in Modern Psychology* (Nueva York, 1947), Kurt Lewin, *The Conceptual Representation and the Measurement of Psychological Forces*, 1 *Contributions to Psychological Theory*, 4 (1938), and Jean Piaget, *Play, Dreams and Imitation in Childhood*, traducido al inglés por C. Gattegno y F. Hodgson (Nueva York, 1962). Mi énfasis en la noción de 'trabajo' proviene de Karl Marx, *Economic and Philosophical Manuscripts of 1844-1845*, incluido en *Early Works*, Benton (trad.) (Nueva York, 1975). La concepción general de este artículo así como sus premisas filosóficas se derivan, aunque no siguen al pie de la letra, de la obra de Jean Paul Sartre, *Being and Nothingness*, traducida por Hazel Barnes (Nueva York, 1956) y Jean Paul Sartre, *Critique of Dialectical Reason*, traducido por Alan Sheridan-Smith (Londres, 1976)".

de algún tipo de pormenorización. No me convencen para nada quienes sostienen que se puede hablar sobre la experiencia judicial sin fundamentarse de algún modo en una situación específica figurada.

* * *

Se trata, en nuestro caso, de un juez en un tribunal federal en el distrito de Boston.² Soy bostoniano. Pertenezco más a la élite que gobierna a nivel nacional que a los políticos notables de provincia, de manera que opto por ser un juez federal.³ Pero lo que

- 2 Este ensayo introduce el tercero (y recuérdese que el tres es un número importante en lógica dialéctica) de una lista de jueces imaginarios que han cargado con gran parte del peso en la teoría de la adjudicación jurídica contemporánea. Los dos primeros son creación de Ronald Dworkin en su ensayo *Los casos difíciles*, (Barcelona, Ariel, 1984): por un lado está el juez Herbert que aplica una teoría de la adjudicación basada en los escritos del positivista inglés H.L.A. Hart; por el otro lado, está el juez Hércules, quien funciona como cabeza de turco del mismo Dworkin. En conversaciones privadas con Duncan Kennedy le hice notar que su juez, el contramodelo de juez propuesto por CLS, no tenía nombre. Le propuse que me permitiera usar el nombre *ficticio* de Duncan para referirme a él. Él, por supuesto, no aceptó mi idea. Luego de alguna discusión me sugirió que simplemente lo llamara *Kennedy's judge*, el juez de Kennedy, como en efecto lo haré a lo largo de mis comentarios. Pero esta expresión sirve tanto como un nombre propio como para "reificar" y "mapear" la teoría de la adjudicación de Kennedy dentro de la teoría del derecho contemporánea.
- 3 En el sistema federal de los Estados Unidos hay un sistema doble de cortes: por un lado se encuentran los jueces federales que constituyen la rama judicial del gobierno federal de los Estados Unidos; por el otro lado están los jueces de cada estado particular (*v.gr.* Florida o Massachussets). La composición social de estos cuerpos de jueces es distinta. Por regla general, al menos en los niveles bajos y medios de la jerarquía judicial, es *inmensamente* más prestigioso ser juez federal que estatal. El juez de Kennedy se inserta así en el nivel federal. Dentro de la judicatura federal se distinguen, a su vez, dos clases de jueces: en primer lugar están los "jueces constitucionales", llamados así porque son creados directamente por el artículo III de los Constitución de los EE.UU. Pertenecen a este tipo la Corte Suprema, los Tribunales de Apelación de cada distrito judicial, las Cortes Federales de Distrito y la Corte de Comercio Internacional. Por el otro lado, la

realmente importa, en último término, es que dicho juez —y no una de las partes, un tercero o un aboga-

Constitución en su art. I autoriza al Congreso a crear otras cortes inferiores. Estas son conocidas como "cortes de origen legislativo". El juez de Kennedy pertenece a los jueces constitucionales y ha sido nombrado como juez federal del circuito de Boston. Se trata ciertamente del escalón inferior de la jerarquía, pero su influencia social y profesional no son para nada despreciables. Jerárquicamente el juez de Kennedy está sometido a dos superiores. Por un lado, el Tribunal de Apelaciones de su distrito conoce de los recursos de apelación que se interpongan contra sus sentencias. Por ser juez en Boston, el juez de Kennedy pertenece al 1er. distrito judicial y el tribunal de dicho distrito será su superior jerárquico inmediato. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. también es superior jerárquico del juez de Kennedy. La Corte Suprema, sin embargo, sólo considera un número muy limitado de casos que ella misma selecciona, por razones a veces no siempre predecibles. El recurso ante la Corte Suprema se denomina *certiorari*; por regla general, y dados los pocos casos que llegan ante la Corte Suprema, el juez de circuito no teme que su sentencia sea infirmada por la Corte Suprema. Los jueces federales, por regla general, tienen jurisdicción en *derecho* o *equidad* sobre todas las controversias que se susciten bajo la Constitución, las leyes federales o los tratados que el gobierno federal celebre. (El caso de los trabajadores que se estudia en el presente artículo pertenece a la jurisdicción federal porque implica la aplicación e interpretación de leyes federales). También conocen de procesos relativos a embajadores, cónsules y otros funcionarios públicos, así como casos relativos al derecho marítimo; resuelve casos en los que el gobierno federal sea una de las partes en el proceso, y finalmente, conoce de los casos que surjan entre dos o más estados, entre los ciudadanos de éstos o entre un ciudadano de un estado y otro estado distinto a aquel del cual es originario. Por ser un juez federal, el juez de Kennedy disfruta de ciertas garantías institucionales: su nominación corresponde directamente al presidente de los EE.UU. quien lo presenta al Senado federal para ratificación (mientras que para los demás jueces la nominación es regulada por derecho estatal, no siendo infrecuente el mecanismo de elección popular); su salario no puede ser reducido mientras ocupe el cargo (mientras para los demás jueces los salarios responden a las condiciones de la economía); su nombramiento es vitalicio, y sólo pueden ser removidos de su cargo por serio incumplimiento de sus funciones judiciales (mientras para la mayoría de los otros jueces los nombramientos son por periodos fijos y sometidos a gran inestabilidad política). Es dentro de estas condiciones institucionales donde el juez de Kennedy realizará su "trabajo".

do— es el único responsable por la decisión que se tome en este caso. En otras palabras, examinaré la ley desde la perspectiva de un individuo que tendrá que aplicarla, interpretarla, cambiarla, ponerla en entredicho o lo que fuese menester. Y lo haré en el contexto de una comunidad jurídica y de un público que acatan lo que los jueces de un tribunal federal de distrito ordenan, sin tampoco olvidar nunca que cabe la posibilidad de que mis decisiones sean apeladas ante mis superiores.

El asunto más complejo de esta indagación atañe a la polaridad que se establece entre mi primera impresión respecto a “la ley” en sí y la primera idea que me formo respecto a la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar. Ahora bien, la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar puede obedecer a que he sido sobornado y quiero cumplir con el arreglo; puede también ser producto de lo que yo considero sería el fallo mejor recibido por la comunidad (jurídica o civil) a la que pertenezco o puede también obedecer a lo que sospecho que el tribunal de apelaciones hará en el caso de que mi sentencia sea apelada. Bien puede también fundamentarse en el hecho de que, al juzgar este caso específico, encuentre una peculiaridad relativa a lo que dicta la equidad⁴ que favorece un re-

4 Históricamente, las cortes en Inglaterra tuvieron “poderes de equidad” que consistían en la capacidad de adaptar nuevas soluciones a casos particulares. En este sentido, la palabra tenía un significado muy aproximado al legado por Aristóteles en el Libro V de la *Ética a Nicómaco*, para quien la *epikeia* (equidad) era como una regla lesbia que se ajustaba a los contornos particulares de los nuevos casos. La imagen es útil para entender el concepto: una regla lesbia es aquella que es fabricada con segmentos de madera de igual extensión y que, a ciertos intervalos, posee bisagras entre los segmentos que permiten darle diferentes formas y así medir el perímetro de objetos no lineales. Tales poderes de equidad no eran utilizables en los fallos que las cortes inglesas pronunciaban dentro del *common law*. Se formaron así dos jurisdicciones aparte. En la jurisdicción de *equity* (equidad) los jueces se permitían cierta latitud interpretativa, y asumían en ciertos temas específicos el poder de hacer cumplir obligaciones morales que ante las cortes

sultado distinto al que la ley exige y esto a pesar de que, de modo general, la ley sea en esencia una ley buena y por lo tanto no haya sido una mala opción redactarla de manera tan inflexible que no permitiese ajustarla a tal principio de equidad.

Puede también ocurrir que simplemente no esté de acuerdo con la manera como la ley resuelve en este caso específicas situaciones excepcionales que se pueden presentar, con base en mi convicción de que dicha ley pudo haber sido concebida para que fuese más flexible y así poder regular de mejor manera este caso. Por último, bien puede ser, simplemente, que considero la ley "injusta" en tanto que, si pondero todo el sistema en su justo valor, encuentro que lo mejor sería cambiarla... es decir, considero que esta norma legal es una anomalía. (Más tarde abordaré el problema de las normas que rigen cuando un juez intenta cambiar las normas).⁵

corrientes no eran exigibles. En sentido contemporáneo las soluciones dadas a los casos (*remedies*) se clasifican según su origen y desarrollo histórico (según provengan de *equity* o de *common law*). En los EE.UU., bajo las actuales reglas de procedimiento civil, *equity* y *law* han sido unificados. Dentro del mismo campo semántico se encuentra la expresión *equity of a statute*, expresión con la que se denota el espíritu e intención de la ley legislada, por oposición a la letra estricta de la misma. Al respecto véase *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, R.A., Newton (editor). California Western School of Law, Studies in Jurisprudence, vol. I, Établissements Émile Bruylant, Bruselas, 1973.

- 5 El sistema de precedentes judiciales de los Estados Unidos está basado en la doctrina de *stare decisis*, según la cual los jueces tienen la obligación jurídica de fallar nuevos casos en el mismo sentido en que fueron fallados casos anteriores, siempre que los dos casos sean analogizables en sus hechos relevantes. En ese sentido, una *norma jurídica válida* puede perfectamente ser producida por una sentencia judicial de manera autónoma. En derecho continental, en cambio, la expresión "norma jurídica" (en inglés, *rule*) se reserva fundamentalmente a los pronunciamientos de la rama legislativa del poder público. La doctrina de *stare decisis* no es completamente rígida y bajo ciertas reglas (que son a las que se refiere Kennedy) las *normas* de origen jurisprudencial pueden ser cambiadas mediante un giro radical de la jurisprudencia (*overruling*). Una excelente revisión general del *stare decisis* puede encontrarse en Robert S. Summers, "Precedent in

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

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

* * *

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

the United States", en: *Interpreting Precedents* editado por Robert Summers y Neil McCormick. Para un análisis de *stare decisis* en la adjudicación constitucional puede consultarse con provecho Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 *Columbia Law Review*, 723 (1988).

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

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

la siguiente manera: un grupo de personas avanza por las calles de la ciudad (el natural bloqueo del tránsito es parte de la "manifestación") con pancartas y consignas en las que reclaman del Estado tal o cual prestación. La caminata usualmente se dirige hacia el "centro" de la ciudad, donde están los edificios gubernamentales, y termina de manera simbólica frente a uno de ellos. En los EE.UU., en cambio, durante mucho tiempo se utilizaron (y se sigue haciendo pero con menos frecuencia) como forma de manifestación pública los así llamados *lie-in* y *sit-in*, palabras que designan por sí solas comportamientos políticos reconocibles en el habla corriente. En nuestra traducción, cuando Kennedy utiliza *lie-in* (esto es, el acto de los trabajadores de yacer pacíficamente al frente del garaje de la empresa de buses), hemos traducido "obstrucción de la vía". Cuando los manifestantes se sientan, en lugar de yacer, se denomina *sit-in*. (Un caso famoso son los *sit-in* que los estudiantes de la escuela de derecho de Harvard hicieron frente a las oficinas administrativas exigiendo mayor diversidad racial y política entre los miembros de la facultad. Sus reclamos fueron apaciguados mediante promesas de cambio y firmes amenazas de sanciones académicas). Parte de la respetabilidad de este tipo de protesta proviene de su uso frecuente por parte del *Civil Rights Movement* de Martin Luther King. Ellos, como luego lo hará Kennedy en el texto, subrayaban el carácter pacifista de ese tipo de protesta. Su vinculación, incluso, se remonta a las doctrinas de resistencia pacífica de Ghandi. El caso que aquí narra Kennedy tiene ciertas resonancias, para el lector norteamericano, con muchos de los más famosos episodios de la lucha antirracista: era frecuente, sobre todo en el sur, que activistas de derechos humanos hicieran *sit- o lie-ins* al frente de establecimientos que segregaban a sus clientes negros. Ello, por supuesto, originó un conflicto entre propietarios y manifestantes, en un todo análogo al del caso que Kennedy presenta en el texto. Más interesante aún fue que precisamente la Corte Suprema liberal de aquella época (liderada por Earl Warren), la misma Corte que decidió el famoso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), se pronunciara en favor de la constitucionalidad de estas formas de protesta pública, por ejemplo, en *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964).

La compañía recurre al tribunal federal para obtener una orden judicial restrictiva⁷ en contra de las tácticas del sindicato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* * *

La aparente objetividad inicial de la norma objetable. Utilizo la palabra objetividad aquí para señalar que, desde mi punto de vista, *la aplicación de la norma a este caso* pareciera ser un procedimiento necesario, obligatorio y no discrecional. Tampoco puedo negar que, de existir tal norma, los trabajadores la han violado palmariamente. Esto es tan innegable como que en este momento estoy en Cambridge, Massachusetts, sentado en una silla¹¹ y escribiendo sobre

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

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

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

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

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

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

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

* * *

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

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

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

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

* * *

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

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

rídico" aunque éste no tenga ninguna relevancia sustancial aparente, como por ejemplo algo relativo a las formalidades¹³ que debe cumplir el contrato colectivo entre patrono y trabajadores o algún error en la redacción de la demanda.

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

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

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

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

* * *

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

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

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

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

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

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

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

Entre tanto, sin embargo, puedo jugar cuanto quiera.

* * *

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

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

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

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

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

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

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

* * *

En fin, sigo devanándome los sesos. Creo disponer de buenas máximas para desarrollar un buen argumento jurídico, pero, ¿cuáles son? Una regla jurídica representa un compromiso alcanzado entre dos argumentos de conveniencia pública¹⁶ con concesiones mutuas, de manera que debe existir un área gris en donde los términos del arreglo no son del todo claros. Sin embargo, este caso parece claro. Pero

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* * *

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

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

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

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

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

* * *

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

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

* * *

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

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

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

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

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

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

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

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

* * *

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

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

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

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

* * *

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

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

Es posible aceptar la noción de que la argumentación jurídica no es otra cosa que la manipulación del material jurídico, entendido éste como un medio, y aun así pensar que el medio restringe con bastante fuerza. De manera que una pregunta absolutamente fundamental es la de determinar si existen algunos resultados a los que definitivamente no podríamos llegar siempre y cuando respetemos las reglas internas del juego del razonar jurídico. Se trataría entonces, simplemente, de cosas que no se "pueden construir con ladrillos" o de carteras de seda imposibles de fabricar con piel de cerdo.

Por el momento asúmase lo que se quiera respecto a qué tanto el medio restringe el mensaje. Quizá sólo exista un único resultado jurídico correcto en la mayoría de los casos. O quizá existan algunos resultados a los que sea imposible llegar si uno utiliza razonamientos jurídicos correctos; quizá, incluso, siempre sea posible proponer razonamientos jurídicos viables para justificar cualquier resultado que uno quiera.

Lo que quiero preguntar ahora no es qué tanto restringe la ley sino cómo es que restringe la ley una vez que se le concibe como un medio a través del cual un juez, liberal y activista, busca hacer justicia social. Una vez tengamos esto más claro, habrá llegado la hora de preguntarse, primero, si acaso es posible (algunas veces o siempre) en último análisis, la existencia de un conflicto entre la ley y la sentencia-a-la-que-quiero-llegar y, de ser así, cuál es la naturaleza ética de tal conflicto.

* * *

Así las cosas, mi modelo de lo que significa "estar restringido en derecho" se resume en que la gente (yo como juez) quiere respaldar su preferencia por un resultado específico (en este caso: "no debe expedirse una orden judicial restrictiva contra los trabajadores") argumentando que su expedición "vio-

laría la ley". No entenderíamos cómo este deseo de legalizar mi posición me restringe sin decir algo respecto a por qué, en últimas, quiero legalizar (presentar como ajustada a la ley) mi posición política.

En primer lugar, siento que le he prometido a un público no muy bien definido que "mi decisión estará en conformidad con la ley"²³ y tengo claro que, lo mínimo que puede significar mi anterior compromiso, es que no tomaré ninguna decisión para la que no tenga como fundamento un buen argumento jurídico. (Esta última afirmación no dice nada respecto a cuánto puede llegar a restringirme dicho compromiso en razón de sus méritos o ventajas).

En segundo lugar, muchas personas miembros de mi comunidad me sancionarán drásticamente si no soy capaz de ofrecer un buen argumento jurídico para respaldar mi proceder. Y no se trata simplemente de que revoquen mi argumento y por lo tanto no logre cumplir mi compromiso, sino que, tanto amigos como enemigos, me verán como alguien que ha violado las limitaciones intrínsecas a mi papel y me harán sentir su desaprobación.

En tercer lugar, quiero que mi posición prevalezca. A pesar de que puedo decidir sobre el caso tal y como yo quiera en el sentido de que nadie puede impedir físicamente que yo dicte sentencia en pro de cualquiera de las dos partes, si estoy obligado a respetar la que quiera que sea la reacción del tribunal de apelaciones. Si desarrollo un argumento jurídico sólido, será inmensamente menos probable que revoquen mi decisión.

En cuarto lugar, una vez me involucro en el problema de la argumentación jurídica, puedo llegar a darle forma a los resultados de casos futuros e in-

23 Aquí se abre la muy interesante pregunta sobre qué obligaciones adquiere uno con el ideal de Estado de derecho, *rule of law*, al acceder a cargos de responsabilidad pública, y en especial, a la judicatura. Esta discusión la hará Kennedy más adelante cuando hable del "pacto con el diablo".

fluir en la percepción popular sobre qué tipo de protestas son legítimas... en este caso, por ejemplo, puedo llegar a influir de manera marginal respecto a lo que la gente piensa sobre la interferencia de los trabajadores con los medios de producción durante una huelga.

Quinto, todo eso hace parte de mi proyecto vital de ser un juez liberal y activista. Lo que quiera que haga en este caso repercutirá en mi habilidad para realizar cosas en otros casos, ampliando o reduciendo mi credibilidad jurídica y política así como la reputación de mi destreza técnica frente a los distintos públicos que conocerán del caso.

Sexto, como considero que la argumentación jurídica es una rama de la argumentación ética, por razones personales me interesa saber cómo se ve mi posición una vez trasladada a este medio ético específico.

Puede incluso que logre algunos de estos objetivos, por lo menos a veces, sin que me sea necesario confrontarme con la percepción inicial de que la ley me es adversa. Pero no quiero ser categórico al respecto porque alcanzo a vislumbrar situaciones en las que creo que, sin la menor duda, recurriré a aproximaciones "no jurídicas".²⁴ Aun así, habrá mu-

24 Al interior de CLS se dio un debate que encuentra resonancia en este pasaje del texto. Es un debate típico de la izquierda y puede tener versiones más o menos fuertes. Cuando uno cree (i) que es necesario hacer importantes reformas sociales y (ii) que el *statu quo* tiene *relativo* dominio sobre todas las formas de la cultura, incluido el derecho, resulta necesario preguntarse hasta qué punto es saludable, para la causa de la reforma social, el adoptar el lenguaje de los derechos. Según unos, tal adopción implica adoptar en bloque las estructuras dominantes, imposibilitando así el cambio social; según otros, el derecho no es ideológicamente monolítico y contiene a su interior recursos emancipadores que hay que *trabajar* y extender. Un escrito típico de esta segunda opinión es el de Regina Austin y Sharon Dietrich (cuyo título, por cierto, resume todo): "Employer Abuse of Low-status workers: The Possibility of Uncommon Relief from the Common Law, en: *The Politics of Law*, David Kayris (ed.), New York, Pantheon, 1990.

chísimas situaciones en las que todo indicará que, si quiero cumplir mis metas, la única u obviamente la mejor manera de enfrentarse al asunto será mediante la argumentación jurídica.

* * *

Nótese que tendré que hacer *algo* incluso en el caso de que quiera fallar a favor del patrón mediante la expedición de la orden judicial restrictiva de las actividades sindicales. Al decir que mi primera impresión respecto a la ley es que ésta favorece el punto de vista del patrón, quiero también decir que no anticipo mayor dificultad al desarrollar buenos argumentos en pro de la orden judicial restrictiva. Considero esto último algo fácil, algo que no implica mayor trabajo.

Por el contrario, decidir en contra de la orden judicial restrictiva (es decir, decidir a favor de los trabajadores) implica no sólo el trabajo de gastar papel y lápiz en reflexiones que ya han sido muy bien elaboradas antes de que yo empezara a hacerlas sino, además, el esfuerzo de crear algo de la nada. Es el precio que implica ponerse al lado de los trabajadores, y éste tiene por lo menos dos aspectos. Primero, el esfuerzo de crear un buen argumento jurídico es difícil, da miedo y consume tiempo. Como juez, mi tiempo y energía están limitados y ahora los trabajadores me solicitan que los invierta en ellos cuando bien pudiera destinarlos a otros pleitos difíciles o, simplemente, invertir todo mi tiempo en pleitos fáciles. Mis reservas limitadas de tiempo y energía para dedicar al trabajo duro de crear argumentos jurídicos que van a contrapelo de lo que fue mi primera impresión de lo que la ley ordena, me restringen para realizar una cantidad de cosas que de otro modo podría hacer si estuviera libre de dicha restricción.

No quiero que este último punto parezca como de poca monta, porque no lo es. Existen cientos de cientos de normas que quisiera cambiar o por lo menos

reformular. Si pudiera hacerlo sin necesidad de justificarlo, es probable que lo hiciera, rápidamente y de un modo que voy a llamar global. Pero si tengo que generar argumentos jurídicos para cada cambio, me es imposible hacer muchos, hacerlos rápido o de manera global.²⁵

* * *

Una segunda manera en la que puedo llegar a sentir la ley como "restricción" en la solución de nuestro caso hipotético, es que la considero uno de los elementos de lo que pudiéramos llamar "el costo en legitimidad" que implica fallar en favor de los trabajadores. Así como tengo rivales que compiten por mi tiempo y creatividad como argumentador jurídico, también tengo aquellos que compiten conmigo por esa especie de prestigio o carisma o lo que sea que parece emanar de mi posición como juez. Tengo cierto margen de acción o, por ponerlo de otro modo, el mero hecho de que yo tome una decisión hace pensar a la gente que de alguna manera era jurídicamente correcto haber tomado la decisión que tomé. Pero este poder que legitima tiene sus límites y en cada caso dichos límites vuelven a surgir.

Para nuestro caso, asúmase que todo el mundo tiene la misma primera impresión de que la ley favorece al patrón. Si opto en pro del patrón, la gente que sabe que tal decisión va en contra de mi opinión personal quizá le otorgue a mi opción una legítimi-

25 Es por esto que en general el derecho, si es que es posible realizar cambio social a través de él, parece estar condenado a ser un mecanismo de cambio "al detal" y no holístico. Revolucionarios de todos los pelambres han visto por ello en el derecho un signo de conservadurismo. En el mejor de los casos, el cambio social que implementa el derecho está cargado de todo tipo de simbolismos, argumentos y canales conectores que hacen complicado y costoso para el que lo intenta el proceso de cambio y reacomodamiento.

dad aumentada. Quizá me consideren por ello como más capaz de indicar la "respuesta jurídica correcta" en un pleito futuro, ya que piensan que en éste fui capaz de interpretar y seguir la ley a pesar de no estar de acuerdo con ella.

Dejando la anterior consideración a un lado, también es verdad que nadie opinara gran cosa respecto al "tipo de juez que soy" en el caso de que acate la primera impresión generalizada de lo que ley parece ordenar. Seguir este camino no implica costo alguno en términos de legitimidad. Mi poder legitimador se reduce o aumenta sólo cuando intento hacer algo fuera de lo común.²⁶

Me imagino que este efecto obedece a dos aspectos de la situación. El primero, es la "distancia" que existe entre nuestra primera impresión de lo que la ley ordena y la sentencia que finalmente dicto. El segundo, es el posible impacto que sobre esta distancia (que podríamos llamar la "brecha de la obvedad") tiene mi opinión al defender un resultado fuera de lo común.

Mientras mayor sea la "distancia" que se percibe inicialmente, mayor será la proporción de mi reserva de legitimidad que se pone en juego.²⁷ Por su-

26 Obsérvese cómo en Colombia gran parte de la legitimidad o ilegitimidad de jueces individuales es fruto de casos excepcionales donde existe una muy marcada distancia entre la opinión generalizada sobre el estado de la ley y la, por ello sorpresiva o escandalosa, decisión que un juez propone. A quienes están dispuestos a respaldar esta opinión la llaman "heroica", "valiente" y entra a hacer parte de lo que Karl Llewellyn llamaba el "gran estilo" de adjudicación. Véase *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (1960). Para los que no la comparten, la decisión es un "despropósito", incluso un "prevaricato", por violar abiertamente la ley (o la Constitución).

27 Aquí Kennedy inicia una descripción cuasi-cuantitativa de la "legitimidad" judicial. La metáfora central es concebir al juez como poseyendo una "bolsa de legitimidad" con determinado número de unidades de valor. Su propósito es aumentar el valor que hay en la bolsa. Sus acciones representarán, positiva o negativamente, variaciones en su reserva de legitimidad. Un juez, como cualquier otra persona que tenga una bolsa de valor, debe evitar la bancarrota.

puesto el concepto mismo de "poder legitimador" consiste en el hecho de que soy capaz de reducir la distancia percibida entre lo que exige la ley y la decisión que tomo, todo ello por el solo hecho de tomarla. Tal es la naturaleza de mi prestigio o carisma. Sin embargo, nada garantiza que mi poder legitimador, por si solo, vaya a convencer a la gente de que esta decisión particular sea la decisión jurídica correcta. Si logro hacerlo, todo dependerá de qué tan grande haya sido aquella "distancia" para empezar y, en mi caso personal, es muy probable que dicha "distancia" sea en todo caso superior a mis fuerzas a pesar de que fuera el mismísimo Presidente de los Estados Unidos quien me dio una toga negra.

De ocurrir que mi poder automático de legitimación se quede corto en tanto que no logre normalizar la decisión que he tomado, entonces perderé poder legitimador para el siguiente caso: mis reservas se habrán reducido... *a menos* que sea capaz de ingeniar una opinión (proyectada como argumento jurídico) capaz de resarcir el déficit o incluso, de aumentar las reservas. Para cubrir el déficit tengo que escribir una opinión que deberá convencer al observador de buena fe que se esfuerza por entender el estado de la ley de que, de hecho, mi resultado no era tan extraordinario después de todo. Por el contrario, debo convencerlo de que era una percepción correcta, aunque minoritaria, de lo que la ley en verdad ordenaba desde el inicio de la cuestión.

En otras palabras, me es posible incrementar mi poder legitimador mediante instancias en las que persuado a la gente a través de argumentos jurídicos. Si han tenido la experiencia de mi "estar en lo correcto" con anterioridad, si me han visto cambiarles su propia visión de la ley, entonces estarán en el futuro más propensos a creer que lo que yo diga es efectivamente lo que la ley ordena, independientemente de los argumentos que pueda formular.

Mientras más grande sea la distancia entre el resultado que busco y lo que todos esperarían, más grande será el valor positivo de haber convencido al observador mediante la argumentación jurídica. Ese poder se me otorgará sólo en la medida que alguien pueda llegar a decirse, "jamás creí que Ud. me convencería de eso". Pero aun si no logro convencerla de modo tan tajante, algún poder obtengo si dicha persona se llegase a decir, "no me convenció, pero jamás pensé que pudiera tomarse en serio su posición y heme aquí en dificultades intentando defender mis argumentos". Por otro lado, si la distancia era pequeña desde el comienzo, convencer a alguien de que mi primera impresión me daba la razón, incrementará en muy pequeña medida mis reservas de poder legitimador.

También aumento mi poder en la medida en que mis esfuerzos por persuadir se propaguen allende este caso específico y otras personas lleguen a reevaluar otros resultados que antes habían considerado a todas luces como jurídicamente correctos. Se trata de mi capacidad para hacer de uno de mis casos un "precedente fundamental",²⁸ uno que será citado con posterioridad, cada vez en más ocasiones, cada vez más distante en el espacio jurídico a medida que pasan los años. Ahora bien, que tal opinión esté firmada con mi nombre, será una excelente ayuda para la próxima vez en la que tenga que resolver un caso de manera poco convencional,

28 Hemos traducido *leading case* por "precedente fundamental". Un *leading case* es, en su sentido más estricto, un precedente judicial que define por primera vez y de manera definitiva una regla o principio de derecho y que, desde su establecimiento, ha sido continuamente y consistentemente obedecido; en sentido menos estricto, un *leading case* es un caso importante, con frecuencia el más importante, que resuelve una determinada cuestión jurídica; finalmente, se designa así a cualquier caso que resulte dispositivo de una cuestión que esté siendo litigada.

incluso si, para dicho caso, en realidad no tengo muy buenos argumentos.²⁹

* * *

En medio de este modelo en extremo mecánico de la ley como algo que restringe al juez, me encuentro en una *situación* definida por lo que son mis primeras impresiones de lo que la ley ordena y la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar. En esta situación debo decidir cómo quiero distribuir mis energías, escoger por qué "causa" abogar y estimar en ese contexto, las posibles consecuencias para mi proyecto, como juez activista que soy, de la decisión que tome.

La ley me restringe porque ella misma define la distancia que yo tendré que remontar armado de argumentos jurídicos, si es que me decido a proferir la sentencia que quiero. "La ley" restringe en tanto que es uno de los elementos de la situación tal y como la percibo y siento. Es el "campo" en el que debo ejecutar mi acción.

† † †

En mi intento por describir el trabajo que uno tiene que realizar en la argumentación jurídica, hasta ahora me he limitado a una situación drásticamente simplificada que se puede resumir así: existe una norma legal, un caso que dicha norma parece cobijar y una contranorma que, por lo menos para comenzar, está más allá de mi dominio consciente del derecho. Es menester complicar las cosas aún más.

29 Los estudiantes de derecho ya tienen experiencia, a su propio nivel, de este fenómeno: no es infrecuente que aquellos que aumentan, como estudiantes, su "caudal de legitimidad" al comienzo de sus estudios, luego disfruten de las rentas del mismo, incluso cuando abiertamente desconocen o ignoran argumentos relevantes. La legitimidad que precede a la persona ayuda de manera decisiva en el poder de sus argumentos.

En mis ejemplos anteriores traté las normas como entidades autónomas que yacían en mi conciencia independientemente de casos previamente decididos. Creo que este tratamiento corresponde a la manera como en efecto yo percibo las normas jurídicas en la vida real. No es cierto que dichas normas se deriven inductivamente de casos judiciales, ni tampoco que se trate de predicciones sobre lo que los tribunales harán.³⁰ Son mucho menos que ambas cosas: son fórmulas verbales que creo conocer como “válidas” (a pesar de que con frecuencia no esté muy seguro de lo que eso que acabo de decir significa y además siempre consciente de que mi conocimiento puede

30 Aquí Kennedy rechaza dos conocidas teorías del derecho que pretenden dar razón de la naturaleza de las normas jurídicas y que han tenido especial influencia en los EE.UU. Por un lado está la formulación clásica de C.C. Langdell, decano de Harvard, quien innovó conjuntamente en temas teóricos y pedagógicos la enseñanza del derecho. Fue él quien propuso que el derecho fuera impartido mediante la lectura de los casos más importantes de una determinada materia, editados por el profesor y recogidos en un *casebook* (como efectivamente se sigue haciendo en todos los EE.UU. y como se empieza a ver en ciertos países latinoamericanos). Sin embargo, se preguntaba el mismo Langdell: “el elemento más importante [...] era el gran y siempre creciente número de casos reportados en cada una de las áreas del derecho. A la luz de este hecho, ¿existe algún principio satisfactorio que ayude a hacer la selección de los casos?”: C.C. Langdell, *Selection of Cases on the Law of Contracts. Preface to the First Edition* (1879). En la respuesta a esta pregunta es donde se articula la preocupación pedagógica con la formación de una teoría del derecho. El principio de selección de casos se fundamentaba en que “el derecho, considerado como una ciencia, se compone de ciertos principios o doctrinas. Conocer y dominar estos principios así como ser capaces de aplicarlos con certeza y facilidad constantes a las siempre cambiantes condiciones humanas, constituye al verdadero abogado; y por lo tanto la adquisición de ese dominio debería ser la ocupación de todo estudiante serio de derecho [...] Pero los casos que son útiles y necesarios para este propósito hoy por hoy son comparativamente muy pocos frente a todos los que han sido reportados. La vasta mayoría de los casos son inútiles para los propósitos de un estudio sistemático. Más aún, el número de las doctrinas o principios fundamentales es mucho menor que lo que comúnmente se supone [...] Si estas doctrinas pudieran

terminar siendo superficial) y que están tan presentes como los muchos objetos que merodean al azar en mi conciencia.

Es posible acceder a docenas o centenares de fórmulas como por ejemplo: "los trabajadores no pueden interferir con los medios de producción durante una huelga" sin tener que justificarlo mediante ningún tipo de proceso inductivo o pragmático. Son simplemente cosas que aprendemos en la facultad de derecho, en los periódicos o gracias a la lectura de ensayos y de casos jurídicos. Para la conciencia jurídica estas fórmulas son entidades primarias y no derivadas.

Citamos casos judiciales para darle autoridad a las normas legales. Pero también recurrimos a los casos para acabar de darle significado a una norma cuando quiera que ésta deja lugar a alguna duda. En otras palabras, a pesar de que las normas exis-

ser clasificadas y organizadas de manera que cada una de ellas pudiera ser ubicada en su lugar propio, entonces se desvanecería la impresión de que son muchas" (*ibid.*) De aquí resulta en general una idea del derecho como ciencia que se desarrolla deductivamente de un número finito de principios. Esta concepción, de finales del siglo XIX y que constituirá durante un gran periodo la opinión ortodoxa, es agriamente criticada por la teoría realista del derecho, que se desarrolla plenamente después de la gran depresión mundial (1929). Para ellos, en cambio, la ocupación propia del derecho es la resolución efectiva de disputas: "Las disputas reales exigen que alguien haga algo para resolverlas [...] La gente que está a cargo de esta función, bien sean jueces o alguaciles o ayudantes o carceleros o abogados son los funcionarios del derecho. *Lo que estos funcionarios hacen con relación a las disputas es, en mi opinión, el derecho mismo*": Karl Llewellyn, *The Bramble Bush* (1930), pág. 3. Llewellyn, en 1950, habría de cualificar de manera importante esta afirmación en la que, para escándalo del formalismo, el derecho se definía como la predicción razonable sobre el comportamiento futuro de los funcionarios del derecho. Estos dos grandes paradigmas de la norma, el formalista y el realista, son rechazados por Kennedy. Aquí se está negando que estas teorías puedan dar cuenta de una experiencia inicial mucho más sencilla. Las normas son normas porque aparecen en la conciencia como entidades recuperadas por la memoria y que luego, en los casos, serán validadas y manipuladas.

ten independientemente de los casos, también es cierto que algunos casos hacen parte esencial de la manera como entendemos en qué consiste, qué "es" la ley de un campo. Esto significa que los casos fallados hacen parte del medio que debo moldear si quiero elaborar una argumentación jurídica convincente estableciendo que no se le puede prohibir a los trabajadores acostarse frente a los buses.³¹

Los casos que de manera más obvia hacen parte del significado de una norma, antes que meras aplicaciones de ella, son aquellos que hoy por hoy vemos demarcando sus límites frente a una contranorma. Supongamos que existió un caso laboral anterior en el que la pregunta fue si la Primera Enmienda (Libertad de Expresión) otorgaba el derecho de realizar piquetes colectivos y los tribunales hubieran dictaminado que no, y que por lo tanto la actividad debía prohibirse mediante una orden judicial restrictiva por tratarse de una "práctica laboral injusta" o de una interferencia extracontractual en lo que respecta al derecho patronal de utilizar los medios de producción durante una huelga. Dicho caso estaría "en el límite", por decirlo de algún modo, si se trata de la extensión "máxima" que se le puede dar al derecho del patrón y de la máxima restricción posible del derecho del trabajador a la libre expresión. Ahora, si el caso de un piquete colectivo es seguido por otro caso en el que se sostiene que el piquete individual también implica una obligación de indemnizar los daños causados al patrón por parte de los trabajadores, entonces éste último caso es el que estaría ubicado en el límite. Estos dos casos estarían en *el límite*, si y

31 Aquí se iniciará una consideración del lugar del precedente judicial en el derecho. Obsérvese cómo esta estructura, en la que se distingue la validez y papel de diferentes fuentes del derecho, es decir, una teoría del derecho descentrada y por bloques, está también presente de manera muy importante en el análisis de Ronald Dworkin. Véase, *v.gr.*, *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1988.

sólo si yo considero que el piquete individual es, al mismo tiempo, una interferencia de menor entidad con los derechos de propiedad del patrón y, por tanto, una actividad mucho más plausiblemente protegida por la libertad de expresión.

El proceso mediante el cual vamos ordenando los casos conformando un patrón que sigue el perímetro de los límites y también la decisión de considerar otros casos dentro del territorio indisputable de una norma, debe ser entendido como un proceso de formación de una *gestalt*, en el que todo tiene que ver con todo.³² Cuando quiera que alguien describe los casos decididos judicialmente, yo inmediatamente los percibo como si fueran adquiriendo la forma de

32 Gran parte de la teoría del derecho reciente, y no solamente el trabajo de Kennedy, tiene importantes conexiones con una corriente psicológica del siglo XX que ha recibido su nombre de la palabra alemana *Gestalt*, que podría traducirse como "forma" o "configuración". Los principales expositores de esta corriente fueron Max Wertheimer, Wolfgang Köhler y Kurt Koffka. El trabajo de la escuela se centró primeramente en la psicología de la percepción, de donde derivaron muchas de sus hipótesis fundamentales. Analizando fenómenos de ilusión visual, tales como el *fenómeno phi*, en el que una rápida sucesión de imágenes estacionarias da la impresión de movimiento (el principio del cinematógrafo), reconocieron que la relación uno a uno entre imagen y percepción, supuesta por la psicología tradicional, era falsa. El movimiento percibido no es determinado por el estímulo individual, sino que es función de sus características relacionales. El ojo no registra hechos discretos, sino conjuntos o configuraciones relacionales, a las cuales da sentido y significado. Con ello formularon la "ley de *Prägnanz*": la organización neural y perceptual del ser humano tiende a organizar los estímulos perceptuales en estructuras organizativas, *gestalt* o conjuntos. Tal fenómeno de estructuración de la experiencia es utilizado profusamente por Kennedy para explicar la configuración del campo jurídico. El poder de esta explicación no debería ser minusvalorado: la primera conferencia que reciben los alumnos de derecho en Harvard, aplicando tecnologías multimedia de punta y que se conoce como *The Bridge Project*, explica el trabajo de argumentación jurídica mediante el uso de varias ilusiones visuales. El punto consiste en probar que, aunque el estímulo sea el mismo, existen maneras de ver el objeto, distintas configuraciones o formas que varían su sentido global. Al

una constelación específica.³³ Por ejemplo, yo puedo en un instante llegar a comprender que un piquete colectivo constituye mayor interferencia que uno realizado por un solo individuo y que acostarse en la calle constituye una interferencia de aún mayor entidad que cualquiera de las dos anteriores.

Sin embargo, no siempre ocurre que los casos se agrupen o se me presenten en constelaciones bien definidas. Por ejemplo, yo puedo considerar que el piquete colectivo constituye mayor interferencia que el piquete individual pero a la vez considerar que el primero merece, más que el segundo, la garantía de la libre expresión. Después de todo, el piquete colectivo involucra el derecho de asociación tanto como el de libre expresión.³⁴ Así, podría surgir una inmensa dificultad al tratar de ordenar estos dos casos distintos sobre el límite que separa los derechos de ex-

respecto véase http://roscoe.law.harvard.edu/courses/lr...res/fact_analysis/bridgefacts/index.html. Puedo también decir por experiencia propia que mis alumnos de derecho encuentran muy iluminante la interpretación *gestalt* de la argumentación jurídica.

- 33 Este es un punto capital en teoría de la interpretación contemporánea: interpretar significa dar razón del conjunto de decisiones que habitan un campo jurídico y, probablemente, de la totalidad del derecho. Una decisión se inserta dentro de una percepción global de lo que el derecho es. Si en algo insiste la teoría contemporánea del derecho es precisamente en esto.
- 34 Existe un argumento muy famoso en el derecho constitucional de los EE.UU. que precisamente reordena el campo jurídico de este modo: cuando la Corte Suprema de los EE.UU. decidió *Brown v. Board of Education* (1954), declaró inconstitucional la segregación escolar por razón de raza o color de piel. Herbert Wechsler, uno de los constitucionalistas más influyentes de la época, escribió un artículo criticando la sentencia y *reorganizando* la argumentación de la siguiente manera: la Constitución no es el marco de análisis de toda queja social. La función de la Corte es decidir en derecho con una insistencia rigurosa en que se cumplan los requisitos procedimentales y jurisdiccionales de ley. En el plano sustantivo de la decisión, Wechsler utiliza la propia fuerza de *Brown* para "probar" que la Corte no ha hecho una utilización "neutral" de los principios constitucionales. En *Brown* se había declarado que la segregación violaba el derecho de asociación de los individuos segregados. Sin

presión de los de propiedad.³⁵ ¿Será que los dos casos ocupan territorios que colindan, uno a un lado y el otro al otro de la línea fronteriza?

A lo que esta discusión nos lleva es a que nuestro nuevo caso, *tal y como éste se le revela inicialmente a la conciencia*, está ubicado en un espacio en el que existe, no sólo una norma legal que pareciera cubrirlo ("no interferir con los medios de producción durante una huelga") sino muchos otros precedentes judiciales que ilustran o ejemplifican su aplicación. Y estos precedentes parecen establecer el significado de la norma. Por ejemplo, si un precedente ya ha establecido que, bajo la norma de "no interferencia", no se pueden realizar piquetes colectivos, entonces es apenas "obvio" que no se pueda obstaculizar la salida de los buses acostándose en la calle.

En el ejemplo concreto de argumentación jurídica que hemos venido discutiendo, todo lo que tenía que hacer para poder meter este caso bajo la cobija del contraprinzipio de la libertad de expresión era replantear la norma que protege la libertad de expresión y los hechos ocurridos hasta un punto en el que la primera cobijara a los segundos. Sin embargo, de existir precedentes fallados a lo largo de la

embargo, según Wechsler, la integración forzada de las escuelas viola de igual manera la libertad de asociación, en este caso, la libertad negativa de no-asociarse que tienen los que, por alguna razón, no desean estudiar con los segregados. Así las cosas el problema de discriminación y falta de igualdad, una vez reorganizado como libertad de asociación, desaparece de la vista. Véase, Herbert Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *73 Harvard Law Review*, 1 (1959).

35 Ya habrá detectado el lector el por qué ocurre esta dificultad: si el piquete colectivo interfiere más que el individual, entonces hay más razones para considerarlo prohibido bajo la norma "no se puede interferir con los medios de producción patronales". Sin embargo, si el piquete colectivo es una manifestación de dos valores constitucionales (expresión y asociación), entonces hay más razones para considerarlo permitido que el piquete individual. Entonces, ¿a qué lado de la frontera deberá colocarse?

frontera que intento "desplazar" mediante el replanteamiento, entonces tengo que lidiar con esos casos a menos que mi replanteamiento de la norma legal no alcance a hacerles mella. Me veo en la obligación de "desplazarlos" replanteando los hechos y sus decisiones hasta que se ajusten a mi nueva formulación de la norma general.

El "desplazamiento" es posible porque estos arreglos que parecen tan objetivos cuando se presentan a primera vista ante la conciencia, en realidad jamás tienen la solidez que pueden tener una silla o una mesa. Es una experiencia universal la de ver cómo las constelaciones transmutan o desaparecen cuando uno las observa. Muchísimo más cuando se trata de asuntos tan difíciles de cuantificar como estos, tan distintos de la disposición de unos muebles y con los que cualquier persona podría convencerme, simplemente esgrimiendo imágenes y argumentos éticos, que mi percepción inicial estaba equivocada. Contrario a lo que pensé en una primera instancia, podría argüir cualquiera, los piquetes colectivos "en realidad" pueden resultar más fáciles de defender jurídicamente que un piquete individual. Es más, quiero convencerlo de que, contrario a lo que pensamos en primer lugar, acostarse para obstruir la salida de los buses es un acto más digno de defender jurídicamente que el piquete colectivo o individual.

* * *

Puede resultar útil, o por lo menos divertido, extrapolar la metáfora del campo que hemos venido utilizando para así distinguir entre la manipulación de los hechos de una decisión judicial (su análisis fáctico), y la manipulación de su *ratio decidendi* (su análisis normativo).³⁶ Imagino los hechos de un caso específico

36 Hemos traducido *holding* como "*ratio decidendi* del caso". Algunas precisiones son necesarias, sin embargo. En el análisis cuidadoso que hace el abogado del *Common Law* de los

cualquiera (me enteré a través de ellos por la opinión de la gente o quizá porque algo leí en los periódicos) como el elemento (los hechos) que define *la ubicación del caso dentro de la ley concebida como un campo*. Es posible entonces que ubiquemos tal posición del caso como cercana al límite o sobre el mismo límite o al extremo del campo. En tal situación, los hechos de este caso parecen cosa “fácil” de ubicar y que, en consecuencia, la norma general simplemente se “aplica” sin más discusión. Argumentar jurídicamente con los hechos de un caso significa replantearlos de modo tal que el caso parezca estar ubicado en un lugar distinto del campo del que inicialmente se pensó.

Recordemos que mi objetivo es hacer parecer la obstrucción de la vía por parte de los trabajadores como un caso que, de manera verosímil, está cubierto y regido por la norma legal que permite interferir con los medio de producción por preponderancia de la libertad de expresión; conversamente, quiero evitar que el caso sea considerado como un caso regulado de manera clara por la norma de “no interferencia con los medios de producción”. Supongamos que ya existe un precedente en el que se falló en contra de los trabajadores por haber realizado un piquete colectivo. Mi primera impresión es que la obstrucción de la vía es, en lo que a “interferencias” concierne, “mucho más grave”, y, para agravar las

precedentes judiciales se trata de descubrir el *holding* del juez. Así las cosas el *holding* es el principio de decisión que puede ser razonablemente inferido de una lectura cuidadosa del precedente y que dispone de los méritos del caso. El opuesto al *holding* es el *dictum*, en el cual el juez enuncia consideraciones adicionales que, sin embargo, no son esenciales en su decisión jurídica. El *holding* tiene por supuesto relación con la *ratio decidendi* del caso, tal y como ha utilizado la expresión la jurisprudencia constitucional colombiana, por ejemplo en la sentencia SU-048 de 1999. Sobre la utilización de estas nociones en la jurisprudencia constitucional colombiana, véase Diego López Medina, “El Valor del Precedente Constitucional”, en: *Derecho Constitucional: Perspectivas Críticas*, Bogotá, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 1999.

cosas, una actividad que solo de manera muy débil podría ser catalogada como ejercicio del derecho de "libre expresión". Intentaré, por lo tanto, replantear los hechos de este precedente (en el que hubo piquetes colectivos) para hacerlo reaparecer en "el campo" en un sitio mucho más cercano al concepto de "interferencia", al tiempo que buscaré alejar a ese mismo precedente de la categoría "discurso constitucionalmente protegido" por la cláusula de libertad de expresión. Con este replanteamiento de los hechos del precedente adverso busco igualmente que mi caso (la obstrucción de la vía) quede más cerca de la libertad de expresión y más lejos de la interferencia con los medios de producción.

Lo haré subrayando que, en el caso del piquete colectivo, el tribunal encontró que los trabajadores intentaban impedir, físicamente, que los trabajadores sustitutos entraran a la estación y que la situación estuvo siempre al borde de la violencia. Intentaré minimizar en lo posible las referencias que la sentencia hace a los carteles y pancartas que los manifestantes ostentaron. Por lo contrario, argumentaré que los trabajadores que obstruyeron la vía se sometieron al arresto sin ofrecer resistencia y que les hubiera sido imposible, literal y físicamente, interrumpir la salida de los buses acostándose frente a ellos.

Todo esto lo hago con la esperanza de que los dos casos se perciban así ubicados en una posición contraria a la que fueron percibidos en un primer momento, de modo que yo podría trazar un límite entre el uno y el otro, en lugar de incluir ambos casos al interior de la misma frontera. Así las cosas, el piquete colectivo quedaría del lado de la "interferencia prohibida" y la obstrucción de la vía del lado de la "libertad de expresión" permitida.

* * *

Cambiar la ubicación de un precedente en el "campo jurídico", tal y como lo he descrito aquí, es análogo

go a cambiar la ubicación de nuestro caso concreto, a saber, la obstrucción de la vía por parte de los trabajadores. Pero la analogía puede conducir a equívocos en tanto que el precedente, a diferencia de la obstrucción, trae consigo una *ratio decidendi* concreta, una sub-regla de derecho, y esto complica las cosas de modo considerable.

Si los hechos del precedente están sobre el límite, entonces la *ratio decidendi* del caso que en él se tomó hace parte de tal límite. La *ratio decidendi* del caso es una regla o por lo menos una pequeña sub-regla que define, de modo abstracto, como lo hace cualquier regla, un espectro de casos que trasciende los hechos particulares de esta instancia específica de, v.gr., piquete colectivo. Todos aquellos casos "parecidos" (o que estén en la "vecindad" del campo) o "idénticos" (o que estén en el "mismo lugar" en el campo) junto con cualquier otro conjunto de hechos futuros que "encajen" con los hechos del precedente ya decidido, se considerarán "dominados" por la sub-regla allí expuesta. En otras palabras, la *ratio decidendi* adoptada en un precedente da forma al campo jurídico en el que se sitúa y que rodea la situación fáctica de dicho caso.³⁷

Tengo que ser capaz de reformular la *ratio decidendi* del precedente aplicable sobre piquete colectivo, tanto como los hechos del mismo, si es que en realidad quiero reposicionar favorablemente el caso de los trabajadores acostados en la vía de lo (laboralmente) prohibido a lo (constitucionalmente) protegido. El trabajo de reformular la *ratio decidendi* del caso se parece más al de reformular la regla

37 Ya se ve por qué el argumento por analogía es tan importante en la adjudicación basada en precedentes, a diferencia de lo que ocurre en el derecho continental, donde el argumento sirve para llenar lagunas en el derecho. Sobre el papel de la analogía en el sistema de precedentes y su uso en la "cláusula Angarita", véase Diego López Medina, "El Valor del Precedente Constitucional", *op. cit.*

general que al de reposicionar una situación fáctica. Por ejemplo, una vez he reformulado los hechos detrás del caso del piquete colectivo para enfatizar la interferencia violenta con el libre paso de los trabajadores sustitutos a la estación, es probable que también quiera reformular la *ratio decidendi* tomada. Le restaré importancia al argumento inicial de la sentencia que aseveraba que el "piquete colectivo", aunque era un "acto", sin embargo podía ser protegido por la libertad de expresión por tratarse de un "acto inequívocamente simbólico". Alegaré, en cambio, que lo que el tribunal prohibió en ese precedente fue el ejercicio de coacción contra los trabajadores sustitutos, al tiempo que consideró válidos los esfuerzos para persuadirlos. Tal modo de formular la *ratio decidendi* del precedente hará que luego sea más fácil redesccribir la norma general, de manera que la obstrucción pacífica de vías, sin ejercicio de violencia y como instancia de desobediencia civil, quede protegida por la libertad de expresión.

* * *

Podemos imaginar la *ratio decidendi* del precedente como una línea que cruza por un punto específico que a su vez representa los hechos concretos del caso. La línea, sin embargo, define un número plural de casos, de puntos, que la *ratio decidendi* del caso ha resuelto de un modo u otro. Cuando redefino la *ratio decidendi* del caso, de alguna manera modifico la línea al cambiar su dirección para que "cubra" un grupo distinto de situaciones hipotéticas, un conjunto nuevo de puntos. Así las cosas, en el momento en el que nuestro precedente de piquete colectivo se convierte en un caso de "coacción vs. persuasión", esto nos permite definir los límites entre las actividades que se le permiten y las que no se le permiten a un sindicato de modo muy distinto a como dicho límite se definía antes cuando se trataba de una "ac-

ción" que sólo podía defenderse en el caso de que fuera "inequívocamente simbólica".

Modificar de este modo la línea es muy conveniente porque, una vez hecha la modificación, ya no tendré que perder tiempo explicando de qué manera la obstrucción de la vía era "inequívocamente simbólica". Puedo aceptar que se trata de una "acción". Mi argumento (mucho más fácil de defender) será sostener que se trata, de manera clara y distinta, de una "acción" que busca persuadir antes que ejercer coacción. Además, la nueva interpretación de la subregla que he propuesto para casos de piquete colectivo se convierte así en un lindo tramo del nuevo límite que quiero trazar entre los casos constitucionales de libertad de expresión protegida y los casos laborales de "no interferencia con el derecho de propiedad del patrono". Así resulta que el piquete colectivo no es análogo a la desobediencia civil no violenta, sobre todo ahora que sabemos que el primero es problemático porque hace uso de coacción. De manera que no resulta inconsistente para nada el hecho de que se prohíba el piquete colectivo pero se tolere la obstrucción de la vía.

* * *

Extendiendo otro poco nuestra analogía del campo, nos es posible utilizarla de modo que incorpore a nuestro análisis el problema del "ensanchamiento" o del "estrechamiento" de la *ratio decidendi* del caso.³⁸ El estrechamiento de la *ratio decidendi* del caso, que

38 Hemos traducido las expresiones *broadening* y *narrowing* por "ensanchamiento" y "estrechamiento", respectivamente. Ambas nociones describen "jugadas" argumentativas válidas dentro de un sistema de precedentes y funcionan de la siguiente manera: supóngase que el precedente *x* parece de entrada tener relación con un nuevo caso *y*. Sin embargo, el nuevo caso *y* tiene circunstancias fácticas que difieren a las originalmente encontradas en *x*. A pesar de la diferencia fáctica, el juez considera que el nuevo caso no tiene características esenciales

ocurre al replantearla como una norma que para poderse implementar depende de muchísimos posibles detalles particulares y peculiares de cada caso, no es más que acortar la línea que corre a lo largo de los hechos en el campo. Significa que existirán menos situaciones concretas hipotéticas capaces de “cobjarse” dentro de la *ratio decidendi* del caso y por lo tanto el caso tendrá mucho menos efectos estructurales sobre el campo que lo rodea. Ensanchar o ampliar no es más que hacer la misma maniobra a la inversa.

* * *

Los argumentos de conveniencia pública entendidos como fuerzas en el campo. Los argumentos de conveniencia pública son razones para adoptar una *ratio decidendi* del caso particular o una mini-norma. Su blanco es mucho más específico que el que pueden pretender justificaciones filosóficas o teorías sociales de sistemas generales y más abstracto también que apelar a la cruda equidad inmanente en “los hechos”. Los argumentos de conveniencia pública son en ese sentido “secundarios” en comparación con la aplicación directa de la norma o con los argumentos extraídos de precedentes judiciales. Este tipo de argumentos de conveniencia presuponen haber optado conscientemente por una determinada estructura para

que lo hagan distinguible del precedente *x*. Decide por tanto, ensanchar la *ratio decidendi* del caso *x* para que también cubra a *y*. Supóngase ahora un precedente *a* que parece, de entrada, aplicar al caso nuevo *b*. Sin embargo, después de detallada lectura del precedente *a*, el juez anuncia que la aplicación de la *ratio decidendi* del caso allí tomada depende de la presencia estricta de las circunstancias allí resueltas. Así, entonces, piensa que en *b*, a pesar de su similitud de entrada, existen características fácticas que *distinguen* el caso. Distingue, entonces, *b* de *a*, y pronuncia una nueva regla específica para *b*, el nuevo caso. Con ello, ha *estrechado* el campo de dominio virtual de la regla original *a*.

el campo jurídico, a diferencia de la simple subsunción de hechos bajo reglas que luego comprendo inconscientemente como parte de una *gestalt*.

Quien así quiera argüir puede escoger, aquí o allá, entre un repertorio verdaderamente enorme de argumentos típicos basados en la conveniencia pública y modificar lo que quiera que considere se ajusta al caso pertinente.³⁹ Los argumentos vienen en parejas antitéticas del tipo certeza *vs.* flexibilidad, seguridad *vs.* libertad de acción, la propiedad entendida como un incentivo laboral *vs.* la propiedad como un monopolio incipiente, responsabilidad civil subjetiva basada en la culpa *vs.* responsabilidad objetiva sin culpa, supremacía de los poderes nacionales *vs.* descentralización e iniciativa local y así por el estilo.

Un argumento de conveniencia pública no queda invalidado por el hecho de que sea ignorado en un caso en el que se pudo haber aplicado. A *grosso modo* pudiéramos decir que cada uno de los argumentos enfrentados tiene "más o menos fuerza" dependiendo de cada caso particular. Por ejemplo, es probable que el argumento según el cual "la propiedad es un incentivo a la productividad y al trabajo" nos parezca muy fuerte en el caso de que se trate de establecer si debieran existir derechos de propiedad fuertes que incentiven el comercio interestatal; ese mismo argumento es, sin embargo, muy débil si se trata de

39 El ejercicio clásico para demostrar que existe un listado doble de argumentos contradictorios lo hizo Karl Llewellyn en su "Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to be Constructed", 3 *Vand. Law Rev.* 401 (1950). La existencia de estos pares conceptuales hace que cada vez que un litigante se apoye en uno de ellos, sea previsible que la contraparte argumentara desde el contrario. Así muchos litigios se estructuran a lo largo de los ejes (que por ser lugares comunes son parte de la semiótica o topica jurídica) justicia-seguridad o letra-espíritu de la ley. Se puede encontrar una presentación más sistemática de este tema en Duncan Kennedy, "A Semiotics of Legal Argument", 42 *Syracuse Law Review*, 75 (1991).

considerar la cuestión de si debiera existir o no un derecho del patrono a que se prohíba el piquete individual pacífico, tratándose, como es este caso, de una compañía de buses que presta servicio interestatal que se encuentra en medio de una disputa laboral.

El instante en el que salto de un lado al otro de cualquiera de las parejas antitéticas, a raíz de un cambio en la situación de hecho, puede ser dramático. En nuestro caso específico, puedo creer firmemente que, para bien de la seguridad y del acceso pacífico a un espacio público, se deben respaldar categóricamente las sanciones penales establecidas por la ley del estado en contra de la obstrucción de vías. Acto seguido puedo virar 180 grados y alegar en contra de la expedición de una orden judicial federal restrictiva en contra de la obstrucción de la vía dado que la gente, así corre el argumento de conveniencia, debe tener derecho a realizar una protesta de desobediencia civil no violenta, aun en el caso de que ésta última se convierta en una molestia para el patrón y que, además, si se llegaran a aplicar medidas represivas, como lo sugiere el otro polo argumentativo, sólo se logrará un aumento en las posibilidades de generación de violencia.⁴⁰

40 Los profesores utilizamos con frecuencia este tipo de casos y ejemplos controversiales para originar dramáticos desplazamientos en la opinión de los estudiantes. En el tipo de discusión que llamamos "debate" (muy frecuente en colegios y universidades para afinar la habilidad erística) se ofrece un tema "polémico" en el que se pueden desarrollar dos puntos de vista, dos maneras antitéticas de ver las cosas. El asunto, se dice, tiene dos (o más) "lados". Es en gran parte una confrontación con un libreto previo: quien propone el ejercicio sabe el par relevante de argumentos que se desarrollarán, y hasta los contradictores pueden hacer previsiones al respecto. Al final, en algo que McIntyre ha denominado "inconmensurabilidad", el debate queda sin resolverse. Sin embargo, dependiendo de la articulación y poder retórico de las partes más que del "mérito" racional del argumento, uno de los polos argumentativos parece sobresalir.

Durante una argumentación jurídica típica, las razones de conveniencia pública se elaboran y luego se sustentan vigorosamente sin la menor consideración por la contraparte de la pareja antitética. Cuando abogo porque se impongan las penas establecidas por la ley estatal no tengo por qué explicar, ni como juez ni como abogado, el fundamento racional detrás del hecho de que, en esta primera instancia, endorse una especie de "duro con ellos" y que más tarde, cuando se llegue al momento de expedir la orden judicial federal, endorse exactamente lo contrario al decir que "la represión genera violencia".⁴¹ En este sentido, entonces, se puede afirmar que la práctica de la argumentación jurídica (trátase de abogados, jueces o tratadistas) es siempre una práctica contradictoria. Primero enfatizo que mi argumento de conveniencia pública no sólo es "válido" sino que "requiere" un resultado específico, luego lo rechazo alegremente y, en el caso siguiente, defiendo exactamente todo lo contrario sin dar explicación alguna respecto a qué puede obedecer el que esté de un lado o del otro.⁴²

41 El punto legal es este: recuérdese que el poder del juez federal de expedir una orden restrictiva depende de que, al mismo tiempo, no exista ya normas penales adecuadas a nivel estatal para lidiar con el problema. Así, por ejemplo, si yo quiero evitar represión del aparato federal, entonces puedo prevenirla invocando el derecho primario y exclusivo del estado a castigar estas conductas. Contra la represión federal puede argumentarse, por ejemplo, que "si siembras vientos, recogerás tempestades..."; a su vez, esta posición anti-violencia la puedo respaldar con el otro argumento, contradictorio, según el cual la ley estatal ya castiga con suficiente severidad a estos revoltosos sindicalistas.

42 Los servicios legales se prestan, entre otras cosas, a quien los pide. Los abogados, para fortalecer la inevitabilidad de su posición, recurren a argumentos de conveniencia así: al bienestar público, al bien común le conviene que el Estado castigue al delincuente con severidad dado que... (y el resto son explicaciones causales y normativas más o menos complejas). En el caso siguiente el mismo abogado abandonará su cuidadosa teoría de las relaciones entre crimen y castigo para esta vez defender a alguien que lo está evitando.

En mi interior, sin embargo, sé desde el comienzo que esta es la manera como se practica la argumentación jurídica. La aseveración de que mi argumento de conveniencia pública es "válido" y de que "requiere" un resultado específico, en realidad no me la tomo en serio. Trabajo con un modelo en el que los argumentos contrarios de conveniencia pública se asumen como fuerzas o vectores donde cada uno de ellos "tira" para su lado en cualquier situación concreta. Parecen lógicamente contradictorios (¿cómo puedo creer al mismo tiempo en "la responsabilidad subjetiva" y en "la responsabilidad sin culpa"?), o tan indeterminados que sólo pueden ser útiles como racionalizaciones *a posteriori* de decisiones a las que se llegó por otras razones... (¿Quién puede saber en realidad si el castigo a los trabajadores será capaz de "cortar la violencia de raíz" o si simplemente "exacerbará dicha violencia?"). Así pues, existe un sentido en el que ambos argumentos de conveniencia son válidos al mismo tiempo y en todos los casos. La cuestión es entonces tratar de saber cuál de ellos resulta ser "más fuerte", cuál de ellos "pesa" más después de ponerlo sobre la balanza de unos hechos particulares y concretos, y no de saber cuál de los argumentos es el correcto en abstracto.⁴³

Podríamos representar el proceso de ubicar los casos en un campo y el de determinar los límites entre los actos permitidos y prohibidos con estas imágenes de vectores y balanzas. Por ejemplo, los casos imaginarios de piquetes colectivos e individuales que se discutieron más arriba, tenían sus respectivas situaciones de hecho y sus sentencias jurídicas concretas, pero también "implicaban" distintos

43 La lógica del balanceo, que no es extraña en nuestra Corte, muestra este tipo de racionalidad de políticas. Al respecto, véase Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", 96 *Yale L.J.*, 943 (1987) y César Rodríguez, "El test de razonabilidad", *Observatorio de Justicia Constitucional 1996*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1998.

argumentos de conveniencia pública. El caso del piquete colectivo implicaba una política social general en favor de la libre asociación y una en contra de recurrir a la fuerza para resolver una disputa. (Cada caso implica tantos argumentos de conveniencia pública como se puedan imaginar. Los que aquí he mencionado son ilustrativos y no exhaustivos).

Supongamos que percibimos la obstrucción de la vía, en comparación con cualquier otro piquete colectivo, como un caso que se aviene mejor a la Primera Enmienda (Libre Expresión) y también como un caso en el que se ha interferido de manera menos grave con la utilización de los medios de producción del patrón. La interpretación de "segundo orden" de esta estructuración intuitiva sería considerar que los argumentos de conveniencia pública en defensa de la libertad de expresión pesan más que los derechos de propiedad aquí que en el caso de un piquete colectivo. A medida que cruzamos el campo saltando de hecho concreto en hecho concreto, los argumentos de utilidad pública que favorecen la libre expresión se hacen cada vez más débiles y los que favorecen el derecho de propiedad, por el contrario, se hacen más fuertes, hasta cuando se llega al límite donde estarían en equilibrio. En este punto, el cambio más leve en las fuerzas de los argumentos de conveniencia pública que están en juego, produce un cambio drástico en el resultado jurídico. Es allí donde nos decidimos a "trazar la línea" que separa lo permitido y lo prohibido y, a partir de allí, trataremos las manifestaciones sindicales con medidas represivas.

Esto significa que debemos agregar a nuestro modelo del campo de la ley la noción de que, en cada punto dentro de ese campo, los argumentos de conveniencia pública enfrentados ejercen fuerzas de distinta intensidad. Las líneas limítrofes del campo representan puntos en el que las fuerzas contrarias están en equilibrio. En todos aquellos puntos que no están sobre el límite, una u otra serie de argu-

mentos de conveniencia pública predominan. Estos argumentos deben entenderse como un gradiente, como una pendiente: tienen más fuerza en su "núcleo", en donde una regla general dada parece aplicarse de manera obvia y contundente y, además, resulta "apropiada en tanto política social". La argumentación que sustenta la regla general pierde fuerza a medida que nos alejamos del núcleo hacia la periferia hasta llegar al punto en el que limita con otra regla general.

* * *

El límite se me revela "presente", "ahí" de tres maneras muy distintas. Primero, el límite es una línea sobre el campo, una regla implícita en la formulación de la norma general. Por ejemplo, puedo pensar que la regla según la cual la "libre expresión" no debe ser coartada protege de manera implícita la expresión "no verbal". Segundo, el límite es una línea que corre a todo lo largo de los casos limítrofes. Supóngase que el piquete individual esté protegido pero no el colectivo; que amenazar a los esquirols con desafiliación sindical sea una táctica permitida pero no el exigirles el pago prematuro de obligaciones que puedan tener con el sindicato. El límite es la línea que conecta estos puntos de quiebre que separan lo constitucionalmente protegido de lo prohibido. Tercero, como acabamos de ver, el límite es como esa línea que forman las limaduras de hierro cuando se encuentran en perfecto equilibrio entre dos imanes igualmente distanciados. Las penas establecidas por las leyes estatales contra la obstrucción de vías son necesarias y no violan la garantía de libre expresión; sin embargo, sumarles a ellas una orden judicial restrictiva federal resulta poco recomendable y sería inconstitucional, ya que, por decirlo así, dicha orden nos parece "un poco" excesiva.

Ya hemos descrito la argumentación jurídica como la actividad de re-formular reglas generales y re-es-

estructurar los hechos de modo que el caso que en un principio parecía "ser cubierto" por la norma A ahora "resulte cubierto" por la norma B. También discutimos la forma como se manipulan los hechos y las decisiones judiciales para re-definir el límite. Mi objetivo al discutir los argumentos de conveniencia pública es análogo. En primer lugar, desarrollo una posible *ratio decidendi* para mi caso de la obstrucción de la vía, por ejemplo, que establezca que no debe expedirse una orden judicial federal en contra de una protesta de desobediencia civil no violenta durante una disputa laboral. Acto seguido, elaboro algunos argumentos de conveniencia pública, en los que establezco por qué esta norma es preferible a cualquier otra alternativa (generalmente una que sea muy débil) o a la norma que propone el patrón. Por ejemplo, argüiré que si los trabajadores están dispuestos a ser arrestados y luego acusados de haber cometido un delito, entonces es probable que realicen algún otro acto violento si no se les permite realizar su protesta simbólica. De aquí se desprende que la expedición de una orden judicial restrictiva, lejos de cortar de raíz la violencia, lo que haría es conducir a actos violentos individuales, espontáneos y desordenados como disparar contra las ruedas de los buses en movimiento en plena autopista.⁴⁴

Aun así, es muy poco probable que este argumento baste. Una vez que he dado el paso que me lleva a lo que he venido llamando "el segundo orden" de argumentación, abandonando la estrategia de la mera aplicación de la norma, evoco ante mi audiencia el campo de fuerzas completo de esta área del derecho. Ahora, debo tomar medidas para conser-

44 La práctica que menciona Kennedy no es inventada así nos resulte algo extraña. En los Estados Unidos se escucha con frecuencia en las noticias locales que ha ocurrido un *random shooting*. Personas, incluso por mera diversión juvenil, disparan en las autopistas contra los automóviles que pasan a gran velocidad.

var la coherencia total de aquella "imagen" que proyecta el argumento de conveniencia pública. Esto significa reformular los argumentos de este tipo utilizados en casos ya fallados. Por ejemplo, supóngase que en el caso del piquete colectivo el tribunal justificó una norma prohibitiva aduciendo que, de no extirpar la violencia de raíz, ésta se desarrollaría hasta hacerse incontenible.

Mi problema en este caso de la obstrucción de la vía es que yo alego que la furia obrera hace que sea muy importante tolerar la desobediencia civil y esta posición parece no ser consecuente con la estrategia de "extirpar de raíz la violencia" en el caso del piquete colectivo. De modo que para restaurar el orden en el campo, "distinguiré" el caso del piquete colectivo así: en principio, los piquetes colectivos son incontrollables y tienden por naturaleza a terminar en violencia. Por el contrario, en los casos de desobediencia civil, la policía ejerce minucioso e intenso control. Aunque los ánimos puedan inicialmente estar muy exaltados durante la obstrucción, las circunstancias hacen posible que los ánimos se desahoguen y por lo tanto no se intensifican. Como la situación ya está bajo control, además de que sigue sirviendo como desahogo, resulta que una orden judicial restrictiva no sería más que una medida en exceso contraproducente.

[Permitaseme recordarle al paciente lector que no tengo la menor idea de si los anteriores razonamientos basados en argumentos de conveniencia pública y las diferenciaciones establecidas van a servir para algo, es decir, si serán lo suficientemente convincentes frente a alguien que más o menos conozca el campo. El trabajo de desarrollar argumentos jurídicos siempre se inicia envuelto en un manto de ignorancia respecto a lo que la ley "es" y con muy vagas nociones de la manera como la opinión ortodoxa piensa que la ley opera en la práctica. Aprenderé sobre estos asuntos mediante la investigación y preguntándole a la gente. Por consiguiente, abandonaré de plano algunos argumentos al tiempo que desarrollo

otros. Lo que intento hacer con esto es describir lo que se siente, desde adentro, al iniciar este tipo de trabajo].

* * *

El límite puede tener la forma de una regla (un resultado determinado a partir de hechos fácilmente determinables) o la de un estándar⁴⁵ (en cuyo caso se requiere de un juicio *ad hoc*) implementando un valor como la buena fe o lo que se considera razonable o, incluso, una abstracción como la previsibilidad o la promoción de la competencia. Cuando el límite se presenta como un estándar y existen unos hechos específicos que le cuadran bien, con frecuencia se parecerá mucho a un argumento de conveniencia pública... es más, se convertirá, poco a poco, en uno de estos. Existen argumentos "formales" en favor de las reglas y en favor de los estándares, así como contra las reglas y los estándares. Se trata de argumentos de conveniencia pública respecto a lo adecuado o no de utilizar una regla o un estándar en cada caso particular.

45 Esta diferencia es fundamental en la teoría anglosajona del derecho. Una de sus objetivos iniciales fue romper la impresión de que el derecho sólo estaba poblado por "reglas", todas más o menos homogéneas. Una de las formulaciones clásicas se encuentra en Pound, "Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law", 7 *Tulane Law Review*, 475 (1933). Entre los diferentes "entes" que pueblan el derecho se encuentran "reglas" en sentido propio, "principios", "concepciones", "doctrinas" y "estándares". Una regla es "un precepto que une una consecuencia legal definida y detallada a unos hechos definidos y detallados" (p. 482). Un estándar, en cambio, conserva las consecuencias jurídicas más o menos definidas y detalladas pero renuncia a definir con precisión las circunstancias fácticas que activarían su aplicación. En lugar de ello, define de manera vaga y general el tipo de conducta recomendado (como, por ejemplo, "portarse como un buen padre de familia". Ronald Dworkin ha insistido en el tema recientemente, haciendo énfasis en los diferentes tipos de texturas y funciones que cumplen estos "entes" del derecho. Véase, "El Modelo de las Normas", en *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

* * *

Estereotipos sociales e históricos. Estos hacen parte del inventario en la argumentación jurídica. Por estereotipo social entiendo, por ejemplo, la cruda imagen de “chofer bloquea bus”: un corpulento hombre blanco, mal afeitado, sin corbata o sin chaqueta, obstruyendo de manera agresiva el paso de pasajeros inocentes (nosotros) que no tienen más remedio que esperar pacientemente hasta que alguien llegue en su rescate. Puedo invertir el estereotipo si amplio el marco temporal de la historia, a la Kelman,⁴⁶ y agrego muchísimos hechos hasta obtener algo como “la intransigencia de los monopolistas del transporte público finalmente agota la paciencia de sus esforzados trabajadores”. Por estereotipos históricos entiendo ideas como “el siglo XIX se caracterizó por un individualismo agrario, de modo que para la gente era natural aceptar la doctrina del *caveat emptor*”.⁴⁷

* * *

*Cambio de jurisprudencia.*⁴⁸ Si los argumentos de conveniencia pública son de segundo orden con relación a la mera aplicación de la norma, el cambio de

46 Aquí Kennedy se refiere al artículo de Mark Kelman, “Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law”, *33 Stanford Law Review*, 591 (1991)

47 Según el principio romano *caveat emptor*, luego introducido al *common law*, corresponde al comprador en un contrato de compra-venta ejercer el máximo cuidado respecto al estado y utilidad de la cosa que compra. Si luego de ejecutado el contrato, aparecen vicios en la cosa, debía él cargar con los defectos dada su negligencia. El principio fue prontamente rechazado en el derecho romano mediante las doctrinas de “vicios”, que daban cierta garantía al comprador. En el *common law*, sin embargo, el principio duró sin modificaciones importantes durante mucho tiempo.

48 La expresión que utiliza el autor es *overruling*. Este concepto, más bien técnico, es una de las posibilidades de decisión que tiene el juez frente a los precedentes, y por cierto la más dramática de todas. En este caso el juez encuentra que, aunque está obligado a respetar las decisiones anteriores en virtud del

precedente es el tercer orden. Sin lugar a duda existen algunas circunstancias en las que, como juez en un tribunal de distrito federal, puedo volver a trazar el límite entre las conductas permitidas y las prohibidas sin tener que reformular los hechos de los casos, de modo tal que los casos ahora podrían estar en lados opuestos del límite cuando antes cohabitaban en un mismo territorio; y análogamente casos que antes estaban separados por un límite ahora podrían estar confortablemente juntos en un espacio abierto común.

Pero el cambio de jurisprudencia tiene sus máximas. Un tribunal de distrito, o en general cualquier juez de primera instancia, debiera pensárselo mucho más que un tribunal de apelación antes que decidirse por un cambio de jurisprudencia. Es mucho más admisible cambiar una jurisprudencia salpicada de excepciones (y por lo tanto mejor servida cuando no se cumple que cuando se cumple) que cambiar una jurisprudencia moderna y esencial que domina su campo como un joven Marte. Y así sucesivamente. Existen casos en los que un espíritu de reformismo legal se ha convertido en la norma hasta el punto que no cambiar una jurisprudencia previa parecería un abuso de la discreción.⁴⁹ (Supóngase

principio de *stare decisis*, debe apartarse abiertamente del precedente, reconocer que está equivocado y formular una nueva regla de derecho. Este mecanismo, por supuesto, exige gran energía por parte del juez y lo expone dramáticamente ante la comunidad jurídica. Las ganancias, si existe la percepción generalizada de que el precedente era injusto, pueden también ser importantes. La traducción del concepto es difícil pero nos hemos decidido por el familiar *cambio de jurisprudencia*. Debe tenerse en mente, sin embargo, que un *cambio de jurisprudencia*, bajo el principio de *stare decisis*, es un gesto judicial y político mucho más dramático que lo que sería en el derecho continental.

49 Esta es una hábil descripción del argumento adoptado por la Corte Warren. Recuérdese que sólo hasta *Brown v. Board*, la Corte decidió cambiar la jurisprudencia establecida en *Plessy v. Ferguson*. En *Plessy* se había dicho que la segregación racial no era inconstitucional siempre y cuando se garantizaran

por ejemplo que la Corte Suprema hubiera mantenido la constitucionalidad de parques públicos infantiles "segregados pero iguales", después de haber eliminado la segregación racial en los colegios, en los lugares de alojamiento público y en las oficinas gubernamentales).

Cuando comencé a pensar en este asunto, la posibilidad de llegar a un cambio de jurisprudencia me pareció una herramienta sumamente importante dentro de las estrategias de un juez activista.⁵⁰ Es más, parecía significar que no existía tal cosa como el conflicto entre "la ley" y la sentencia-a-la-que-quiero-llegar, ya que me era posible cambiar la ley mediante el recurso del cambio jurisprudencial y así ajustarla a los deseos de mi corazón. Sin embargo, tras ulterior reflexión, esta perspectiva se me antoja hartamente superficial.

En primer lugar, aunque el cambio de jurisprudencia sea una práctica de tercer orden, aun así está sujeta a los cálculos de legitimidad que he venido describiendo. No me sería posible cambiar una jurisprudencia

condiciones y servicios similares a las dos razas. De esta manera se entronizó el principio *separate but equal*. Desde la perspectiva de la Corte que falló *Brown*, no actuar en contra de *Plessy v. Fergusson* hubiera sido una afrenta a la legalidad, a pesar de que *Plessy v. Fergusson*, en virtud de *stare decisis*, era parte de la ley. Finalmente, a nivel teórico, quisiera anotar que este comentario de Kennedy es sumamente interesante: podría entenderse como una forma realista-crítica de articular el argumento que Dworkin denomina "la tesis de los derechos". Véase "Los casos difíciles", en: *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

50 En Colombia con mucha frecuencia las decisiones "progresistas" son caracterizadas como ilegales y arbitrarias en el sentido en que se han apartado de la doctrina sentada por la Corte. Ella, sin embargo, en muy pocas ocasiones ha decidido abiertamente "cambiar su doctrina". La ha unificado, desechando criterios propuestos por salas de tutela, e incluso la ha modificado dramáticamente en temas concretos, pero sin reconocer que el cambio se origina en que la jurisprudencia anterior, aunque "ley", era "mala ley".

dencia con impunidad del mismo modo que no podría perturbar de cualquier otra manera el campo con impunidad. Las máximas con las que la decisión de cambio jurisprudencial será juzgada son bastante vagas, pero si la decisión no convence, me veré con menos posibilidades de persuadir en alguna otra oportunidad y me sentiré culpable por haber violado ciertas restricciones que mi rol me impone.

En segundo lugar, mi capacidad para cambiar la jurisprudencia, entendida como una especie de sumo y último poder para reorganizar el campo, encuentra su contrapeso en la noción de supremacía legislativa. Yo no puedo "cambiar jurisprudencialmente" una ley del Congreso. *Pero* quizá la ley pueda ser "derrotada" por las constituciones estatal y federal, de las cuales yo soy el intérprete. *Pero*, aunque quizá pueda recurrir a las constituciones para "cambiar jurisprudencialmente" la ley, no tengo el poder para invalidar las constituciones mismas. *Pero*, hay aún más: la historia no termina aquí, ya que, *a priori*, no pareciera que las constituciones sean de por sí más susceptibles de aplicación automática que cualquier otro grupo de normas jurídicas. Muchísimos casos célebres se derivan y se ramifican de los textos sagrados y estos casos interpretativos del texto sí que los puedo cambiar mediante una sentencia nueva.

El resultado final de todas estas vueltas y giros es que no puedo evitar que mi decisión de cambiar la jurisprudencia se vea enredada en medio del campo de la ley y por lo tanto sujeta a la restricción típica del campo, consistente en que yo logre superar de manera convincente la brecha de la obviedad; de no lograrlo quedo expuesto a perder el poder de mi carisma y a sufrir la revocación de mi sentencia durante la apelación. Con todo, es un poder extra: aumenta mi libertad para hacer que la ley se ajuste a la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar más allá de lo que hubiera sido el caso de verme obligado a trabajar todo el tiempo en el primer orden de la aplicación de la norma o en el segundo de la conveniencia pú-

blica. Me libera, sin embargo, de una manera especial: lo hace del mismo modo que una innovación tecnológica puede liberar a un obrero trabajando con un medio (por ejemplo, tal y como una nueva técnica de vaciado cambia las posibilidades del arte de la escultura). Nuevas técnicas traen consigo nuevas restricciones así como nuevas posibilidades. Cambian y también reducen la sensación de restricción. Hacen que sea más difícil que antes establecer con autoridad qué puede y qué no puede hacerse con el medio. Con todo, el cambio de jurisprudencia no hace del juez una persona todopoderosa.

* * *

Configuraciones de campo típicas. Tal y como lo percibí en un primer momento, un campo jurídico es muchísimo más que una mera colección de normas generales, límites, precedentes y vectores. Casi con seguridad encontraré en él algún patrón, me parecerá un campo con una configuración específica. Por supuesto que cada campo es distinto a cualquier otro. Pero durante este proceso gestáltico a través del cual nos aproximamos para entenderlo, utilizamos, así sea de manera intuitiva, lo que podríamos llamar "configuraciones-tipo". Llegamos a conocer las particularidades de un campo relacionándolo a uno o más de estas "configuraciones-tipos", y por ese sólo hecho el campo resulta deformado en el proceso.

Es posible ordenar y presentar los distintos tipos de configuración dependiendo de qué tan minados sean.⁵¹ Por esto quiero decir que algunos campos

51 Hemos traducido la expresión *impacted fields* como "campo minado". Hace referencia a la cantidad de materiales jurídicos que pueblan esa región de la experiencia jurídica, haciendo más o menos difícil su reordenación *gestáltica*. Entre más minado el campo, más difícil es moverse y más cuidado tiene uno que tener para no toparse contra reglas, precedentes o argumentos de conveniencia pública que impidan la más o menos libre manipulación de los materiales jurídicos.

ofrecen mejores oportunidades que otros. A continuación, mis candidatos, empezando con la configuración que parece ofrecer la menor posibilidad de salvar la distancia inicial que separaba la ley de la sentencia-a-la-que-quiero-llegar.

El campo minado. En este campo los límites son largas líneas rectas; en otras palabras, esto significa que existen normas generales que determinan los límites de otras normas generales. Por ejemplo, puede existir una norma que establece que para que el discurso sea protegido por la cláusula de libre expresión debe tratarse de comunicación lingüística hablada o escrita. Cuanto más avancemos "sin hacer excepciones" (por ejemplo, si la Corte decide que no hay violación de la libre expresión si se censura la presentación de un baile de obvio contenido político o la crítica política de unos mimos),⁵² más larga será la línea que forma el límite. En el campo minado existe un buen número de casos distribuidos de modo que siguen un patrón regular a lo largo del límite, disipando cualquier duda de que la norma significa precisamente lo que dice. De hecho, las cortes han fallado exactamente de esta manera casos de baile y de mimos denegándoles la garantía de libre expresión.

Es más, los tribunales que fallaron estos casos lo hicieron redactando su decisión de forma tal que dichos casos quedaran meticulosamente cobijados por la más abstracta formulación de la norma general y reconfirmando durante el proceso todos los casos anteriores en la misma línea y esperando, además, que otros jueces decidan en el mismo sentido casos futuros, colocándolos como puntos intermedios entre los ya existentes para así "completar la línea". Protegidos por el límite se encuentran un buen

52 En estos casos, pues, se estaría excluyendo de protección constitucional a aquellas actividades que no son expresiones lingüísticas escritas o habladas ya que la regla así establecida no se extiende a este tipo de "discurso artístico".

número de casos fáciles que se van haciendo cada vez más fáciles a medida que nos acercamos al centro o núcleo del campo, ya que la "pendiente" creada por los argumentos de conveniencia pública es más fuerte en tanto más nos acerquemos al núcleo. Este peculiar modelo o estructura del campo hace muy difícil concebir la posibilidad de "hacer trampa" (por decirlo de algún modo) con un caso sorprendente que permitiera la censura, en tiempos de paz, por razones de seguridad nacional, de un editorial periódico que critica al gobierno.

Cuando creo que el campo está minado entiendo entonces que será difícil de manipular. Aquellos límites rectos, reconfirmados a intervalos regulares por precedentes cuyas decisiones coinciden con la línea demarcada harán muy difícil poner en práctica las técnicas que he venido describiendo. Lo primero que pienso es que, a menos que pueda reconstruir los hechos concretos de la obstrucción de la vía por parte de los trabajadores, estoy en serios problemas. Recordemos, sin embargo, que no estoy hablando de las características objetivas y reales del campo sino, más bien, de esa primera impresión que me hago del caso.

Por ejemplo, cuando me siento a trabajar leyendo muchos de los casos que recuerdo vagamente bien puede ocurrir que todo cambie. Todavía no he comenzado a replantear en serio las normas, los precedentes y los argumentos de conveniencia pública pertinentes. Mi primera impresión, aquella de que se trata de un campo minado, es *producto* de mi temor inicial de no poder salir con un argumento jurídico viable en defensa de la obstrucción de la vía como *causa* de dicho temor. Pero bien puede pasar que al minuto, luego de algo de estudio y consideración, el campo (que parecía minado) se me presente con otra apariencia, tal y como ocurrió anteriormente cuando por fin comencé a ver la posibilidad de cobijar la obstrucción de la vía bajo el ala protectora de la Primera Enmienda.

*El caso de primera impresión.*⁵³ Algunas veces el campo está completamente estructurado en todas partes excepto en las inmediaciones del caso que tenemos a mano. La línea fronteriza resulta imprecisa en el área que circunda a la obstrucción de la vía; no se ven precedentes cerca y, de modo significativo, los vectores que representan los distintos argumentos de conveniencia pública parecen ser de la misma magnitud no sólo a lo largo de la fina línea de equilibrio sino alrededor de toda la región fronteriza. Si los vectores son casi equivalentes y también relativamente fuertes, entonces se trata no de un caso de primera impresión sino de un "gran" caso. Si los vectores son débiles, entonces no será más que otro caso rutinario de creatividad jurídica de poca monta.

Si el campo posee esta estructura pero la obstrucción de la vía parece quedar por fuera de la zona de indeterminación, una táctica esencial de argumentación consiste en replantear los hechos para ubicarlo allí. Esto hace que la situación inicial pase de ser del todo adversa, ya que allí la aplicación de la norma parecía ser ineluctable en mi contra, a una nueva situación neutra en la que todo el mundo aceptaría la existencia de buenos argumentos jurídicos para ambas partes y todo el asunto parece tener la misma atmósfera que suele rodear a los eventos deportivos solemnes.⁵⁴

53 Un caso de primera impresión es aquel que se presenta por primera vez ante las cortes sin que exista precedente judicial en punto. En derecho continental, estos espacios de libertad adjudicativa, a los que luego se referirá Kennedy, son usualmente llamados "lagunas" o "vacíos" normativos. En estos casos el resultado depende de la "primera impresión" que se forme uno al respecto, ya que ambos "lados" de la cuestión tienen argumentos sólidos y respetables.

54 En los deportes no existe nadie quien *deba* ganar la partida (o el caso). Nadie tiene *derecho* a ganar un enfrentamiento deportivo. El resultado, aunque puede ser *deseado*, *esperado* e

El campo minado y el caso de la primera impresión representan, respectivamente, la restricción y la libertad tal y como éstas son concebidas en la tradición jurídica. Un caso de primera impresión no amenaza en modo alguno dicha tradición porque la libertad aquí implícita es, en primer lugar, poco común y en segundo lugar, porque se trata de una libertad restringida por su propio y estrecho contexto. Así las cosas, se puede decir que dicho caso es una especie de claro de libertad en medio del interminable bosque de restricciones. Pero, como al final solo ejercemos libertad allí donde no hay restricción, ésta última no se ve amenazada. Es más, decida como decida el juez, siempre termina taponando una parte del claro de modo que se puede decir que la libertad de los casos de primera impresión es una libertad que se auto-destruye. A medida que más y más jueces ejercen esta libertad, dicha libertad se irá agotando a medida que las fronteras se van demarcando y solidificando caso a caso.

Los tipos de configuración que se presentan a continuación son distintos al campo minado y a los casos de primera impresión debido a su ambigüedad. Antes que revelarse como casos perdidos (restricción) o abiertos (libertad), se presentan como oportunidades cuyo último significado conformaremos a través del trabajo de la argumentación.

* * *

El campo no racionalizado. Imaginemos que existen muchos casos en las inmediaciones de la fron-

incluso *altamente probable* (dadas las habilidades de los equipos o jugadores que se enfrentan), está rodeado de un aura de indeterminación radical. "En fútbol todo puede pasar", se dice con frecuencia. La indeterminación es increíblemente más alta, y el ambiente está especialmente cargado cuando se enfrentan dos potencias deportivas. Allí los "argumentos" de uno y otro son igualmente respetables. Sólo hasta el final se sabrá quién predominó.

tera, algunos decididos en favor de los trabajadores y otros en favor del patrón. Todas estas decisiones dependieron de los hechos particulares del caso, con escasa argumentación y con decisiones que podríamos calificar como estrechas o insuficientes o incluso lógicamente defectuosas. Por la sencilla razón de que existan tantos casos apiñados alrededor del límite, existen múltiples oportunidades para reorganizar el campo mediante el replanteamiento de los hechos. Y esto resultará particularmente cierto allí donde existan muchos detalles a la mano para cada precedente (de manera que quien replantea tiene toda la libertad del mundo al seleccionarlos) o también cuando prácticamente no existan detalles (así quien replantea podrá desechar el caso por ambiguo). Un campo de esta naturaleza hace tentadora la posibilidad de emitir una opinión judicial en la que se proponga una nueva norma legal que muestre cómo todos los viejos casos, bien entendidos, se ajustarían a ella. Como los casos anteriores no han sido racionalizados pero sí son numerosos, el ejercicio puede resultar ser particularmente convincente en la medida que "impone orden al caos" y un gran alivio para la audiencia. Claro, también puede fracasar estrepitosamente dejando aun mayor desorden del que había al comienzo.

* * *

El campo contradictorio. Se trata aquí de la situación en la que existen muchos casos que favorecen a ambas partes (trabajadores y patronos), pero de tal forma que los patronos han ganado algunos casos que perjudican seriamente la libertad de expresión y los trabajadores, a su vez, han ganado otros que perjudican seriamente el control de los patronos sobre los medios de producción durante una huelga. Digamos que, por ejemplo, los tribunales han prohibido terminantemente cualquier forma de

piquete pero han autorizado cualquier otro tipo de boicoteo secundario.⁵⁵

Para conectar los puntos que demarcarían los límites en este tipo de situación se hace necesario trazar una línea en zigzag que primero penetra profundo en un territorio y luego hace lo mismo en el otro. Cada una de las opiniones reformula cabalmente los vectores de conveniencia pública, de modo que en conjunto parecen "exigir" un único resultado. Sin embargo, el resultado más bien lo que deja ver es que la fuerza de un argumento de conveniencia pública dado parece variar muchísimo en puntos que están muy cercanos el uno del otro dentro del mismo campo.⁵⁶

Estas rápidas variaciones a lo largo de una frontera retorcida sugieren "que algo anda mal". Por ejemplo, el límite que separa la responsabilidad objetiva (sin culpa) de la responsabilidad por culpa, en el régimen jurídico de la responsabilidad civil extracontractual, posee esta cualidad. Los casos en los que abiertamente se impone responsabilidad objetiva son solamente una pequeña parte del problema y poco resuelven. (Como lo sabe cualquier estudiante de derecho, es muy difícil establecer qué constituye una "actividad peligrosa" dados los precedentes y la muy ambigua definición del concepto). Están también los así llamados "ejemplos históricos" de responsabilidad objetiva como son los daños ocasionados por animales y las así llamadas "alteraciones de

55 El *boycott* es otra arma de lucha sindical que consiste en abogar, ante los consumidores, que se abstengan de comprar los productos que produce el patrón. De esta forma se ejerce presión económica legítima sobre el patrono. Por supuesto, el *boycott* laboral termina una vez los trabajadores han logrado las reivindicaciones laborales que pretendían.

56 Imagínese el lector, por ejemplo, que en una determinada línea de precedentes se enfrentan consideraciones de "seguridad jurídica" por un lado y de "justicia" por el otro. Un campo contradictorio es aquel en el que en casos muy similares dichos principios triunfan alternativamente.

la paz".⁵⁷ Están también aquellos casos de *res ipsa loquitur*⁵⁸ y aquellos otros en que se manipula el consentimiento informado de la víctima; en tales circunstancias los tribunales terminan imponiendo, *de facto*, un régimen de responsabilidad sin culpa pero ocultándola bajo una retórica culpabilista. Algunas veces los tribunales incluso interpretan el estándar de la "persona razonable"⁵⁹ para imponer responsabilidad sin culpa, al mismo tiempo que en otros casos "individualizan" el estándar para evitar el anterior resultado.

En estos casos son muchísimos los argumentos que existen para encontrar responsabilidad objetiva sin culpa y muchísimos los argumentos opuestos que recomiendan la aplicación de un régimen basado en la negligencia y la culpa. El problema reside en que, si se tomara en serio cualquiera de los argumentos, sería menester invalidar decenas de casos funda-

57 En general, sobre el sistema de *torts* en los EE.UU. remito al lector a lo dicho *supra* en pie de página del editor. Otra de las formas típicas del sistema de *torts* en los EE.UU. es el así llamado *nuisance*, que hemos traducido como "alteraciones de la paz". En este tipo de responsabilidad, el demandante presenta acción civil contra el demandado por la alteración que el primero ha sufrido en el goce y disfrute de su propiedad. Es preciso anotar que en esta tipificación de responsabilidad se hace referencias a interferencias con la propiedad que no implican ocupación o posesión del bien. Ejemplos típicos son ruidos, olores o luces que interfieran con la propiedad del demandante.

58 En varios casos de *torts* es necesario probar la negligencia de quien cometió el daño (*tortfeasor*). Sin embargo, hay accidentes especiales en los cuales la sola ocurrencia del accidente parece probar, al menos parcialmente, que la negligencia existió de hecho. A estos casos se les denomina *res ipsa loquitur*, literalmente, "la cosa habla por sí misma". Ejemplos de la jurisprudencia incluyen las heridas que sufre una persona al comer comida enlatada que contenía vidrios rotos o las que sufre un transeúnte cuando un barril le cae desde un piso superior.

59 Este es el estándar por el que se mide la existencia o no de culpa para efectos de determinar la responsabilidad civil. Un estándar análogo sería, en la legislación colombiana, el del "hombre que emplea diligencia y cuidado ordinario en sus negocios propios" del art. 63 del Código Civil.

mentales basados en argumentos de conveniencia pública que apuntan hacia el resultado contrario. Por consiguiente, casi cualquier caso podría parecer de primera impresión ya que prácticamente todos los casos parecen caer a medio camino entre la responsabilidad objetiva y la culpa. Tenemos así una estructura en extremo compleja y llena de intersticios, nada parecida al campo dividido en dos por una línea recta que muestra un equilibrio de fuerzas. En realidad no hay frontera. Por tanto, cualquier punto que no haya sido ocupado por un precedente reciente se puede discutir y capturar.

* * *

El campo que se desploma. Un campo jurídico se desploma, en nuestro lenguaje, cuando los argumentos de conveniencia pública que favorecen a uno de los dos lados de la frontera, se reformulan de tal manera que la frontera desaparece. En estos casos una de las dos reglas generales que estaban en conflicto parece ahora poder aplicarse de forma correcta al otro lado de la frontera, hasta tal punto que destruye la contraregla.

El desplome del campo suele reconocerse rápidamente como un acontecimiento que amenaza todo la empresa de construcción del campo; no obstante, este tipo de argumentación "letal" es aceptable en la argumentación. Aún más: permanece ahí como un argumento posible, legal, indiscutiblemente legítimo y algunas veces, incluso, como un argumento muy convincente *en todos los casos que se presenten*. Contra este tipo de argumento demoleedor se oponen llamadas de atención *ad hoc* sobre las peculiaridades fácticas del caso, argumentos que evocan de manera descarada tiempos inocentes, errores, protestas intuitivas contra el colapso, etc., pero ni un solo argumento sólido capaz de contrarrestar al argumento demoleedor.

En el caso *Shelley vs. Kraemer*, por ejemplo, si el cumplimiento de pactos privados discriminatorios es también acción estatal-administrativa discrimi-

natoria, entonces el ámbito de lo privado “desaparece” ya que la estructura de todos los convenios privados depende, para hacerlos cumplir, de la exigibilidad (por medio del estado) de normas de derecho privado.⁶⁰ En el caso *Wikard vs. Fillburn*, si el trigo que se cosecha para propio consumo afecta el comercio interestatal porque disminuye la demanda, entonces resulta difícil ver qué tipo de actividad puede considerarse “intraestatal”.⁶¹ En el caso *Pennsylvania Coal vs. Mahon*, Holmes señala que todo tipo de actuaciones administrativas implican verdaderamente una “expropiación”, en el sentido de que alguien se empobrece con dichas actuaciones; para resolver el problema que genera este criterio tan sumamente amplio, propone, no muy coherentemente, el examen de “qué tanto se expropia”, i.e., “cuánto cuesta la actuación administrativa al particular”.⁶² En *Hoffman vs. Red Owl Stores* y en *Drennan vs. Star Paving*, el tribunal ordena el cumplimiento de una

60 En EE.UU. existe el concepto técnico de *state action*. Con él se hace referencia a aquellas actuaciones que, de alguna manera, pueden ser imputadas al Estado y por tanto ser consideradas violatorias de la Constitución federal. Desde el otro punto de vista, la doctrina de *state action* asegura una esfera de libertad para los sujetos privados, siempre y cuando no cualifiquen como *state action*. La doctrina, sin embargo, puede ser interpretada, tal y como lo muestra Kennedy, hasta el punto de su colapso. Si un contrato privado que eventualmente discrimina se convierte en *state action* al ser ejecutado ante el aparato judicial del Estado, entonces las líneas de lo público y lo privado se vuelven ilusorias. Qué valoración nos merezca tal cosa, es harina de otro costal...

61 En este caso, mediante la extensión de las consecuencias que tiene la producción meramente privada, se borran las líneas entre lo intra-estatal y lo inter-estatal. El punto es fundamental ya que, de acuerdo a la Constitución de los EE.UU., el Congreso federal sólo puede expedir legislación que regule el comercio inter-estatal. El tema fue fundamental en la definición de las funciones del Estado durante el *New Deal*.

62 Si la *expropiación (takings)* está prohibida constitucionalmente, existe un sentido trivial en que todo costo impuesto gubernamentalmente implica una reducción del capital propio asimilable a una *expropiación*.

obligación contractual cuando no se había celebrado el contrato de conformidad a las formalidades preestablecidas. Si en dichos casos hay obligación contractual, el precedente parece estar anunciando la abolición de las formalidades siempre y cuando existan simples expectativas de cumplimiento de la promesa.

* * *

El campo circular. La idea de que existan campos jurídicos circulares pone nerviosa a la gente y, como no es tan importante en nuestro estudio, sólo haré breve mención de ello. Nos percatamos de la presencia de un campo circular cuando casos opuestos, supuestamente fáciles, cada uno de ellos bien metidos al interior de territorios separados (es decir, regulados por reglas distintas) parecen estar más próximos entre sí (como "si hubieran dado toda la vuelta") que los casos que se miran cara a cara a lado y lado de la línea fronteriza.

Por ejemplo, las relaciones íntimas al interior de una familia nos parecen a la vez el ejemplo clásico de la esfera privada (v.g. tal y como se describen en *Griswold vs. Connecticut* o en *Roe vs. Wade*);⁶³ dichas relaciones, sin embargo, por sus repercusiones sobre el bien común, están sujetas a una profunda e invasiva regulación estatal (como ocurre en la determinación en los casos de familia donde el juez puede decidir "en interés del niño",

63 En *Roe vs. Wade* 410 U.S. 113 (1973) la Corte Suprema decide que las mujeres que abortan, bajo ciertas condiciones, lo hacen bajo la garantía constitucional de intimidad. Por tanto, la legislación del estado que criminaliza sin más al aborto es inconstitucional. En *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965), la Corte utiliza la garantía de intimidad para declarar inconstitucional una ley estatal que criminalizaba el uso de contraceptivos. Para la Corte esa decisión es privada de la pareja y el estado no puede interferir con ella.

por encima del juicio de sus padres). O tómesese el caso de doctrinas como la de la agencia oficiosa en la que una persona, sin que medie contrato ni formalidad alguna, puede exigir de otra el pago de los gastos en los que ha incurrido al defender los intereses de ese otro. Este caso central de pago sin promesa, sin embargo, es difícil de probar y de distinguir ante las cortes, las cuales con frecuencia simplemente dirán que no había contrato y que por lo tanto no hay obligación de restituir.⁶⁴

* * *

Tengo la esperanza que tan pronto empiece a investigar el caso de la obstrucción de la vía el campo jurídico se me revele con una configuración de algún modo desordenada, por ejemplo, con un campo no racionalizado, pero temo que me vaya a encon-

64 Este párrafo es mi adaptación libre, al derecho continental, de un ejemplo que trae Kennedy en materia contractual pero que no tiene correlato cercano en nuestro sistema de derecho civil. El párrafo dice literalmente: *Or take promissory estoppel, which now applies most typically to a business transaction in which there has been a failure to comply with formalities and in which the measure of damages may actually be the expectancy. This core promissory estoppel case is hard to distinguish from the core case in which, according to the traditional wisdom of, e.g., Baird v. Gimbel, the doctrine has no applicability at all.* El concepto contractual de *promissory estoppel* se refiere a lo siguiente: existe derecho a invocar *estoppel* cuando existe una promesa, representación o conducta de una de las partes de un contrato que lleva a la otra a asumir que esa otra persona seguirá cierto curso de acción o lo llevan a creer que ciertos hechos son ciertos o lo llevan a pensar que existe una relación jurídica y él, confiando en la promesa, representación o conducta, ajusta su propio comportamiento correlativamente. La doctrina de *estoppel*, por tanto, protege a la parte que confió en la promesa, representación y conducta, impidiéndole a la otra parte que haga valer el derecho estricto. Se trata evidentemente de una doctrina de protección de la buena fe entre las partes y sirve para derrotar los argumentos formales de una parte que con su conducta ha generado confianza o expectativas diversas en la otra.

trar con un campo minado en el que mi caso bajo estudio esté muy bien plantado detrás de "filas enemigas". Uno de los propósitos de la argumentación jurídica es modelar el campo de manera tal que siga pareciendo minado, pero ahora con el caso de la obstrucción de la vía firmemente ubicado en donde debería estar.⁶⁵

Si al comenzar el estudio de la cuestión el campo me pareció bien ordenado pero al final de mi investigación y estudio este mismo campo ahora me parece *contradictorio*, he perdido terreno, y esto a pesar de que aún siga presentando de manera más o menos convincente el caso de la obstrucción como uno que debe resolverse en favor de los trabajadores. Por otro lado, si empecé con un campo *minado* poco favorable a los intereses de los trabajadores y termino con un caso viable *de primera impresión* o con un caso viable dentro de un *campo circular*, voy muy bien.

Ahora bien, la razón por la que se quisiera terminar con un campo minado (en donde el caso en cuestión esté favorablemente ubicado) es que los límites, las fronteras bien ordenadas del campo minado, sus precedentes bien dispuestos, las decisiones judiciales coherentes y sus pendientes de conveniencia pública bien definidas, todo ello constituye la imagen misma de la necesidad jurídica. Si se logra convencer a la audiencia de que se está frente a un campo de esta naturaleza, la audiencia percibirá el proceso de la toma de decisión como un sencillo ejercicio de aplicación de la norma. Será uno de esos casos que se "decide solo".

Por el contrario, cuando se trata de un caso ubicado en un campo contradictorio, no importa que tan verosímiles sean los argumentos presentados, las posibilidades de salir con el resultado que quiero no son tan claras. La configuración caótica de un

65 Es decir, que el caso esté situado detrás de "filas amigas"; precisamente donde Kennedy quiere que el caso esté.

ampo contradictorio (no importa dónde se esté ubicado dentro del campo nos veremos rodeados de cosas resueltas en las más diversas formas) no es más que la representación simbólica de la contingencia disfrazada de necesidad. Quizá esto sea un consuelo si se tiene en cuenta lo mal que se veían las cosas al comienzo, pero no se trata, ni mucho menos, del final ideal para este caso.

* * *

Recordemos, sin embargo, que este caso no es toda la historia. Como juez liberal activista que soy tengo metas y propósitos a largo plazo respecto a la configuración de distintos campos en los que trabajo. Por ejemplo, supóngase que me sea posible fallar el caso de la obstrucción de la vía en favor de los trabajadores si enfatizo un cierto aspecto de la situación fáctica, pero que durante este mismo proceso resulto reafirmando, respetando un límite dentro del campo que a mí en verdad me parece un lastre y una injusticia. Quizá mi meta global de reforma jurídica busque en últimas derrumbar ese límite (digamos que lo haga afirmando que no existe distinción fundamental de entrada entre el derecho de propiedad del patrono y los derechos de los trabajadores sobre los medios de producción). Así las cosas, el concepto de propiedad no debería definir un núcleo de prerrogativas patronales que deben permanecer inmunes a la intervención obrera durante una huelga.

Con el fin de desordenar el campo, es posible que esté dispuesto a sacrificar algo respecto del propósito de ser totalmente convincente en este caso específico de obstrucción. Quizá enfatice hasta qué punto la decisión de mi caso entra en conflicto con decisiones establecidas por la larga cadena de casos que han tratado sobre el piquete colectivo y así generar una conciencia de discontinuidad que induzca a los trabajadores y a sus abogados a convertir este caso de obstrucción de vías en el primer paso

de una invasión que penetra hacia el núcleo de los derechos de propiedad del patrón.

* * *

Así como son muchos los objetivos detrás de la elaboración de mis argumentos, así también son muchos y variados los materiales y pasos que puedo dar con cada uno de los elementos que existen dentro de un campo. En tanto me dispongo a realizar el trabajo de la argumentación, todas estas posibilidades producen una vaga sensación de lo que se podría llamar la *economía de un campo*. Por economía de un campo entiendo la existencia de unos sistemas de intercambio y compensación entre los objetivos que deseo lograr y los distintos pasos que los materiales a mi disposición me permiten (o no) dar. Acabo precisamente de describir uno de tales costos al hablar del choque entre, por un lado, mi deseo de decidir el caso a favor de los trabajadores mediante la negación de la orden judicial restrictiva y, por el otro, mi gran objetivo de largo plazo de desestabilizar la norma según la cual los trabajadores no pueden interferir con el uso que los patronos le quieran dar a los medios de producción durante una huelga. Tales intercambios, compensaciones y costos "a pagar" a nivel de las metas finales que busco, se deciden y ejecutan mediante la selección de los elementos del campo que voy a manipular y de qué tanto los voy a manipular. Se trata de *estrategias de ejecución* en el contexto de la manipulación de un campo.

Una estrategia no es más que una serie de opciones entre, por ejemplo, (i) distinguir un caso dado mediante el replanteamiento de sus hechos o, (ii) distinguir un caso mediante la reformulación de su *ratio decidendi*.⁶⁶ Otra opción estratégica tam-

66 Arriba, en nota del editor, se explicó las nociones de *estrechamiento* de la *ratio decidendi* del caso judicial y *distinción* de casos.

bién sería distinguir la línea de decisiones sobre piquetes de aquellos en los que se presenta, no un piquete, sino una obstrucción de la vía fundamentado en el argumento de que obstruir una vía es un caso de desobediencia civil. Igualmente puedo mostrar que la obstrucción de la vía, a diferencia de los piquetes colectivos, es una acción sindical en la que no se ejerce coacción con lo que, a su vez, se destaca su parecido con el piquete individual (que a su vez merece mayor protección bajo la égida de la libre expresión).

La noción que está detrás de todo esto es que existe una especie de relación de sustitución entre las diferentes jugadas de manipulación posibles. Puedo escoger entre el establecimiento dramático de una nueva frontera o la reformulación, también dramática, de los hechos ocurridos en un caso hasta el punto en que éstos aparezcan al otro lado de una frontera que jamás se ha movido. Es más, las posibilidades de juego que se tienen en un sector del campo (o con relación a un elemento, por ejemplo, los precedentes) influyen y en efecto restringen las opciones posibles en otros sectores del mismo campo.

En la discusión que precede he venido desarrollando una estrategia particular para poder negar, como juez, la expedición de una orden judicial en contra de la obstrucción de la vía. Algunos de los elementos de la estrategia son: la opción de hacer una defensa general de esta forma de protesta sindical respaldado en la garantía de libre expresión; la opción de no enfrentarme a las posibles penas impuestas por el derecho local a los sindicalistas, pero siempre y cuando nunca se llegue a expedir una orden restrictiva de nivel federal; la opción de presentar el piquete colectivo como un caso que no merece protección constitucional debido a sus elementos de coacción y no al hecho de que no se trate de "discurso", etc. Me parece obvio que deben existir muchas otras estrategias posibles pero por el momento sólo

se me viene a la cabeza la de acudir a la Ley Wagner de 1933 que restringía la posibilidad de emitir órdenes judiciales restrictivas.

Una de las consecuencias de adoptar firmemente una estrategia concreta es que se forma una especie de "visión de túnel": se encuentra uno, por decirlo de algún modo, dentro de la estrategia, sensibilizando a su economía interna, su historia de concesiones y compromisos, en sintonía con el proceso de llevar tal estrategia lo más lejos posible pero, por lo menos por el momento, incapaz de imaginar otro camino alternativo.

Pero la estrategia es también un *compromiso práctico*. Precisamente porque tiene que ser coherente, la estrategia impone múltiples restricciones respecto a cómo responder a cualquier aspecto nuevo que surja en el caso. No es una mera cuestión de consistencia lógica: la estrategia tiene su propio tono y estilo. Por ejemplo, emplear una retórica enfática sobre la necesidad de cortar la violencia de raíz cuando se trata del piquete colectivo entrará en evidente tensión con la retórica según la cual "la represión genera más violencia" ahora aplicada al tema de la obstrucción de la vía; esto a pesar de que, en estricta lógica, las dos posiciones no se contradicen. Aún más, una estrategia implica inversión de tiempo. Una vez he trabajado en el desarrollo de las muchas partes interconectadas que constituyen una estrategia, me resultará muy costoso responder a una nueva pregunta con una nueva respuesta que me obligue a revisar todo lo que he dicho con anterioridad.

* * *

En la argumentación jurídica, como en otros procesos productivos, quienes practican la profesión tienen una idea intuitiva de eficiencia al escoger las jugadas de manipulación y los materiales disponibles. Cualquier persona que haya practicado la argumentación jurídica sabe muy bien lo que significa

desplegarlos "limpiamente", "con elegancia", es decir, desplegarlos con un gasto mínimo de... algo. Hace parte de esta compleja noción saber que, si lo que más nos interesa es quién gane el caso, entonces debemos convencer a todos de que la obstrucción de la vía no se puede prohibir y hacerlo de tal manera que el replanteamiento de hechos y precedentes sea lo menos extenso posible, reordenando lo menos posible los vectores y las pendientes generados por los argumentos de conveniencia pública y, finalmente, moviendo lo menos que nos sea posible la frontera que separa la libertad constitucional de expresión de la interferencia ilegítima con el derecho de propiedad. Si, por el contrario, lo que se quiere es "crear derecho", se debe proceder del mismo modo para lograr desplazar la frontera tanto como sea posible con la menor alteración de los otros elementos del campo.

Surge así una especie de coeficiente. El éxito de la argumentación jurídica puede medirse por lo poco que hubo que alterar o perturbar un campo para lograr, de modo convincente, una reestructuración de dicho campo: ya se trate de una gran estructuración mediante la creación de derecho o de una pequeña modificación que asegure que los "buenos", aquellos a quien yo favorezco, ganen el caso. Pero en último término lo que importa es una cuestión de proporciones, un cociente o coeficiente, antes que el monto absoluto de desplazamientos o de alteraciones.

† † †

Mi incertidumbre sobre si seré o no capaz de elaborar un argumento convincente. Hasta este punto he presentado la actividad de la argumentación como una especie de trabajo que se realiza en un medio y que tiene un propósito. El propósito, a saber, era convencer a la audiencia de que, contrario a nuestra primera impresión, negar la expedición de una or-

den judicial restrictiva en el caso de la obstrucción vial por parte de los trabajadores, se ajusta a la ley. Asumo esta labor discursiva con un buen número de propósitos ulteriores tales como evitar la revocación de mi sentencia por parte del tribunal de apelaciones, cumplir mis deberes constitucionales, etc. Espero, también, que al desarrollar un argumento convincente en contra de la orden judicial restrictiva, no pierda credibilidad como juez; es más, espero que mi credibilidad aumente gracias a mi bien fundamentada sentencia.

En un escenario ideal me puedo imaginar la existencia de un campo jurídico en el que se dé la correspondencia cabal entre la ley y la sentencia-a-la-que-quiero-llegar. Lo que en un primer momento fuera un campo minado en donde de manera inequívoca se prohibía la obstrucción de la vía (un caso fácil) se ha convertido, para sorpresa de mi público, en un campo minado en el que la obstrucción está claramente permitida o, por lo menos, no se puede prohibir por medio de una orden judicial restrictiva del orden federal. De esta manera he logrado cerrar una muy ancha "brecha de obvedad"⁶⁷ a través de una manipulación del campo que resultó ser particularmente elegante: un cambio drástico del resultado con escasísima perturbación de los elementos que componen el campo.

Cuando logro esto me siento eufórico. Es más: incluso llego a sentir, por un instante, una peligrosa omnipotencia, un placer enorme por la plasticidad natural/social del campo entendido como un medio; sentiré también un éxtasis narcisista generado por la reacción favorable de mi público frente a mis argumentos (para no hablar de la sobria alegría que producirá el mucho bien que podré hacer gracias a mi nueva y aumentada credibilidad). Pero

67 Sobre la brecha de obvedad, ver nota del editor *supra*.

antes de que me tilden de megalómano, quisiera agregar que parte de todo este placer es perfectamente legítimo. Tuve una intuición acertada de lo que era justo en la situación concreta: la sentencia-a-la-que-quería-llegar en este caso concordaba con la intuición según la cual la ley, tal y como se me presentaba al comienzo de mi indagación, cometía una injusticia contra un grupo de gente específica (los trabajadores). Si he tenido éxito al lograr que la ley sea más justa para con este grupo de personas, por lo menos parte del placer que esto me produce será una emoción altruista de la que no debo avergonzarme: habré ayudado a alguien. Lástima que no siempre ocurra así.

Más adelante describiré cómo todo esto puede terminar de forma no tan maravillosa. Pero antes de ir allá, consideremos un poco la incertidumbre (que tenía al iniciar el proceso de argumentación), sobre lo que ocurriría a lo largo de dicho proceso. Al comienzo he realizado un cálculo aproximado, me he formado una idea vaga de qué tan ancha es la "brecha de la obvedad", de qué tantos "insumos" utilizaré para trazar un puente sobre ella y qué tan alta es la probabilidad de quedarme corto en el intento. ¿Pero, por qué es entonces que no me es posible saber de antemano las dimensiones más o menos exactas de mi problema, de qué recursos dispongo y de la calidad última de mi solución? Yo no sé *por qué* no lo sé. Pero he aquí *cómo* es que no lo sé de antemano.

* * *

Proyección. Puedo haber juzgado incorrectamente el aspecto que, para otra gente, tiene el campo. Recuerdese que no sólo intento convencerme a mí mismo sino a un público hipotético. Pero es menester que yo construya su manera de ver las cosas sobre lo que yo mismo veo. Con frecuencia ocurre que a primera vista el campo me parece a mí "no racionalizado" o incluso "contradictorio", mientras que los

demás lo ven como un campo "minado". En otras palabras, sé que mi perspectiva tiene un sesgo (respecto de lo que los otros ven) en tanto que veo el campo indeterminado, desestructurado, susceptible a todo tipo de manipulaciones. Recuérdese que mi comprensión inicial de la configuración del campo es el resultado de un proceso gestáltico, y que la configuración del campo está profundamente arraigada tanto en el ojo del que mira como en los estímulos que vienen de fuera. Otras personas parecen percibir el campo como si siempre estuviera minado; les parece además que percibirlo de otro modo es erróneo. Ellos sólo serán capaces de relajar la estructura del campo cuando inviertan cierta cantidad de esfuerzo y dolor en el proceso argumentativo.

Virtu. De lo que se trata con la argumentación jurídica es de ser capaz de cerrar grandes "brechas de obiedad" con la menor perturbación posible de los elementos que conforman el campo. Estoy hablando de la habilidad para combinar distintas jugadas interpretativas: reformular hechos, decisiones judiciales, normas, argumentos de conveniencia pública y estereotipos de manera que se logren múltiples metas al menor costo posible.

No existe manera de asegurar que uno tendrá la capacidad de hacerlo la próxima vez que se intente. En qué medida usted pueda cambiar un campo a través de la argumentación es una propiedad *suya*, es decir, la determina su habilidad junto con las propiedades que exhiba el campo... el problema es que nos es imposible conocer de antemano qué tan hábil sea Ud. Después de todo todos tenemos días buenos y días malos. Factores psicológicos internos, como la adrenalina, el pánico, la fatiga influyen en el proceso; otros factores internos impredecibles o que sólo serían revelados luego de psicoanálisis, todo esto también influye. La vida es una ruleta en esto de la argumentación jurídica como en todas las demás cosas de la vida.

Propiedades ocultas. La comprensión inicial que tengo del campo no me dice mayor cosa sobre éste. Puedo hacer la analogía con un cuerpo de agua sobre el que voy a navegar. Veo la superficie del agua pero por lo general no veo lo que está debajo. Sin embargo, son muchas las señales en la superficie que me indican qué puede haber debajo. Alguna gente es muy buena para leer estas señales, otras, no tanto. Pero no importa qué tan bueno sea para realizar esta lectura, son muchas las cosas que no podemos saber de antemano. En el caso de la argumentación jurídica me es imposible saber con precisión qué cosas están contenidas en los cientos de casos o normas jurídicas que no he leído y que pueden ser relevantes para este caso; o qué cosas haya en la enorme cantidad de material jurídico que rueda por el mundo en espera de que alguien lo encuentre para ponerlo en buen uso en este preciso caso.

* * *

Lo que todos estos tipos de incertidumbre implican es que jamás podré saber de antemano si me será posible desarrollar unos argumentos jurídicos en respaldo de la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar que sean capaces de convencer a *mi* audiencia. Algunas veces los problemas son obvios desde el primer momento. A veces no logro quitarme de encima aquella sensación de pánico inicial cuando sospeché que se trataba de un caso que los trabajadores jamás podrían ganar. Sin embargo, otras veces ocurre que la sensación de que no podrán ganar surge lentamente, en la medida en que exploro los detalles de una línea de argumentación que inicialmente lucía promisoría.

Otras veces mi trabajo argumentativo no tiene el dramatismo de tener que enfrentarse contra el muro sólido de la así percibida objetividad de la norma. Bien puede ocurrir que sea capaz de elaborar un argumento "convinciente" que a la hora de la verdad

no convenza a mucha gente; o quizá logre convencer a mi audiencia de que la ley favorece mucho más a los trabajadores de lo que ellos pensaban pero no hasta el punto de convencerlos que ellos tienen que ganar el caso. Puedo encontrarme con que la manipulación del campo la realicé con torpeza o que, simplemente me equivoqué y lo hice mal... tan mal que no me convencería ni a mí mismo, pero que en todo caso, según creo, podría llegar a convencer a mi público.

Para mí, el curso normal de los acontecimientos es algo que experimento como altamente contingente. No tengo, y sé que no tengo, una técnica para predecir con el menor grado de certeza qué ocurrirá con lo que fuera mi primera impresión de un conflicto entre la ley y la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar. Sólo me es posible saber cuál es la posición real de la ley a través del trabajo de elaborar argumentos y, a medida que esto ocurre, la situación puede abrirse a una multiplicidad de posibles resultados, ninguno de los cuales violaría ningún principio teórico muy arraigado.

* * *

Es posible que para cuando termine quiera y pueda presentar el resultado de mi argumentación como la consecuencia inevitable del "estado de la ley", como el resultado querido por la ley desde el comienzo de la indagación. Pero en realidad nunca sabré por qué el proceso resultó en lo que resultó. De manera más concreta, si no logro desarrollar un argumento jurídico convincente a favor de los trabajadores (es decir, que niegue la expedición del mandamiento judicial contra la obstrucción sindical de vías), si ello ocurre, jamás sabré si fue porque me faltó habilidad para manipular el campo o si más bien fue un problema de las "propiedades inherentes al campo" que hacían imposible que yo hiciera algo. ¿La "embarré" o estaba condenado de antemano a fracasar en el intento?

No ignoro completamente las razones del fracaso. Quizá la semana entrante otro juez o abogado sea capaz de producir un argumento en contra de la prohibición de la obstrucción de la vía que sea muy convincente y que disipe la supuesta objetividad de la norma, por lo menos en lo que concierne a este caso específico. De ocurrir esto, con seguridad me diré, sin la menor duda, que mi fracaso de la semana pasada fue un fracaso de mis capacidades antes que un resultado predestinado por la estructura del campo. También es posible que descubra una buena cantidad de intentos fallidos de argumentar el caso de manera convincente y que por lo tanto concluya que, después de todo, mi fracaso no fue tan vergonzoso.

Saber este tipo de cosas es consistente con la sensación de contingencia radical que estoy tratando de explicar. Cuando alguien logra hacer lo que yo no pude, aprendo que mi fracaso fue un fracaso de mi habilidad. Veo además, en el fracaso de otros, evidencia de que mi fracaso es consecuencia, sobre todo, de las propiedades particulares del campo. Sin embargo, no veo manera convincente de probar que simplemente no se podía hacer. Es *imposible* probar que era *imposible* modificar el campo por medio de jugadas argumentativas.

Muchas veces he tenido esa primera impresión en la que todo parece indicar que una norma cubre de manera objetiva un caso. También muchas veces he pensado que "ni de fundas" puedo hacer algo. Y también muchísimas veces he tenido la experiencia de percibir cómo esa aparente objetividad luego se desmorona bajo la presión que ejerce el trabajo de argumentación jurídica. No conozco ninguna teoría que pueda advertirme cuándo eso va a ocurrir y cuándo no. Tengo que trabajar, esperar y ver. Cuando no funciona, esperar que otro pueda hacerlo. Otras veces vuelvo sobre el problema tiempo después y tengo éxito allí donde había fallado por razones que en realidad no eran culpa mía. *Desde adentro*, lo que

llegue a ocurrir con mi sensación inicial de que la norma era objetiva es algo enteramente contingente.

Podría imaginarme la posibilidad de predecir si la objetiva auto-aplicación de la norma resistirá el paso del tiempo y la presión del trabajo argumentativo. Puedo imaginar lo que sería tener una técnica que hiciera posible, como en el caso de un topógrafo, afirmar con confianza que si, por ejemplo, prolongo el arco de tal puente en tal ángulo y tal dirección específicas, con total seguridad tocará tierra en tal punto preciso del otro lado del barranco. Pero no es eso lo que ocurre cuando se trata de la argumentación jurídica, por lo menos a mí no me lo parece. En honor a la verdad, mi experiencia ha sido que la gente que piensa lo contrario ha resultado no tener idea de lo que estaban diciendo.

* * *

[*El problema cuantitativo.* A estas alturas no puedo aguantarme las ganas de formular la siguiente pregunta: ¿con cuánta frecuencia encontraremos campos minados, en otras palabras campos que no será posible cambiar a través de la argumentación jurídica? Si se trata de una pregunta sobre lo que ha sido la experiencia de un juez o un grupo de jueces, entonces la pregunta resulta mínimamente comprensible.⁶⁸ Podríamos ingeniarnos una investigación

68 Obsérvese el importante cambio en el sentido de esta pregunta clásica de teoría del derecho. A muchos filósofos del derecho, luego de aceptar que existe relativa indeterminación en los materiales jurídicos, les interesa saber qué porcentaje de la actividad jurídica es indeterminado y qué porcentaje responde a casos de subsunción cierta de hechos en normas jurídicas. A esta pregunta responden, sin embargo, de manera apriorística: dada la naturaleza del lenguaje, por ejemplo, Hart puede afirmar que la periferia semántica (donde hay indeterminación jurídica) es un acontecimiento más bien raro. La norma general sigue siendo que los casos se acomoden confortablemente dentro de los centros semánticos de las normas. Esta *ratio* entre indeterminación y certeza permite acomodar en una esquina

empírica que indague por esa experiencia, quizá mediante entrevistas en las que se examinen casos ya fallados. Podríamos incluso intentar una indagación histórica basada en una base amplia y sugestiva de datos sobre cómo ha cambiado a lo largo del tiempo la experiencia de juzgar. Algo de mi propio trabajo académico ha sido realizado en este tenor.⁶⁹ Incluso aventuraría la hipótesis de que, desde la fundación de los Estados Unidos de América en 1776, nuestra sensación y posibilidad de manipular el campo ha ido en aumento en la historia jurídica estadounidense.

Sin embargo, no creo que la pregunta: ¿por qué tanta indeterminación hay en el campo?, se formule teniendo en mente una respuesta de esta índole. Se trata, como la hacen usualmente, de una pregunta por la *naturaleza* del campo, por una propiedad ob-

del debate al así llamado "escepticismo frente a las normas" (el nombre que Hart le da a los resultados del realismo jurídico); así el realismo jurídico resulta una tesis exagerada y podemos tranquilizar nuestra conciencia ya que el derecho, *en su mayoría*, sigue siendo una práctica *objetiva*. Al respecto, véase H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*, cap. VII, Oxford, Oxford University Press, 1994. Esta interpretación conciliadora (y ortodoxa) de Hart ha sido recientemente reformulada por David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 15. Para Dyzenhaus la penumbra de incertidumbre generada por la textura abierta del derecho es una "mini-emergencia" al interior de la teoría liberal del derecho: "Es una emergencia porque, por estipulación del positivismo, no puede ser resuelta mediante el derecho. Pero es "mini" porque es contenible: el orden puede ser salvado siempre y cuando el centro semántico siga siendo predominante". Kennedy en este pasaje propone una tesis muy distinta: no hay maneras de resolver *a priori* la pregunta de qué tanta indeterminación hay en derecho. La indeterminación es un fenómeno de la conciencia y sólo por medio del estudio de la "experiencia" de juzgamiento podemos hacer la pregunta significativa.

69 Se refiere aquí Kennedy en especial a su artículo "Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940", en: *Research in Law and Sociology*, vol. 3, p.p. 3-24, reimpresso en: James Boyle, "Critical Legal Studies", *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, New York University Press, 1992.

jetiva del material jurídico en uso en un momento preciso de su historia. Que no se pueda contestar a la pregunta formulada de este modo me parece que queda tácito en lo que ya he dicho.

La única manera de conocer el campo es a través de la experiencia y no existe una perspectiva valorativamente "neutra" desde la que sea posible ponderar "lo correcto" (o no) de los que afirman que el campo es inamovible. La experiencia de los jueces puede variar dependiendo de qué tan duro y con cuánta frecuencia hayan intentado manipular el campo cuando éste parece, a primera vista, minado. Tal experiencia puede también variar dependiendo de las técnicas de crítica que la cultura jurídica ponga a su disposición para desestabilizar la experiencia inicial de objetividad. Puede variar de acuerdo con la cantidad y cualidad peculiar del flujo de casos que estos jueces hayan decidido; también varía dependiendo de la frecuencia con que tienen que ocuparse de casos provenientes de distintas jurisdicciones autónomas.

Lo más probable es que la experiencia de qué tanta determinación hay esté determinada por todas estas cosas a la vez, así como por otros muchísimos aspectos de la realidad en la que viven los jueces. Uno de estos aspectos probablemente sea hasta dónde los jueces han aprendido en las facultades de derecho donde estudiaron a reconocer de antemano que los sistemas de significado, particularmente los campos jurídicos, son construcciones sociales susceptibles a múltiples interpretaciones. Si quisiéramos "contar" las experiencias de objetividad, nos veríamos obligados a decidir qué cosa puede considerarse como tal. Con todo, no existe ninguna serie "natural" de suposiciones o presupuestos, ningún modelo del *juge moyen sensuel* que pueda utilizarse como medida para establecer lo que un campo jurídico específico "en realidad" es. La pregunta cuantitativa simplemente no tiene respuesta.

¿Qué se puede decir entonces de un cuerpo de normas jurídicas "en sí", cuando lo consideramos en abstracción de los contextos particulares en donde son vivenciados por los jueces? Muy poco. No hay razón para creer que sea imposible modificar un campo excepto como consecuencia del fracaso de ciertos jueces al intentar hacerlo. Pero tampoco podemos afirmar lo contrario; quizá sea verdad que un campo específico se consideró inamovible porque *era* inamovible y no hay más que hablar].

† † †

El poder normativo del campo. A lo largo de esta discusión hasta el momento, he hablado como juez que sabe a dónde quiere llegar y que hace todo lo posible para que la ley se ajuste a sus propósitos. Algunas veces pienso que la ley es plástica y que colabora conmigo, otras veces creo que la ley se resiste, incluso que llega a ser inflexible; sin embargo yo y el resultado que prefiero seguimos siendo los mismos. Es hora por lo tanto de observar de modo crítico el polo de la dualidad constituido por "la sentencia-a-la-que-quiero-llegar". Antes de hacerlo, sin embargo, reifiquemos este polo como LSALQYQL.⁷⁰

LSALQYQL no es un dato externo que se me da, no se trata de algo que entre en escena desde fuera. LSALQYQL *tiene relación con el campo*. Esto es cierto, primero, en un sentido débil: opté por LSALQYQL en respuesta a una pregunta planteada en los términos establecidos por el universo social existente, que a su vez incluye al derecho. No quiero que a estos trabajadores específicos, que viven en nuestra sociedad par-

70 Traducimos aquí *reify* por "reificar": la palabra, de acento marxista, implica dar categoría de cosa a algo que por su origen o valor no lo es. En el contexto de la oración, permite "sustancializar" un concepto complejo para así poder analizarlo con más detenimiento.

icular bajo una serie de reglas jurídicas específicas, e les prohíba obstruir la vía. Es que ni siquiera me es posible formular LSALQYQL sin hacer referencia a este contexto jurídico... es la única manera en la que puedo darle significado a dicho resultado.

* * *

pero LSALQYQL está relacionada con el campo jurídico de una manera aún más interesante e importante. He venido tratando el campo jurídico como si fuera un medio físico, arcilla o ladrillo, cuando en efecto está constituido por una serie de pronunciamientos realizados por otras personas moralmente responsables (entre las cuales esté yo mismo incluido con mis decisiones judiciales anteriores), sobre cómo debe responderse a situaciones de conflicto. Mientras manipulo el campo, lo que hago es leer y releer los susodichos pronunciamientos, al parecer dirigidos a mí, en un intento por absorber su mensaje respecto a lo que yo ahora debo hacer. Es más, mucho antes de que me enterara de este caso, ya conocía cientos de opiniones emitidas por jueces y abogados y legisladores sobre cómo manejar conflictos más o menos análogos a éste.

Esto significa que, de entrada, no estamos lidiando con un enfrentamiento entre "mi reacción visceral frente al caso" y la ley, a menos que se entendiera mi "reacción visceral", mis "vísceras", como un órgano profundamente condicionado por el mero hecho de existir en nuestro universo legalizado.⁷¹

⁷¹ Aquí Kennedy critica y se distancia de las formas más elementales que revistió el "realismo jurídico" norteamericano. Para ellos la decisión judicial era tan sólo *a gut feeling*, una sensación visceral, *a hunch*, una reacción intuitiva frente al caso salida casi de la "nada", y altamente influenciada por las contingencias cotidianas de la vida: ¿estaba el juez de buen o mal genio al decidir el caso? Véase, Joseph C. Hutchenson, Jr., "The Judgement Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decisions", 14 *Cornell Law Review*, 274 (1929).

Es decir, yo no tengo intuiciones respecto al significado de la "justicia social" que sean independientes del conocimiento que poseo sobre lo que otros jueces y legisladores han hecho en el pasado frente a situaciones similares. Muchos otros actores y partícipes en el sistema jurídico me han influenciado, convencido, indignado e instruido, hasta tal punto, que en realidad nunca sabré a ciencia cierta si una opinión de la que estoy muy convencido es en "realidad" mía antes que de alguno de ellos. Ni siquiera creo que esta pregunta se pueda contestar.

Ahora bien, lo más importante aquí es saber que mi primera impresión del conflicto entre la ley y LSALQYQL puede llegar a desvanecerse porque ambos polos son móviles: LSALQYQL es algo que cambia y yo también puedo cambiar, mover la ley. Es más, la resistencia misma de la ley al cambio en la dirección que yo quiero, puede conducir a que LSALQYQL se mueva en la dirección de la ley. El estudio del material pertinente puede llegar a convencerme de que mi comprensión inicial de la LSALQYQL estaba equivocada. Puedo llegar a descubrir que, ahora, deseo el mismo resultado que al principio me indicaba la ley. A esto, precisamente, es lo que quiero llamar "el poder normativo del campo".

* * *

Intento desplazar la ley en dirección a LSALQYQL y en la medida en que la ley se resiste a este desplazamiento, encuentro que LSALQYQL es empujada en dirección a la ley. Pero ni LSALQYQL ni el campo jurídico son entidades físicas. Si siento alguna "presión", algún "empuje", a medida que leo el material jurídico, si el hecho mismo de cómo entendí la ley en un primer momento (a saber, como una ley favorable al patrón) ejerce empuje, es precisamente porque el campo es un "mensaje" y no una "cosa". Se trata de un *tipo* de mensaje con el que estoy familia-

rizado, un tipo de mensaje con el que ya he lidiado antes. Es más, puede decirse que yo mismo soy uno de los autores del mensaje.

Los precedentes llegan a mí en forma de historias llamadas situaciones fácticas sobre las que otros jueces han tomado decisiones que apuntan en direcciones distintas. Lo que ellos han hecho me interesa del mismo modo en que a un artista de una época posterior puede interesarle los artistas de épocas anteriores. Pero la palabra "interés" me parece insuficiente en este contexto. Los precedentes, cuando se han recogido siguiendo ciertos patrones, revelan posibilidades que me hubiera tomado mucho tiempo descubrir o incluso, que jamás hubiera descubierto. Observo con atención seis distintos fallos judiciales y me digo: "¡Dios mío! Se ingeniaron una estrategia que prohíbe toda forma de piquete pero que permite cualquier tipo de boicot secundario. Hmmm... me pregunto por qué. Ah, ya lo veo, hicieron una división tajante entre las tácticas sindicales que implicaban confrontación física y las que no. O quizá lo que les preocupaba era el derecho de los trabajadores de abstenerse de contratar en los casos de boicot o les angustiaban el que, por limitar las posibilidades de maniobra sindical, se limitara también las posibilidades de maniobra de los intereses patronales".

Sólo ponerme a estudiar estos patrones y configuraciones en las que se agrupan todo tipo de decisiones jurídicas precedentes puede llegar a cambiar mi perspectiva dado que tal estudio dispara mis reflexiones en direcciones que de otro modo no hubieran tomado. Pero no podemos olvidar tampoco el poder normativo elemental que tienen todas aquellas personas con las que me identifico: como creo que dichas personas se enfrentaban a algo similar a lo que ahora yo enfrento, entonces *cualquier* resultado al que ellos hayan llegado tiene a su favor, desde de mi punto de vista, la presunción de que yo también hubiera decidido en el sentido en que ellos lo hicieron.

Si categorizo la obstrucción de la vía, dentro del campo y entre los distintos precedentes, como una interferencia de mayor entidad que, por ejemplo, el piquete individual, entonces, el peso analógico de los precedentes hala de mí en la dirección del resultado que "la ley" quiere. Y me digo a mi mismo: "Dado que sé lo que ellos pretendían, infiero, a partir de los resultados que ellos obtuvieron en aquellos casos, que en éste habrían decidido de este modo. Y si ellos decidieron de tal manera el caso, entonces yo debería decidir de la misma manera mi caso". He ahí el poder normativo del campo de primer orden.⁷²

* * *

El poder normativo del campo de segundo orden, proviene de que todos estos jueces (y otras personas) nos han legado algo más que un mero registro de situaciones concretas y resultados. Escribieron opiniones llenas de explicaciones abiertamente normativas haciendo referencia a normas y argumentos de conveniencia pública. En esas decisiones previas, existen cientos de afirmaciones particulares sobre *por qué* nuestro resultado debe ser éste o aquél bajo tales circunstancias. En algunos de esos casos las circunstancias han sido minuciosamente detalladas. En otras oportunidades nos han legado consideraciones sobre cuál debe ser nuestra sentencia cuando se trata de una clase enorme de situaciones concretas que sin embargo han sido definidas de manera muy abstracta (por ejemplo, estos jueces nos dejaron la regla generalísima según la cual los trabajadores no pueden interferir con los medios de producción del patrón durante una huelga).

72 De esta forma Kennedy explica, a su manera, el peso argumentativo que tiene la doctrina de *stare decisis* en los Estados Unidos. Véase *supra*, en notas del editor, sobre el concepto de *stare decisis*.

Ahora bien, la práctica de dejar registro de cómo fallamos casos concretos y junto con ésta, la práctica de dejar "mensajes" sobre por qué dichas sentencias son ética, política y jurídicamente correctas, no es ningún misterio para mí, ya que, como juez, lo hago todo el tiempo. Sé muy bien y de primera mano, lo que significa intentar indicarle al porvenir cómo debe resolverse una disputa futura... también tengo una buena idea de lo que se siente cuando se tiene éxito en este sentido. La persona del futuro sobre la que yo he querido influir podrá llegar a decir algo como: "Tenía tal problema y me pregunté qué diría usted al respecto, de modo que busqué su decisión en el caso X en donde Ud. expone su teoría respecto a qué tácticas de obstrucción debían permitirse al trabajador durante una huelga, cosa que me resultó muy útil. Es más, podría decirse que lo que hice en el caso Y no fue más que implementar su teoría. Obviamente, de pronto Ud. crea que en realidad lo único que yo hice fue meter las patas".

Creo que es posible dejar registro de mensajes sobre cómo lidiar con situaciones futuras y que tales registros le serán comprensibles a actores futuros. Creo que a estos futuros actores les será posible "obedecer"⁷³ tales mensajes o directrices, y, algunas ve-

73 Aquí aparece en inglés el verbo *follow* que tiene importantes resonancias normativas. En general, cuando uno se acoge a la autoridad de un precedente anterior, la expresión típica es *follow a case* y esto significa que uno lo ha tomado como precedente obligatorio, que lo ha considerado, por razones argumentativas, digno o merecedor de ser obedecido o "seguido". Kennedy, entonces, cree que existen circunstancias en las que la expresión *follow a case*, o *follow a message*, esto es, "obedecer un precedente", "obedecer un mensaje", "obedecer o seguir una regla" son usadas de manera significativa. Sobre esto véase también Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, 3a. edic., New York, McMillan, 1958, en especial los párrafos 85-91 y 143-243 de la primera parte. También es útil la discusión de Hanna Pitkin, *Wittgenstein and Justice*, Los Angeles, University of California Press, 1993, p.p. 45-49.

ces, lo que ellos hacen con dichos mensajes corresponde con lo que nosotros llamamos "obedecer o seguir una regla". Algunas veces tengo la impresión de que las personas que nos dejaron todos esos mensajes (que en conjunto constituyen el campo) tenían en mente algo similar a mi caso y pretendían darme instrucciones para que lo resolviera de una manera específica. Me están dando instrucciones no sólo sobre la regla que ellos implementarían, y acto seguido sobre el modo de aplicarla, sino que también me están diciendo que ésta es la regla *correcta* y que debe ser, en último término, mi sentencia, mi decisión.

El poder normativo del campo de segundo orden proviene del hecho de que yo me identifico con estas voces tutelares. Las respeto. Las honro. Cuando hablan, yo escucho. Incluso llego a temblar si considero que voy en contra de su sabiduría colectiva. Se trata de miembros de la misma comunidad trabajando sobre los mismos problemas. Son *antiguos* y son *muchos*. Están imbuidos de una tradición que conlleva una seria indagación ética y he sentido su poder en numerosas ocasiones, una tradición que a mí me parece un gran (aunque parcial) logro en medio de ésta, con frecuencia, triste civilización de la que yo apenas soy una ínfima parte.

* * *

De nada sirve que me digan que mi veneración por estos mensajes es "irracional". No es una cuestión de racionalidad. Cuando leo sus palabras es como si yo mismo las estuviera pronunciando. (De hecho, cuando yo mismo leo mis propios fallos anteriores, no se trata de nada más que *de mi mismo*, en una encarnación anterior). Me es imposible tratar sus dictámenes éticos respecto a cómo decidir en casos como éste, como si se tratara de un problema matemático de selección múltiple. Frente a preguntas con respuestas de selección múltiple, examinaría cada respuesta "friamente", por decirlo de algún modo,

sin la menor inversión emocional o afectiva en lo que concierne a su corrección o incorrección. En cambio, mientras permanezco aquí sentado leyendo los mensajes de los antiguos sobre casos como éste (incluso, a veces pienso con horror, sobre un caso *idéntico*, como si lo hubieran anticipado) no puedo tomar una posición neutra. Quiero que estén de acuerdo conmigo y yo con ellos. Siento que *debería* estar de acuerdo con ellos.

En este estado de ánimo me puedo ver adoptando la voz de los antiguos, entendiendo perfectamente de qué están hablando cuando encomian la naturaleza sagrada de los derechos del patrón y sintiendo a la vez que lo que ellos dicen expresa con precisión algo que también pienso yo. Me dispongo a manipular el campo de modo que la ley permita la obstrucción de la vía pero, para hacerlo, debo antes entrar en el discurso jurídico. Entretanto, debo someterme al íntimo prestigio de tal discurso. Descubro que sé de qué hablan porque yo mismo soy capaz de pensar justamente lo que ellos pensaron. En este punto, la fuerza normativa del campo no es más que uno de los dos lados de esa discusión interna entre mi ser dividido en donde se discute, a fin de cuentas, quién debe ganar este caso.

* * *

¿Quién es el campo? Los mensajes que constituyen el campo, en un primer nivel, no son más que una serie de fórmulas verbales. A otro nivel, son un discurso que yo atribuyo a los "antiguos". A un tercer nivel, aquello que experimento como la resistencia del campo, no es más que otra manera de llamar mi propia ambivalencia respecto a si debo (o no) expedir una orden judicial en contra de la obstrucción efectuada por los trabajadores. A la pregunta "¿Quién es el campo?", la respuesta debe ser, en último término, que el campo no es nada más ni nada menos que yo mismo en lucha conmigo mismo.

La conversión. Es posible que resuelva mi ambivalencia aceptando el campo tal y como lo concebí en un primer momento, es decir, como una afirmación ética correcta y a la vez como una percepción correcta de lo que la ley es. En otras palabras, descubro que ya no quiero sentenciar en contra de la expedición de una orden judicial sino que, conforme a una nueva intuición de lo que la justicia social exige en este caso, creo que tal orden debe expedirse, tal y como en un primer momento pensé que lo ordenaba la ley. Téngase en cuenta, sin embargo, que ésta no es más que una de las muchas maneras de interacción y finalmente equilibrio entre la ley y LSALQYQL. A continuación, otras posibilidades.

Yo desplazo a la ley y la ley me desplaza a mí. El resultado puede ser una modificación de LSALQYQL que se ajusta a una nueva manera de entender el campo; se produce así un resultado sustancialmente distinto a lo que inicialmente creí que la ley exigía. Dicho arreglo puede implicar aceptar que a estos trabajadores se les fue la mano en su forma de protesta, a pesar de que la ley no ordena expedir órdenes judiciales restrictivas en todos los casos de obstrucción de vía. Otro compromiso posible puede consistir en que yo decida no expedir la orden restrictiva; sin embargo, ahora acepto que mi posición inicial en pro de la obstrucción sindical iba demasiado lejos, de manera que sería recomendable que los trabajadores no den el paso siguiente en la lucha sindical que ya parecen estar contemplando.

Un arreglo cualquiera, trátase de un replanteamiento de la ley para que se ajuste a LSALQYQL o una conversión de LSALQYQL para que se ajuste a la ley, tiene la peculiaridad de que *resuelve* el conflicto que se percibió al comienzo. Pero puede que esto no ocurra. Por ejemplo, la ley puede desplazar-me a mí y yo a la ley, pero ambos elementos pueden seguir en conflicto aun después de los desplazamien-

tos, si bien es cierto que ahora el conflicto es menor. También es posible que la fuerza normativa del campo termine por dejarme confundido o ambivalente justamente allí donde antes tenía todo perfectamente claro respecto a LSALQYQL. O lo contrario: la que fuera una vaga sensación de lo que era LSALQYQL termina haciéndose más clara a través del diálogo imaginario con los antiguos. En fin, como siempre, visto desde el interior de la práctica de la argumentación jurídica, el resultado es algo radicalmente indeterminado.

* * *

De cómo algunas veces no funciona. La conversión que acabo de describir es, para mí, la forma "contra-ideal" de acomodamiento entre el campo jurídico y LSALQYQL. En este escenario lo que ocurre es que el campo jurídico manipula a LSALQYQL, generando primero, ambivalencia y luego, quizá, una conversión total al otro bando. Sin embargo, el campo no tiene por qué ser, necesariamente, más poderoso en términos normativos que yo; y desde el otro punto de vista yo no tengo que ser, necesariamente, más manipulativamente poderoso que el campo.

Para que el campo tenga poder normativo, debe presentarse favoreciendo, de manera objetiva, un resultado. Como el poder normativo descansa en la voz de los antiguos, que no es más que la voz de mi otra mitad ambivalente, debo estar en capacidad de "leer", de "interpretar" el campo para percatarme de su poder. Así las cosas, para que el campo ejercite su fuerza, debe presentarse ante mí, por lo menos, como un campo más o menos "minado"; es evidente que los campos "no racionalizados", "derrumbados", "contradictorios" o "circulares" no tienen la misma fuerza sobre mí. Con esto simplemente quiero decir que estos últimos tipos de configuración de campo (con la excepción del "minado") están constituidos por una cacofonía de voces antiguas que me resul-

taría imposible integrar en una sola voz con un mensaje determinable. Los campos así desordenados pueden afectarme en el sentido de que, al exponerse a ellos, LSALQYQL cambia en una u otra dirección. Pero no ejercen poder normativo, es decir poder de convicción suficiente para persuadirme hasta llegar a ver las cosas desde la perspectiva que usted quiere que yo las vea.

* * *

Pero incluso concediendo que tengo una idea clara de la forma como la ley determinará la sentencia, y que me es posible contrastar este resultado con LSALQYQL, aun así, de aquí no se desprende, necesariamente, que el campo ejercerá poder normativo. El mensaje que yo percibo como "la ley" dista mucho de mi convicción respecto a lo que quiero hacer. Se trata de un mensaje que debo descifrar antes que de un pensamiento implantado en el interior de mi cabeza al que puedo acceder de modo inmediato (sin querer darle aquí mayor importancia a la distinción entre mediato/inmediato). Siempre habrá un elemento de misterio respecto a quién está detrás del mensaje, si lo he entendido bien y si lo puedo "aplicar" o no en este caso. Mientras "hago mío" el mensaje y empiezo a argumentar desde la perspectiva de la ley en contra de LSALQYQL, el mensaje se mantendrá en una especie de limbo entre la vida que yo puedo darle y su irremediable condición de ser, sin mi colaboración, una fórmula muerta.

El mensaje viene del pasado de gente que lo elaboró en ese pasado (y yo pude ser parte de esa gente, si estuve involucrado en el proceso). Aun en el caso de que yo entienda el mensaje y que pueda penetrar en él, seguirá siendo el periódico amarillento de ayer; ese periódico tendrá una cierta apariencia extraña ya que muchas cosas han ocurrido entre entonces y ahora que no están allí registradas, que no se hubieran podido registrar. Ese men-

saje, que es el campo, no lo elaboró un clarividente con el futuro en su mira; es el producto de unos jueces decidiendo casos y escribiendo opiniones para lidiar con sus problemas aunque, eso sí, con un ojo puesto en la forma del campo para uso en casos futuros. La manera como construimos un campo lo vincula a una cierta época y por lo tanto le quita la agudeza normativa que tendría si mi sentencia fuera pronunciada por una voz tutelar que hablara a mis espaldas mientras yo, más terrenal, investigo el caso de la obstrucción de la vía.

* * *

El mensaje lo elaboraron otros, aunque quizá yo contribuí con ellos de alguna pequeña manera. Reconozco que prácticamente cualquier mensaje que yo pueda comprender tendrá algún poder normativo, si se trata de un mensaje normativo. El hecho de que yo lo pueda entender significa que por ahí hubo otra persona pensando sobre el mismo problema y que puedo establecer con él ese grado de comunidad que se establece por el mero hecho de compartir la condición humana. De esta identificación comunitaria, por limitada que sea, surge el poder que le permite a él desplazarme apenas con decir "debieras hacer esto y aquello". Pero hay otros y otros, del mismo modo que una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa.

Interpretaré el campo como un mensaje que proviene de otras personas particulares, en un momento histórico particular y, mientras particularizo, podría verme cada vez menos convencido⁷⁴ Los

74 Sobre la situacionalidad histórica de la doctrina jurídica, véase por ejemplo, Diego López Medina, "Derecho constitucional y paz: análisis sobre los fundamentos del constitucionalismo latinoamericano", en: *La Otra Guerra*, Bogotá, Comité Internacional de la Cruz Roja-Plaza y Janés, 1999. En este artículo trato de mostrar los "estilos", las "metodologías" y las "políticas" que existen detrás de los principales formas de hacer derecho constitucional en América Latina, con ello tratando de romper

arquitectos del derecho laboral aplicable al caso que ahora yo estudio fueron, por un lado, jueces conservadores de tribunales estatales de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX y, por el otro, los reformadores políticos del *New Deal*.⁷⁵

Ambos grupos generan en mí sentimientos encontrados, al igual que lo hacen las estructuras jurídicas de la que estos vericuetos del derecho laboral forman parte. Cabe decir que, por lo menos, la evaluación que he hecho del mensaje y de quienes lo envían parece afectarme considerablemente con relación a cómo interpretarlo y en cómo me afecta. Es más, existen otras fuerzas implicadas distintas a la normativa; sé que están ahí pero su contribución individual a la fuerza total del campo me es indistinguible, por lo menos en este primer momento.

* * *

Otras influencias distintas al poder normativo del campo que inciden sobre la relación entre LSALQYQL y la ley. He venido describiendo cuál sería, en último término, la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar. Esta, a su vez, la he descrito como el producto de la interacción entre mi gradual comprensión del campo de

el mito según el cual la biblioteca de derecho constitucional es homogénea, esto es, no admite análisis diferenciales de estilo o época, como se hace obligatoriamente en cualquier otra disciplina de análisis textual. Este mito, según creo, es parte de las ilusiones ópticas del positivismo jurídico tan arraigado en América Latina. Al respecto, véase también el interesante análisis de Pierre Legrand, "Antiqui Juris Civilis Fabulas", 45 *University of Toronto Law Journal*, 311. En este artículo el autor muestra también la fábula civilística de negar tiempo, método y política a las elaboraciones doctrinales y legislativas del derecho civil francés.

75 Al respecto véase el muy interesante artículo de Karl Klare, "Critical Theory and Labor Relations Law", en David Kayris, (ed.), *The Politics of Law* (1982). El artículo es uno de los mejores ejemplos de análisis crítico y radical sobre un campo específico del derecho.

la ley y lo que intuyo debe ser la justicia social. Tal y como yo lo siento, dicha interacción en buena parte la constituye una serie de acontecimientos que me ocurren, que yo experimento a pesar mío. También influyen, en parte, otra serie de acontecimientos que yo mismo produzco a través de mi trabajo interpretativo del campo; este trabajo, a su vez, afecta profundamente la fuerza normativa del campo jurídico. Pero resulta que mi primera intuición de lo que era justo bajo estas circunstancias, se ve expuesta a otras influencias distintas al poder normativo del campo.

Consulto mis "visceras", mi instinto, contra un fondo enmarcado por mi situación como juez. En tal situación, ciertamente se dan ventajas y desventajas en lo que concierne a un acercamiento entre LSALQYQL y la ley tal y como ahora se me aparece. Me interesa estar de acuerdo con la ley pero también me interesa mantener mi desacuerdo frente a ella.⁷⁶ Me preocupa también que estas otras influencias estén modificando poderosamente mi fallo de no haber sido por su presencia... son influencias que terminan modificando el fallo que yo hubiera dictado de sólo haber considerado el choque entre mi intuición de lo que es justo y la resistencia que ofrece el poder normativo del campo jurídico.

También me preocupa el estatus de estos otros factores: ¿se trata acaso de influencias que debo evitar o más bien tratarlas como legítimamente normativas, del mismo modo que considero legítimamente normativa la voz de los antiguos?

76 Creo que Kennedy diría algo como lo siguiente para explicar el párrafo: "me interesa estar de acuerdo con la ley porque el hecho de que la ley ordene algo es un argumento autónomo poderoso para que otros encuentren mi opinión persuasiva; sin embargo, en la medida en que tengo una intuición distinta a lo que la ley parece exigir, tengo todavía interés en mantenerme distanciado de la ley".

Las principales influencias que se oponen a una fusión entre LSALQYQL y lo que quiera que yo pienso que la ley es —las fuentes principales de resistencia no normativa al poder normativo del campo— son el costo psicológico que implica una conversión y el terror que genera el desastre de una falsa conversión. Por otra parte, la influencia no normativa más importante que empuja LSALQYQL en la dirección de lo que la ley parece ordenar, es el temor de que no seré capaz de elaborar un argumento jurídico convincente en defensa de mi posición y que tal falla me traerá consecuentes sinsabores, no importa qué camino tome.

Voy a discutir aquí estos distintos costos y beneficios en la medida en que influyen sobre LSALQYQL, —es decir, en la medida en que influyen y terminan por constituir mi convicción sobre lo que resultaría justo en el caso—. Esto parece extraño. Podría parecer más apropiado discutir los costos y beneficios como elementos de mi decisión respecto a cómo proceder, cuándo hacerlo y si parece existir (o no) una diferencia irreconciliable entre la ley y LSALQYQL. En efecto, todos estos costos y beneficios volverán a ser relevantes en el momento en el que “yo” tenga que escoger un modo de actuar. Sin embargo, aquí quiero tomarlos como elementos constitutivos de LSALQYQL porque tengo la convicción de que estos inciden, en primera instancia, al siguiente nivel inconsciente: eliminando o exacerbando el conflicto antes que sentando los términos de la resolución.

Estos costos y beneficios también influyen en mi manera de entender la ley. Es importante, ahora que estamos en esta fase de relativizar LSALQYQL, no perder de vista hasta qué punto yo constituyo el campo, tanto a través de cómo interpreto su configuración como a través del trabajo que implica la argumentación jurídica. El proceso gestáltico de la

interpretación y el trabajo de argumentar, se ven afectados por mi temor de que, si no estoy de acuerdo con la ley, me veré acorralado en la indefensible esquina de la desobediencia civil u obligado a la cobarde rendición de someterme a una falsa conversión. Haber escogido percibir el campo, por ejemplo, como un campo contradictorio y no como uno minado desfavorable a mis intuiciones de justicia, será en parte el resultado de mi interés por percibirlo así, dado mi temor de que se provoque un conflicto agudo e irresoluble con LSALQYQL.

* * *

Los costos de mi conversión. No quiero convertirme al punto de vista que considera que debo expedir una orden judicial en contra de la obstrucción. Mi opinión inicial de que no debe expedirse una orden judicial es lo que cabe esperar de mí: tan pronto se me ocurrió, la consideré entrañable, como una genuina emanación de mi verdadero ser. Como una colección de chucherías, mis opiniones, junto con mi pasado, mi trabajo y mi familia constituyen un depósito de tesoros del que no quiero prescindir.

Es más: mi identidad social está ligada al ritual de coincidir con otros, públicamente, en asuntos como éste. Hay gente que me considera un tipo con ciertos puntos de vista y les caigo bien o mal gracias a ello (sin importar lo lamentablemente superficial que esto pueda ser de su parte). Dependo de su buena opinión. Si cambio mis puntos de vista pensarán que soy un traidor, un hombre de voluntad débil o estúpido, un idiota o un oportunista.

Aquellos individuos que favorecen en el caso de la obstrucción la solución pro-patronal, si yo acaso llegase a aliarme con ellos, no se formarán de mí una buena opinión que, por si sola, compense la pérdida de estima que sufriré por parte de mis antiguos aliados, ya que, conocedores de mis antiguas opiniones, no sabrán ahora si genuinamente pue-

den confiar en mí. Peor aún, quizá, la sensación que me invade según la cual aquellos que tienen la opinión a la que pronto adheriré como un nuevo converso —que debe expedirse una orden judicial restrictiva— son un grupo al que, por ahora, no quisiera de ningún modo pasar a integrar. Cuando pienso que yo podría ser uno de ellos, me dan escalofríos.

La argumentación jurídica, aquella labor en la que enfrento y trabajo con el mensaje del campo, culmina en que termino propugnando en contra de mi real posición, la que percibo como correcta y virtuosa; es como trabajar en una planta nuclear a riesgo de verme intoxicado por la radiación. Es como ponerse a jugar con heroína: uno cree tenerla bajo control y cuando menos piensa, ya se es adicto. Nos hemos desplazado de un estado (bueno) a otro (malo) sin habernos dado cuenta de ello.

Creo que este temor de ser convertido sin haber tenido posibilidad de escoger, ese verse de algún modo obligado a pasar de un punto de vista personal a otro, afecta de manera profunda a todos aquellos que están vinculados al derecho. Conlleva a que personas progresistas se pregunten cosas como, “¿será que el estudio del derecho deformará mi conciencia?” O a que afirmen cosas como que “esto es jurídicamente correcto pero moralmente equivocado”. O que piensen que la ley no es más que un zumbido inventado para sostener las cosas tal y como son y que por lo tanto no vale la pena tomarse la molestia de discutir dentro de sus términos y de su lógica (aunque sea manipulable) cuando los hechos demuestran la necesidad inaplazable de responder moralmente a los problemas sin dilaciones legalistas.

Incluso, si en un nivel meramente hipotético aceptase que se trata de una conversión a un “punto de vista superior”, aun así no quiero que ocurra. Que sea un punto de vista superior no significa que desplazarme a él no sea para mí muy doloroso. No

quiero convertirme, pero sí creo en la posibilidad de que mis puntos de vista se desarrollen. Hoy por hoy, creo en cosas que antes consideraba estúpidas y considero además que me he beneficiado personalmente de un proceso de "ilustración" a pesar de que ha sido doloroso. De manera que mi temor a la conversión se ve matizado y suavizado por mi anhelo de verdad y cambio y de, a veces, participar en conflictos interesantes.

* * *

Es posible que todavía esté muy lejano a dejarme influir por al poder normativo del campo jurídico por temor a la *falsa conversión*. Quizá lo que parece un poderoso y convincente argumento jurídico, moral, utilitario o político en contra de LSALQYQL tenga un defecto del tamaño de una catedral. Quizá, incluso, los mismos abogados de la compañía de buses sepan de tal defecto en su argumento y, no obstante lo anterior, yo, como juez, me deje embaucar por ellos hasta creer a pie juntillas en lo que ellos proponen por falta de habilidad interpretativa y crítica. (Quizá yo haya sido un juez genial en la mayoría de los casos que he decidido; es posible, sin embargo, que aquí la esté embarrando a pesar de mis logros anteriores). De ocurrir esto último (la falsa conversión), sentiré un placer momentáneo con la conversión (junto con los leves dolores que esto conlleva), todo ello seguido de un devastador despertar a mi propio error, a su vez seguido de humillación en el caso de que decida cambiar de opinión y regresar a LSALQYQL y, finalmente, vergüenza, si por no retractarme, decido quedar atrapado en una situación en la que soy incapaz de admitir mi error, obligado a insistir que mi nueva posición equivocada es la correcta.

Mi impresión de que sería mejor aferrarme duro a LSALQYQL, que debo aislarme y que debo aislar a LSALQYQL para defenderla del poder normativo del

campo, es reforzada por el hecho de saber que aquí no sólo entra en juego dicho poder normativo. Escuchar la voz de los antiguos tiene algo de puro e ideal porque uno cree que lo que ellos tienen que decir puede resultar de algún valor en nuestra búsqueda del fallo éticamente correcto. ¿Pero qué ocurre si me dejo llevar a una falsa conversión, no gracias a un honesto abrirme a los argumentos de la contraparte que me ilustran, sino que lo hago gracias a un interés oportunista por evitar la controversia? En parte me resisto al poder normativo del campo porque desconfío de mi propia construcción/interpretación del campo.

* * *

Razones para cambiar LSALQYQL de modo que se ajuste a la ley (distintas al poder normativo del campo). No se trata de que una divergencia entre LSALQYQL (no expedir la orden judicial) y la solución jurídica obvia ("por supuesto" que el patrón tiene derecho a tal tipo de protección judicial) tenga necesariamente que ser un problema para mí. Me es perfectamente posible convencer a la gente de que, allí donde existe divergencia, yo soy el que tengo la razón. En efecto, la divergencia (entre LSALQYQL y la ley) puede convertirse en la ocasión para aumentar mi caudal de credibilidad. Pero, de haber una divergencia, y la habrá si yo insisto en mi posición antes que dejarme convencer de que estoy en un error y la ley está "en lo cierto", entonces debo prepararme para la posibilidad de que sea incapaz de generar un argumento jurídico convincente en defensa de mi posición. Si esto ocurre, me veré en un aprieto. Tal vez no me será posible evitar esa dolorosa situación.

El miedo a caer en esta situación influenciará mi manera de ver tanto LSALQYQL como el campo, y lo hará de un modo tan intrínseco, tan automático, que me será imposible estar "por fuera" de mi miedo para

neutralizarlo. Algunas veces, no importa qué tan vigilante haya estado, el miedo habrá socavado mi oposición a determinada sentencia que yo considero injusta hasta que, sin apenas darme cuenta, ya me he "pasado al otro bando"

* * *

El pacto con el diablo. Quiero hacer una distinción entre dos razones (una burda y otra menos burda) para abandonar LSALQYQL. La menos burda es temer a encontrarme con que he violado el pacto con el diablo, a saber: o sostengo mi opinión personal sobre la base de que concuerda con la ley, o si la ley no parece concordar con mi opinión personal tendré que cambiar dicha opinión para que prime la ley, o si no estoy dispuesto a hacer lo uno o lo otro, tendré que retirarme del caso o de la judicatura o, en últimas, de la práctica del derecho.

Hice un pacto con el diablo el día que bajo juramento asumí mi cargo como juez. Se trata de un pacto entre un público imaginario y yo, pero también se trata de una descripción en borrador de lo que yo creo será la práctica futura de personas reales y concretas que conozco o, por lo menos, personas que podrán comunicarse conmigo a través de la prensa, cartas, revistas populares, reseñas jurídicas o publicaciones de derecho.

Mucha gente cree en la existencia de una clara división entre actuar respetando la ley y actuar violándola. Si a estos les parece que no tengo argumentos jurídicos viables para dictar la sentencia a la que quiero llegar, pero que aun así opto por persistir antes que cambiar mi punto de vista o renunciar al caso, entonces dirán que he violado el sentido del acuerdo bajo el cual me ha sido confiada la dirección del uso de la fuerza del Estado.

Hay gente que, aunque cree en el pacto con el diablo, me aprecia y cuya opinión y estima son importantes para mí; de manera tal que me condena-

rían, sin la menor vacilación, por haberlo violado, incluso en el caso de que consideren que la sentencia que yo quiero producir es justa. Es gente que considera como gajes del oficio del juez producir sentencias injustas cuando la ley es injusta. Si a uno no le gusta el trabajo... pues mejor no haber aceptado el cargo. Pero una vez que uno fue nombrado como juez ya no queda más remedio que fallar conforme a lo que "la ley" ordena y resistirse a hacerlo (caso en el cual habrá que renunciar al caso o al cargo).

Yo estaba perfectamente consciente, cuando asumí mi profesión, que si rechazaba públicamente el pacto, probablemente jamás me hubieran posesionado de mi cargo. Cuando asumí mi trabajo sin ventilar las cuestiones y objeciones que a continuación voy a traer a cuento, permití que algunas personas pensarán que yo estaba de acuerdo con los términos del pacto. El hecho de que muchos liberales y algunos conservadores interpreten el pacto de manera que resulta modificado hasta el punto de perder casi todo su significado, resulta irrelevante para el caso. (Mal de muchos...) La gente que cree en el pacto fue necesaria, supongo, para que yo pudiera acceder a la judicatura y es con ellos con quien yo "firmé" el pacto.

Por otro lado, se me ocurre que la concepción popular de la ley es intrínsecamente contradictoria ya que abarca las siguientes nociones: a) "la ley es la ley", es decir, el derecho es una técnica predeterminada que genera resultados; b) el derecho es intrínsecamente una averiguación por la justicia de modo que siempre "se haga el bien y se evite el mal". Estas dos proposiciones son asumidas sin intentar una conciliación teórica de cómo se resuelven los conflictos que a) y b) plantean. La gente profana en la materia tiende a sorprenderse cuando la ley termina siendo injusta a secas. También se sorprenden cuando la ley resulta indeterminada o claramente determinada por factores "externos" al

derecho tales como perspectivas políticas o éticas controversiales.⁷⁷

Fuera de esto, el pacto con el diablo presupone una perspectiva de la relación que se establece entre la ley y LSALQYQL que los iniciados saben de antemano que es falsa. La manipulación que es posible dentro del campo jurídico es mucho más grande de lo que el público lego imagina, y esto a pesar de que aceptamos que no hay ningún modo inteligible de contestar a la pregunta cuantitativa: "¿qué tan

77 Es decir: la gente corriente "da palo porque boga y porque no boga". Por una lado la sentencia ajustada al derecho, pero injusta, produce indignación moral; por el otro, la explotación de la indeterminación semántica de las normas da la apariencia que se está escamoteando el orden social; finalmente, el lego también se escandaliza si el resultado es fruto de consideraciones políticas o morales que no responden a lo estrictamente "jurídico". Cabe anotar, adicionalmente, que en los Estados Unidos el "profesional" en derecho tiene más tolerancia hacia la "política" en derecho ya que se ha acostumbrado a cierta forma de ella a través de los "argumentos de conveniencia pública". En Colombia, como en otros países de cerrada tradición positivista, el escándalo de "política en el derecho" es sentido con igual intensidad tanto por el lego como por el "profesional del derecho". El conflicto entre "justicia" y "seguridad jurídica" es tópico permanente en el derecho. Vale aquí la pena mencionar uno de sus capítulos más agudos y que dio para mucha reflexión entre los filósofos del derecho. Al terminar la guerra se abrieron en Alemania varios procesos penales contra ex-funcionarios nazis, incluyendo jueces, que habían cometido acciones que ocasionaban claro repudio moral; sin embargo, desde el punto de vista legal, tales acciones estaban permitidas u ordenadas por el ordenamiento nazi. Lon Fuller y H.L.A. Hart entraron en una interesante polémica al respecto, originada, entre otras cosas por los trabajos de la postguerra de Gustav Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s.f. El caso original que motivó la polémica era un juicio criminal por "deprivación ilegal de libertad" contra una mujer, que prevalida en las leyes nazis, acusó a su marido por criticar al Führer con el propósito de librarse de él para irse con su amante. La acusación significaba para el hombre la pena de muerte que, por circunstancias de la guerra, afortunadamente no fue llevada a cabo. Hart lanzó el primer dardo en "Positivism and the Separation of Law and Morals", *71 Harvard Law Rev.*, 593 (1938), al cual respondió Fuller, *ibidem*, con *Positivism and Fidelity to Law - A reply to professor Hart*.

manipulable es el campo?”. Incluso el punto en el que el campo “se fija”, allí donde él mismo se presenta como un mensaje objetivo ineludible, es un punto mucho más arbitrario que lo que incluso los abogados y juristas están dispuestos a aceptar.

Este punto de fijación, allí donde se supone que debo rehusarme a ejercer el poder en favor de los trabajadores, es aquel en el cual el campo se percibe como objetivo. Pero no puedo llegar a afirmar de manera concluyente que se trataba de un punto en el que simplemente la ley “no estaba del lado de los trabajadores”, ya que el problema bien puede radicar en que *yo* no tuve la habilidad suficiente para salirme con la mía, o que no tuve el tiempo para encontrar los argumentos que los trabajadores necesitaban. Aun en el caso de que nos encontráramos en un punto de adversidad objetiva del campo (y yo no puedo probar que tales puntos *no* existan), no se trata, en todo caso, de un punto que haga parte de un patrón general inteligible.

Si el campo restringe al juez de este modo arbitrario, no tiene sentido alegar que la obediencia a la ley es el precio que pagan los trabajadores (el *quid pro quo*) por una sentencia injusta en este (u otros) casos particulares. Más aún: si tratara de hacer aplicable el pacto con el diablo a los litigantes, y no a mí mismo como juez, sería evidente que tal aplicación estaría fundamentalmente viciada por un error fundamental; yo, de hecho, sé que tal aplicación no es posible.⁷⁸

78 ¿Por qué habría de ser aplicable el pacto sólo a los jueces y no a los litigantes? Sin embargo, en las condiciones que el mismo pacto impone no hay litigante que cumpla con él. Desde la posición del litigante uno está obligado a presentar el estado actual de la ley en identidad con los intereses concretos que uno defiende (con LSALQYQL). Así las cosas, si impusiera uno el pacto al litigante, la actividad de argumentación jurídica sería impensable. ¿Es el juez diferente? Al parecer no, según Kennedy, ya que no existe manera concreta de dar contenido fuerte al ideal judicial de “restricción”. Tal ideal es intrínsecamente

Supóngase que me mantengo en LSALQYQL a pesar de que todavía difiere de la ley; es más, ya he agotado todas mis energías en el trabajo de la argumentación y no he podido reducir la brecha entre los dos. En este caso me veré frente a una disyuntiva en la que, no importa qué opción tome, yo me habré de sentir muy mal. Así las cosas, tengo ya un motivo de peso para reconcebir de algún modo LSALQYQL de manera que se ajuste a la ley y así evitar que tan doloroso dilema aflore en mi conciencia.

* * *

¿Qué determina el resultado de la interacción entre el campo y LSALQYQL? Desde el interior de la práctica de la argumentación jurídica la única posible respuesta a esta pregunta es que *yo* determino el resultado. En tanto trabajo para manipular el campo jurídico para llevarlo en dirección de LSALQYQL, tengo la sensación de que actúo en el mundo, de que lo reconstruyo para que se ajuste a mis intenciones. Si logro replantear la ley de manera que ésta exija de manera convincente y por su propia fuerza el resultado que yo prefiero, tendré razones para celebrar mis logros.

Al tiempo que elaboro argumentos en contra de la expedición de una orden judicial por haber obstruido la vía, replanteo el estado de la ley en relación con la tensión entre manifestaciones en la vía pública y la libertad de expresión. En algún momento quizá

manipulable e indeterminado. El punto resulta confirmado en un lugar inesperado. En efecto, el artículo 26 del Código Civil colombiano de 1887 dispone que "los jueces y funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, *en busca de su verdadero sentido*, así como los particulares emplean su propio criterio *para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares*" (énfasis añadido). Como se aprecia en la norma, el litigante parece no estar obligado por el pacto con el diablo y en ese sentido su actividad es *definida*, precisamente, como la actividad de argumentar LSALQYQL.

“reciba el mensaje” que envía esa ley y entonces me veré elaborándola para dentro de mí como un argumento en contra de la posición que he venido asumiendo, en contra de LSALQYQL. Así las cosas, puede llegar un segundo momento en el que encuentro que “estoy cambiando de idea u opinión” y más tarde encontrar que “he cambiado de idea u opinión”. En ese caso, sentiré que fue decisión mía ajustar LSALQYQL a la ley.

No resulta para nada fácil entender qué quiere decir esto de tener un “yo” en mi interior, capaz de cambiar una de “mis ideas u opiniones” ya que, en algún sentido, ese “yo” es indistinguible de “mis ideas y opiniones”. Pero “mis ideas u opiniones” y “yo” tienen que ser lo suficientemente distintos entre sí como para que “yo” pueda determinar a “mis ideas u opiniones”; de lo contrario serían una y la misma cosa.⁷⁹ Sin embargo, en mi experiencia, LSALQYQL es indeterminada hasta el momento en que algo pasa que resuelve o remueve el problema jurídico que estoy examinando. Siempre puedo cambiar de opinión respecto a LSALQYQL y en ocasiones me he visto cambiando de opinión cuando ya la partida está a punto de acabarse.

Sin embargo, plantearlo así, aunque fiel a mi experiencia en ocasiones, exagera el grado de libertad de la que dispongo porque da la impresión que soy omnipotente. No se olvide que desde el primer momento en el que enfrento el problema, mi deseo es sentenciar así o asá, pero siempre en el contexto de mi proyecto vital como juez y dentro de la ley tal y como la comprendo. Se trata de contextos dados que ya me han formado antes de que yo empiece a darle

79 El párrafo en inglés es mucho más expresivo que su versión española. En inglés la expresión *I changed my mind*, significa que uno ha cambiado de parecer u opinión. Kennedy utiliza aquí ese significado de la expresión pero explota la ambigüedad de la palabra *mind*, “mente”: así, en inglés, al cambiar uno de opinión también cambia, literalmente, de “mente”.

nueva forma a ellos. Decido ubicado en algún lugar, lugar en el que estoy sin remedio y capaz de desplazarme sólo a través del trabajo, que toma tiempo.

Tan pronto empiezo a trabajar sobre el campo jurídico, sufro su influencia, influencia en parte normativa y en parte producto de mi temor de llegar a encontrar LSALQYQL, en último término, en conflicto con la ley. De otro lado están todas mis buenas razones para adherir a mi convicción inicial, razones cuya influencia jamás podré neutralizar del todo.

Mientras trabajo sobre el campo, siguiendo una estrategia que posee su propia economía y que toma tiempo ejecutar, tanto el campo como LSALQYQL cambian e influyen el uno en el otro repetidamente. De contar con suerte, este proceso parecería tener una tendencia natural hacia la convergencia, de forma tal que, al final, la ley y LSALQYQL lleguen a ser lo mismo, de una forma u otra. Ahora bien, en lo que respecta a saber si esta convergencia ocurrirá y cómo ocurrirá en realidad, es en buena medida una función que depende de aspectos de la situación sobre los que tengo muy poco control.

Para empezar, está la manera como inicialmente entiendo el campo jurídico, campo que se me antoja minado, contradictorio o lo que sea. Luego viene mi estrategia, que me conduce por un camino que no puedo conocer de antemano. Aunque se trata de algo que yo escojo, no tengo modo de controlar las consecuencias de mi opción porque el campo tiene propiedades ocultas y yo, de mi parte, tengo peculiares inclinaciones y tendencias y la habilidad argumentativa que sea capaz de desplegar para la ocasión concreta. Por último, está el factor tiempo, cosa que significa que, tarde o temprano, si la convergencia no se da, me veré obligado a dejar de trabajar sobre el campo sin saber a ciencia cierta si el estado presente del campo es un aspecto irremediable debido a su "verdadera naturaleza" o si se trata más bien de un artefacto creado por mi propia incompetencia.

De alguna manera, se puede decir que ahora estoy reubicado. Es cierto que todavía puedo cambiar LSALQYQL y que tengo la libertad de escoger una de muchas opciones de juego si se llegase el caso de que LSALQYQL y la ley, tal y como yo la he reconstruido, entren en conflicto. Pero también es cierto que cualquier opción que tome se verá restringida por mi punto de partida y por todas las decisiones tomadas respecto a cómo desarrollar y articular el campo. Lo que ya he hecho es irreversible en el sentido de que ya no puedo "devolverme" para ver las cosas como las veía antes. Y se me ha acabado el tiempo para *trabajar* el campo hacia atrás (o hacia adelante, para el caso). Estoy atascado en donde estoy y tendré que tomar mis decisiones desde aquí.

* * *

¿Qué hacer en caso de conflicto entre la ley y LSALQYQL? Mi respuesta a esta pregunta no ayuda para nada: depende de las circunstancias.

1. *Seguirle la corriente a la ley.* A pesar de mi convicción de que la justicia social me exige no aceptar la expedición de una orden judicial restrictiva, la termino expidiendo, acompañada de una sentencia en la que denuncio la solución que ofrece la ley y exhorto a que se reforme. Justifico mi fallo mediante el más convincente de los argumentos legales que exigen la expedición de la orden judicial (en el marco de un campo minado como este). La pregunta crucial que queda en el aire es cómo explicar mi obediencia, es decir, mi disposición para actuar como instrumento de la injusticia.

2. *Retirarme del caso.* Ni expido orden judicial ni la deniego. Me retiro, explicando que considero injusta la ley y que son tales mis sentimientos en su contra, que no me es apropiado presidir este juicio; además

encuentro repugnante el verme involucrado en la administración judicial de un régimen político como este. Aquí la pregunta crucial es cómo justificar mi retiro del caso, si con mi renuncia prácticamente obligo a otro a hacer el trabajo sucio. Con todo, recuérdese, deseo continuar como juez y quedarme esperando la llegada de tareas más atractivas.

3. *No expedir la orden contra los trabajadores sustentado en lo que la ley debería ser.* Deniego la orden judicial explicando, de la manera más honesta, mi incapacidad para desarrollar un argumento jurídico convincente en su contra. Aunque es muy probable que revoquen mi sentencia en la apelación (¡¡en menos de un minuto!!), por lo menos ejercí el poder que tengo para defender LSALQYQL. Esto puede ser decisivo en el caso de que los litigantes estén uniformemente enfrentados por el mundo. Acepto las consecuencias de lo que quiera que mis superiores burócratas y mis colegas decidan imponer (cosa muy indeterminada). Les ruego que acepten mi sentencia como la correcta en éste y en casos futuros, realizando con ello un cambio en la ley. La pregunta crucial aquí es quién me autorizó a tomarme la ley en mis propias manos.

4. *No expedir la orden contra los trabajadores sustentado en un argumento jurídico poco convincente.* Quizá a otros les guste a pesar de que a mí, personalmente, me parece que apesta, pero no puedo estar seguro de antemano. Quizá, en retrospectiva, encuentre que se trataba de una argumentación mejor de lo que pensaba. ¿Pero qué ocurre con la deshonestidad que implica un argumento de mala fe?

5. *No expedir la orden contra los trabajadores sustentado en conclusiones relativas a los hechos ocurridos que yo sé son falsas.* Como juez del proceso, resuelvo pretender creer en una versión de los hechos ocurridos durante la obstrucción que sé falsas y de-

niego la expedición de la orden judicial sustentándome en ella. Obviamente se trata de una medida extrema.

EPÍLOGO

El imperio de la ley. Puedo imaginar situaciones hipotéticas para las que cada uno de estos caminos a seguir, cara al conflicto, sería apropiado. Creo que ninguno de ellos se puede refrendar o descartar *a priori*. Con todo, soy consciente de que con frecuencia se alega que el significado de las palabras "el imperio de la ley" consiste precisamente en obedecer lo que yo he llamado el "pacto con el diablo" y que por lo tanto el único camino lícito para un juez que se ve frente a un conflicto entre la ley y la sentencia a la que quiere llegar es, *siempre*, cumplir con la ley.

Entendida la práctica del juez tal y como aquí la he descrito, particularmente considerando el carácter en apariencia arbitrario de esas irrupciones de objetividad que a veces se perciben durante el trabajo de manipulación, encuentro este argumento poco convincente. Pero es un problema para tratar en otra ocasión. Desde la perspectiva interna de un juez imaginario, la historia termina en el momento en el que toma la decisión. Ahora, que si debo seguir *siempre* la ley en los casos en los que surja un conflicto, es un asunto que tenemos que resolver lo mejor que podamos a través de la reflexión y la argumentación frente a nuestro sistema político, frente a las leyes vigentes dentro de ese sistema y frente a los casos particulares.

* * *

Teoría social. El juez tiene que decidir qué va a hacer desde una posición concreta. Dicha posición depende de los presupuestos dados que implica el proyecto vital del juez, del cuerpo de material jurídico y de

los hechos que rodean el caso tal y como se captan al iniciarse el proceso y, por supuesto, del trabajo que el juez haya realizado con ese material y esos hechos. Al decidir, el juez toma riesgos, pero también puede ganar credibilidad. Esto depende de lo que ocurra al intentar saltar la brecha de la obiedad que separa la percepción común de la ley de LSALQYQL.

Dicho esto, podemos plantear la hipótesis según la cual la posibilidad de que el juez desplace la ley hasta alcanzar el resultado querido es, proporcionalmente, más pequeña en la medida en que sea mayor la cantidad de trabajo que tenga que desplegar y el riesgo de perder credibilidad. Además, cabe decir que la cantidad y calidad total del trabajo que se le puede pedir a la fuerza laboral judicial limita la cantidad total de desplazamiento jurídico que pudiéramos esperar en cualquier dirección.

Para que esta hipótesis sea de alguna utilidad al estudiar el papel que desempeña la ley en una formación social dada, sería menester estudiar tanto el material jurídico como la cultura de los jueces y así determinar, mediante un proceso que requiere más imaginación que métodos positivos, cómo construirán ellos ciertos campos y cuánto trabajo creen que les implicará realizar las distintas manipulaciones del campo. También nos conviene saber con cuánta frecuencia las divergencias entre su comprensión inicial de la ley y la sentencia a la que quieren llegar, los motivará lo suficiente como para trabajarle duro a la manipulación arriesgando credibilidad. Basados en este conocimiento, podríamos hablar, de manera significativa, de hasta qué punto es la ley una restricción general sobre el ejercicio del poder por parte del Estado en la sociedad pertinente.

Nótese cómo, sin esta información "interna" sobre cómo los jueces perciben los campos jurídicos, la noción de la ley como una restricción del poder del Estado no tiene mayor sentido. Debemos saber hasta qué medida y desde cuál posición un juez se

siente restringido y qué tan fuerte es dicha restricción, porque de lo contrario no sabemos nada. Nótese también que esta hipótesis tiene un carácter "inercial". No nos dice nada sobre las "tendencias intrínsecas" que los materiales jurídicos puedan poseer al desarrollarse en ésta o aquella dirección. El tiempo de trabajo disponible puede distribuirse de cualquier modo pero el hecho de que sea limitada significa que el desplazamiento de la ley está restringido.

Saber si esta descripción de la labor de juzgar puede o no convertirse en la base de una teoría sobre las "tendencias intrínsecas" o posibles direcciones del desarrollo de los materiales jurídicos (de una doctrina jurídica, por ejemplo), es una pregunta sumamente difícil. Por un lado, el juez siente el poder normativo del campo dirigido a un resultado específico y nosotros podríamos a la vez desarrollar una psicología social que nos permita saber cuál será esa dirección cuando se trata de una doctrina específica dentro de los materiales jurídicos. Por otro lado, el campo se desplaza solamente porque el juez lo desplaza y esto lo hace de acuerdo a la sentencia a la que él quiere llegar, con todo y las restricciones que implica trabajar en la manipulación y arriesgar credibilidad.

Una psicología social lo suficientemente compleja nos permitiría describir significativamente la manera como una judicatura, con una serie específica de compromisos políticos, interactuaría con ciertos campos que los jueces perciben con poder normativo en direcciones específicas. Dicho esto, me parece que la idea de que el poder normativo de los campos jurídicos esté orientado, de manera general, al logro de un cierto patrón sustantivo de fallos jurídicos no está bien fundada, por lo menos por el momento.

Es cierto que la mayoría de los teóricos sociales simplemente asumen que "la ley" es esto o aquello y que puede tratarse como una especie de cubo o bloque que contribuye a la construcción de un edificio

más grande. Ahora bien, en tanto la experiencia del derecho y la ley sea algo como lo que aquí he descrito, tal manera de aproximarse al problema no tiene mayor sentido.

* * *

Teoría del derecho. Imagínese que Ud. es un profesor de derecho. Un profesor que posee un conocimiento profesional de la naturaleza del derecho. Supongamos que Ud. decide examinar mi supina ignorancia respecto a si seré capaz o no de superar la brecha que separa la ley de la sentencia-a-la-que-quiero-llegar. Usted arguye que las reglas jurídicas, como la norma que estatuye que los trabajadores no pueden interferir con los medios de producción durante una huelga, *jamás* determinan el resultado de un caso. Y que, por lo tanto, como las reglas jurídicas son la única cosa que se interpone en mi camino para sentenciar como quiero hacerlo, entonces no tengo ningún problema. La teoría jurídica parece indicar que yo podría lograr mi cometido sin problema o, por lo menos, que debería lograrlo. Si no lo logro, es porque fallé en la argumentación jurídica y no debido a ninguna propiedad inherente al campo que intento manipular.⁸⁰

80 Resulta curioso, al menos en nuestro medio, que Kennedy describa al profesor de teoría del derecho (y en general a los profesores de derecho) como adalides de la indeterminación jurídica y de la manipulabilidad de los campos. Ello asume, en general, que la teoría y enseñanza del derecho son en bloque "post-realistas", esto es, que han asumido e incorporado de manera definitiva los resultados del realismo jurídico norteamericano. Esta afirmación puede ser cierta del estado actual de la teoría jurídica en los Estados Unidos, como lo sostiene William Singer en "Legal Realism Now", 76 *California Law Review* 467. Singer, combatiendo la tesis de Laura Kalman, en su libro *Legal Realism at Yale 1927-1960*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1986, afirma que el legado realista es hoy en día innegable. Ciertamente, acepta Singer, el realismo nunca pudo lograr su sueño de transformar el derecho en una actividad

Puede esperarse de mí que yo, humilde artífice del derecho, le pregunte a Ud. que cómo puede Ud. estar tan seguro de lo anterior. Es probable que responda que desde Wittgenstein sabemos que ninguna norma o regla puede determinar el alcance de su propia implementación. De aquí se desprende, casi sin más preámbulos (a menos que Ud. insista en desviarse un rato por los caminos de la semiótica, el estructuralismo y la deconstrucción) que la mera afirmación de que "los trabajadores no pueden interferir con el uso que los patrones le quieran dar a los medios de producción durante una huelga", no nos dice *nada* respecto a si los trabajadores pueden o no acostarse en la vía para impedir que otros trabajadores sustitutos saquen los buses del estacionamiento para rodar por la gran autopista que es los Estados Unidos. Existe un universo entero de interpretación, inherentemente subjetivo y quizá, incluso, inherentemente arbitrario (por lo menos desde la perspectiva de lo que mi humilde artesano de la ley entiende por razonable) a través del cual podemos cruzar para poder llegar de la norma a "los hechos". Y "por supuesto", tales hechos no "están ahí" más que lo que está la norma.

Mi experiencia con la argumentación jurídica no me permite entrar en contacto con esta posición teórica en su propio terreno. Todo lo que yo puedo decir

cuasi-científica dirigida a predecir los resultados de las controversias judiciales. El "fracaso" del realismo jurídico sólo se puede predicar sobre el error de creer que el realismo era, exclusivamente, un movimiento "verificacionista" y "cientifizante". Singer, en cambio, subraya la importancia que dentro del realismo tenían la tesis de la indeterminación de las normas y la tesis de la contradicción entre normas, que también formaron parte de las innovaciones de los realistas. Este elemento "crítico" del realismo, mucho más que sus elementos analíticos, lingüísticos y funcionalistas, son los que constituyen el legado del realismo jurídico a la teoría jurídica contemporánea. Sobre legados y diferencias entre la teoría realista y la teoría crítica consúltese James Boyle, "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought", 133 *U. Penn. Law Review*, 691-708.

como argumentador jurídico es que algunas veces me veo frente a la norma como si ésta fuera objetiva y me fuese imposible desplazarla en modo alguno. Esto, sin embargo, no significa que esté de acuerdo con ella ni que piense, tampoco, que alguien pudiera condenarme necesariamente por el hecho de que yo no la tenga en cuenta o la cambie. Todo lo que esto significa es que me digo a mí mismo: "aquí está la norma que se aplica en este caso"; "todos sabemos que ésta es la norma" y "se implementa así"; y "todo el mundo la va a implementar así"

Estoy perfectamente consciente de que la regla no es un objeto físico y que decidir cómo aplicarla implica un proceso social y, por lo tanto, de alguna manera un proceso subjetivo. Aun así, existe este procedimiento tan conocido para mí y que he practicado cientos de veces mentalmente, en cientos de contextos distintos y que consiste en aplicar una norma a una situación de hecho. Me he visto en muchísimas discusiones con otros en las que hemos formulado normas juntos, creímos estar de acuerdo en los términos en los que dichas fórmulas estaban planteadas y luego nos ocupamos de sus posibles aplicaciones para descubrir que, una vez estábamos de acuerdo en la fórmula, todos salíamos con la misma respuesta a la pregunta: ¿cómo se aplica la norma aquí?

Me parece posible comunicarse con otra persona de manera que ambos tengamos, *grosso modo*, la misma norma en mente. Considero, igualmente, que es posible comunicarse con otra persona de manera que ambos tengamos, *grosso modo*, la misma situación de hecho en mente. Y creo que, cuando los dos salimos con la misma respuesta a la pregunta: "¿cómo se aplica la norma a estos hechos?", algunas veces resulta significativo describir lo que ocurrió como que "aplicamos la norma a los hechos".

Dadas las circunstancias que más temo, siendo, como soy, un juez liberal que quiere reformar el derecho y una vez he estudiado las distintas normas

legales que creo pueden regir sobre una obstrucción de la vía, llego a la conclusión de que todo el mundo estaría de acuerdo en que el patrón tiene el derecho de que se expida una orden judicial tal y como entendemos las normas hoy por hoy y que cambiar dicha norma sería un acto inconstitucional. Quizá esta convicción se sustente en un caso "idéntico" fallado por la Corte Suprema ayer o quizá en una larga y abstracta cadena de razonamientos análogos. Pero puede ocurrir. Y de ser así, no me va a ser fácil decidir cómo ayudar a los trabajadores.

Como ya dije, esta declaración de fe en las posibilidades de la comunicación y en la, por lo menos algunas veces, inteligibilidad del procedimiento que implica aplicar la norma, quizá no esté a la altura del elaborado argumento del profesor de teoría legal. No tengo idea de *por qué* ocurre esto. Con todo, desde mi perspectiva, su elaborado argumento parece ser que yo no he podido mostrar una "base objetiva", ni razones suficientes, ni una explicación de cómo se aplican las normas, que pruebe que cualquier aplicación específica de la ley fue "correcta". En efecto, la noción de "correcto", por lo menos en el sentido en el que utilizamos la palabra en las matemáticas, la ciencia o la lógica, no se puede aplicar al caso del derecho.

Desde mi posición al interior de la práctica de la argumentación jurídica, no puedo decir nada en pro o en contra de su elaborado argumento. No tengo manera de saber, desde la práctica misma, por qué algunas veces el campo cede y otras veces no. Quizá cuando parece no ceder se deba simplemente a que no pude encontrar el pestillo que abría la puerta a la pieza secreta. Quizá mi impresión de que habíamos sido capaces de comunicarnos el uno al otro el sentido de la norma, y que luego, cada uno de nosotros, la "había aplicado" creyendo que de allí "provino" el resultado, no sea más que una falsa sensación, o en el caso de la obstrucción de vía, una interpretación esperanzada, sentimental o simplemente paranoide

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

* * *

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

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

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

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

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

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

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

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