

[5]

*Forma y sustancia
en la adjudicación
del derecho privado**

DUNCAN KENNEDY

Este artículo es un estudio acerca de la naturaleza y la interconexión de los diferentes modos retóricos que se encuentran en las opiniones, los artículos y los tratados del derecho privado estadounidense. Sostengo que para tratar problemas sustantivos, hay dos modos retóricos opuestos a los que llamo individualismo y altruismo. También existen dos modos opuestos de tratar los problemas de la forma que pueden adoptar las soluciones jurídicas a los problemas sustantivos. Uno de estos modos formales favorece el uso de reglas generales, claramente definidas y altamente administrables; el otro apoya el uso de principios de equidad que generan decisiones *ad hoc*, con un valor relativamente bajo como precedentes.

Mi objetivo es la reivindicación racional de dos intuiciones comunes acerca de estos argumentos, tal como se aplican a conflictos jurídicos en el derecho privado, en los cuales no se controvierte la validez de la legislación. La primera intuición es que las consideraciones altruistas de los problemas sustantivos del derecho privado llevan a recurrir a principios administrativos, mientras que el individualismo parece armonizarse con la insistencia en reglas rígidas, estrictamente aplicadas. La segunda intuición es que los conflictos sustantivo y formal en el derecho privado no pueden ser reducidos a desacuerdos acerca de cómo aplicar un cálculo neutral que "maximizará la satisfacción total de deseos humanos válidos" (Hart y Sacks, 1958). Los modos retóricos opuestos utilizados por los abogados reflejan un nivel de contradicción más profundo. En este nivel más profundo nos encontramos divididos, entre nosotros y en nuestro interior, por concepciones irreconciliables de la humanidad y de la sociedad, y entre aspiraciones radicalmente diferentes para nuestro futuro común...

* * *

II. Tipos de relación entre forma y sustancia

B. Forma como sustancia

La elección de forma es rara vez puramente instrumental o táctica. Tal como aparecen en la vida real, los argumentos en favor o en contra del uso de reglas tienen fuertes matices de debates sustantivos acerca de qué valores y qué concepciones del universo debiéramos adoptar. Al elegir una forma determinada a través de la cual buscamos conseguir un objetivo, casi siempre estamos afirmando que es independiente, o al menos diferenciable, de la afirmación que hacemos al elegir el objetivo mismo. Lo que necesitamos es una manera de relacionar los valores intrínsecos *a* la forma con los valores que intentamos lograr *a través* de la forma.

Los diferentes valores que las personas comúnmente asocian con los modos formales de la regla y de los principios se transmiten mediante términos emotivos o judiciales utilizados por los abogados de las dos posiciones en los debates acerca de un asunto en particular. A continuación se ofrece una lista sugestiva, tomada del enorme banco de datos de conversaciones informales. Imaginemos, para los elementos de cada una de las columnas, un intercambio: "Las reglas son *A*"; "No, son *B*"; "Pero los principios son *C*"; "Por el contrario, son *D*".

REGLAS		PRINCIPIOS	
Buenas	Malas	Malos	Buenos
Neutralidad	Rigidez	Sesgo	Flexibilidad
Uniformidad	Conformidad	Favoritismo	Individualización
Precisión	Atomización	Desgreño	Creatividad
Certeza	Compulsividad	Incertidumbre	Espontaneidad
Autonomía	Alienación	Totalitarismo	Participación
Derechos	Intereses adquiridos	Tiranía	Comunidad
Privacidad	Aislamiento	Intrusión	Solicitud
Eficiencia	Indiferencia	Sentimentalismo	Equidad
Orden	Reacción	Caos	Evolución
Exigencia	Castigo	Permisividad	Tolerancia
Solvencia	Tacañería	Romanticismo	Generosidad
Límites	Muros	Invasión	Empatía
Estabilidad	Anquilosamiento	Desintegración	Progreso
Seguridad	Amenaza	Dependencia	Confianza

La lista anterior sugiere algo que todos sabemos: que la preferencia por unas reglas o criterios es un aspecto de posiciones sustantivas opuestas en la vida familiar, el arte, la psicoterapia, la educación, la ética, la política y la economía. También es cierto que todos somos, en alguna medida, ambivalentes en nuestros sentimientos acerca de estos conflictos sustantivos. Sólo unas pocas personas confían en que uno de estos lados es correcto, o en que disponen de un conjunto de metacategorías que les permiten elegir el lado correcto en una situación particular. En efecto, la mayor parte de las ideas que pueden servir para dirimir un conflicto y hacer posible una elección racional son reclamadas con vehemencia por ambos lados:

En la medida en que consideremos el debate sobre la forma como un debate únicamente acerca de los medios, estaremos en un debate acerca de los hechos, donde la realidad puede concebirse como el árbitro final a cuya decisión debemos someternos si somos racionales. Pero si la pregunta es si la igualdad "real" es igualdad de oportunidades o igualdad para disfrutar las cosas buenas de la vida, entonces la situación será diferente.

REGLAS		PRINCIPIOS	
Buenas	Malas	Malos	Buenos
Moralidad (actuar de acuerdo con las reglas)	Moralismo (presunta superioridad moral rígida)	Moralismo (presunta superioridad acerca de las propias intuiciones)	Moralidad (apertura a la situación)
Libertad			Libertad
Justicia	Arbitrariedad mecánica	Arbitrariedad subjetiva	Justicia
Igualdad (de oportunidades)	Del derecho a dormir bajo los puentes de París*	Sujeción a los juicios de valor ajenos	Igualdad (de hecho)
Realismo	Cinismo	Romanticismo	Realismo

* El autor se refiere a una célebre cita de Anatole France que dice: "La revolución francesa elevó bajo el nombre de la igualdad el imperio de la riqueza. Los ciudadanos deben trabajar frente a la majestuosa igualdad de las leyes que prohíbe tanto al rico como al pobre acostarse bajo los puentes, mendigar en las calles o robar pan" (Nota del editor).

Igualmente sucede cuando la pregunta es si la naturaleza "es" buena o mala, o si las personas "en realidad" actúan como maximizadores racionales de sus intereses. Para este tipo de pregunta, formulada en términos de lo que es o de lo que debe ser, aceptamos que no hay un árbitro (o que éste permanece en silencio; o que el arbitro es la historia y que no tiene nada que decir hasta después de que todos hayamos muerto). Por consiguiente, las posiciones en favor de las reglas o de los principios son más que una invitación a una investigación positivista de la realidad; son también una invitación a elegir entre conjuntos de valores y concepciones del universo.

El método que he adoptado puede llamarse, en un sentido amplio, dialéctico, estructuralista, historicista, o el método de las contradicciones¹. Una de sus premisas es que es inevitable la experiencia de un conflicto irresoluble entre nuestros *propios* valores y maneras de aceptar el mundo. En este sentido es pesimista, incluso podríamos decir, derrotista. Pero otra de sus premisas es que es posible encontrar un orden y un significado incluso dentro de la contradicción. Además, el proceso de descubrir el orden y el significado es bueno en sí mismo y de enorme utilidad. En este sentido, el método de la contradicción representa una actitud optimista e incluso utópica. Esto no quiere decir, sin embargo, que cualquier intento en particular valdrá siquiera el papel en el que está escrito.

III. Altruismo e individualismo

Éstas son dos actitudes opuestas que se manifiestan en los debates acerca del contenido de las reglas del derecho privado. Mi tesis es que los argumentos utilizados por los abogados son pocos y altamente estereotipados, aun cuando se aplican a una diversidad infinita de situaciones fácticas. Lo que he hecho es abstraer estas formas típicas o piezas retóricas fijas y he intentado analizarlas...

A. El contenido del ideal del individualismo

La esencia del individualismo reside en trazar una distinción radical entre los propios intereses y los de los demás, combinada con la creencia de que una preferencia en la conducta ajustada a los propios intereses es legítima, pero que debemos estar dispuestos a respetar las reglas que hacen posible que tal preferencia coexista con otras igualmente ajustadas a otros intereses. La forma de conducta asociada con el individualismo es la autonomía. Esto significa la insistencia en definir y alcanzar objetivos sin la ayuda de otros (esto es, sin depender de ellos ni pedirles sacrificios). Significa aceptar que los otros no compartirán sus ganancias, ni yo mis pérdidas. Y significa una firme convicción de que tengo derecho a beneficiarme de mis esfuerzos sin verme obligado a compartir mis logros, ni sacrificarlos por los intereses de otros.

Es importante tener claro desde un principio que el individualismo es radicalmente diferente del puro egoísmo, o de la visión de que es imposible o indeseable fijar cualquier límite a la búsqueda del propio interés. La noción de autonomía tiene un fuerte contenido moral afirmativo: la exigencia del respeto por los derechos de otros. Esto significa que la ética individualista es tan exigente a su manera como la ética opuesta del altruismo. Implica renunciar tanto al uso de la fuerza privada como al de la fuerza pública en la lucha por la satisfacción, y aceptar la negativa de otros a comportarse de manera comunitaria.

El individualismo ofrece una justificación para las instituciones jurídicas fundamentales, tales como el derecho penal, la propiedad, la legislación sobre responsabilidad y los contratos. La función del derecho es definir y exigir el cumplimiento de los derechos, establecer aquellos límites en la búsqueda del propio interés que distinguen a un régimen individualista de un régimen puramente egoísta. La gran preocupación de la filosofía jurí-

dica individualista es justificar estas restricciones frente a apetitos que son, a la vez, ilimitados y postulados como legítimos.

Un egoísta puro defiende las leyes contra la fuerza únicamente con base en que son necesarias para impedir la guerra civil. Para el individualista, las leyes contra el uso de la fuerza son intrínsecamente correctas, porque se identifican con el ideal de la autonomía, el objetivo económico de garantizar la seguridad para el esfuerzo individual, y la retórica política del libre albedrío, la autonomía y los derechos naturales. Las reglas contra la violencia ofrecen un espacio dentro del cual resulta posible realizar este programa, más bien que una mera fortaleza contra el caos...

Más allá de estas instituciones jurídicas fundamentales, el programa individualista resulta mucho menos claro. Ha variado enormemente incluso dentro de la historia de doscientos años del individualismo como elemento organizador en el discurso público estadounidense...

Así como los juristas de diferentes épocas han extraído una infinidad de implicaciones del individualismo, una serie de ideas más abstractas constituyen los fundamentos posibles para adoptarlo como actitud y como guía en la formulación de reglas jurídicas. Esto significa que la idea de la "legitimidad" de perseguir el propio interés dentro de un marco de derechos es ambigua, y diferentes pensadores le han dado diferentes contenidos...

[Una justificación] es la idea de la mano invisible, que transforma el aparente egoísmo en beneficio público. Desde esta perspectiva, el problema moral suscitado por el hecho de que la ley no pueda interferir en casos desagradables de individualismo es más aparente que real. Si estamos preocupados por el bien último de la ciudadanía, los individualistas lo están buscando y *lograrán obtenerlo*, aun cuando la mayor parte de ellos estén convencidos de que sólo se preocupan por sí mismos.

Una justificación más frecuente del individualismo en el derecho pue-

de llamarse la idea de “apretar los dientes”, según la cual el negarse a consultar los intereses de los otros es un mal, y a éste no lo redime ninguno de sus buenos efectos a largo plazo. Pero que el *Estado* intente suprimir este mal llevaría a un mal mayor. En cuanto el Estado intenta legislar según una ética más exigente que la del individualismo, enfrenta dos problemas insuperables: la relativa incapacidad del sistema jurídico de alterar la naturaleza humana, y la tendencia de los funcionarios a imponer la tiranía detrás de la pantalla de humo de la moralidad. La inmoralidad del derecho es, por consiguiente, el precio que hay que pagar para evitar las inmoralidades mayores que resultarían de tratar de hacer moral el derecho...

* * *

B. El contenido del ideal del altruismo

La retórica del individualismo domina tan completamente el discurso jurídico hoy en día que resulta difícil incluso identificar una ética opuesta. No obstante, creo que hay una noción coherente y difundida que compite constantemente con el individualismo, a la que llamaré altruismo. La esencia del altruismo es la creencia de que *no* debemos complacernos en una fuerte preferencia por nuestros propios intereses por encima de los de los demás. El altruismo nos pide hacer sacrificios, compartir y ser compasivos. Tiene un arraigo en la cultura, la religión, la ética y el arte, tan profundo como el del individualismo (Ama a tu prójimo como a ti mismo).

Las prácticas más sencillas que representan el altruismo son compartir y sacrificarse. Compartir es un concepto estático, que sugiere una distribución existente de bienes que se redistribuye al compartir. Significa renunciar en favor de otro a ganancias o riquezas que hemos producido nosotros mismos, o que nos han llegado por el azar. Está motivado por un sentido del deber, o por la idea de que la satisfacción del otro es una recompensa al menos comparable a la satisfacción que habríamos obtenido al consumir nosotros estas cosas. Compartir puede implicar también participar en las pérdidas de otro: la decisión espontánea de asumir una parte del infortunio, merecido o fortuito, que le ha tocado a otro. Sacrificarse es la idea dinámica de actuar de manera que se cambie el curso establecido de los hechos, a expensas de uno mismo, para minimizar la pérdida de otro, o para maximizar sus ganancias.

El concepto opuesto a los de compartir y sacrificarse es el intercambio (una noción crucial del individualismo). La diferencia es que el compartir y el sacrificio implican una vulnerabilidad en la no reciprocidad. Incluso, tal

vulnerabilidad surge de un sentido de solidaridad: con la esperanza de que nos sea devuelta, pero con la disposición a aceptar la posibilidad de no recibir nada a cambio. El intercambio, por el contrario, significa una transferencia de recursos en la que se definen las equivalencias, y la estructura de la situación, jurídica o social, está diseñada de tal manera que es poco probable que una de las partes decepcione a la otra. Si existe alguna posibilidad de decepción, ésta se experimenta como un riesgo que se debe correr, un costo inevitable si se ha de obtener lo que se desea del otro. La diferencia es de grado, y es fácil imaginar arreglos que son una mezcla de ambas o tan ambiguos que resulta casi imposible clasificarlos de una de estas dos maneras.

El individualismo es al puro egoísmo como el altruismo es a la total renuncia de sí mismo o santidad. Así, el altruista no está dispuesto a llevar su premisa de solidaridad al extremo de hacer a cada persona responsable por el bienestar de todos los demás. El altruista cree en la necesidad y el deseo de un ámbito de autonomía, libertad o privacidad dentro del cual se es libre de desconocer las dificultades de los otros y las consecuencias de nuestros actos en aras del propio bienestar.

Así como el individualista debe encontrar una justificación para aquellas restricciones mínimas a su propio interés que lo diferencian del puro egoísta, el altruista debe justificar lo que le impide llegar a la santidad. La idea básica es que los deberes altruistas son el resultado de la interacción entre tres aspectos principales de una situación. Primero, el nivel de compromiso comunitario, solidaridad o intimidad que se haya desarrollado entre las partes. Segundo, el asunto de la falla o virtud moral en la conducta de *A* y *B* que da lugar al deber. Tercero, la intensidad de la privación que pueda ser evitada, o del beneficio que pueda asegurarse, en relación con el tamaño del sacrificio exigido por el altruismo. Podemos así definir un continuo. En un extremo está el deber de realizar un pequeño esfuerzo para salvar a nuestro mejor amigo de un terrible desastre ajeno a su voluntad. En el otro extremo están las personas extrañas y distantes que padecen pequeños daños inducidos por su propia irresponsabilidad y remediables únicamente con grandes costos.

A primera vista, la utilidad del concepto de altruismo para describir el sistema jurídico es altamente problemática. Una idea muy común, tanto en el mundo de los legos como dentro de la profesión jurídica, es que el derecho es inequívocamente el ámbito del individualismo, y que esto es más evidente aun en relación con la legislación privada de la propiedad, los agravios y los perjuicios, y los contratos. La justicia jurídica privada consiste presuntamente en el respeto de los derechos, nunca en la realización

de un deber altruista. El Estado actúa a través del derecho privado únicamente para proteger derechos, no para obligar a la moralidad.

No obstante, es relativamente fácil encuadrar las instituciones jurídicas fundamentales dentro del molde altruista...

Las leyes de responsabilidad pueden, por ejemplo, ser vistas como algo que impone cierto grado de altruismo. La compensación por daños y perjuicios significa que los intereses de la parte lesionada deben ser tenidos en cuenta por el agraviador. Al decidir qué hacer, ya no se es libre de consultar únicamente sus propias ganancias y pérdidas, pues éstas ya no son las únicas ganancias y pérdidas por las que se es jurídicamente responsable. Análogamente, a la persona que desee incumplir un contrato porque ha encontrado un mejor negocio con otro socio, el derecho la obliga a incorporar a sus cálculos las pérdidas que le causará a la otra parte. Si el incumplimiento es totalmente ajeno a la voluntad de quien incumple, podrá ser eximido por error o imposibilidad.

C. Problemas metodológicos

Dado que el individualismo y el altruismo son conjuntos de argumentos estereotipados en favor y en contra, resulta difícil determinar en qué forma uno de ellos pueda ser "responsable" de una decisión. Primero, cada argumento se aplica, de manera casi idéntica, a miles de situaciones fácticas. Cuando el zapato horma bien, esto obviamente no se debe a que haya sido diseñado para quien lo usa. Segundo, para cada argumento favorable hay uno gemelo en contra, como el famoso conjunto contradictorio de "cánones sobre principios" señalado por Llewellyn, donde las posiciones opuestas parecen anularse mutuamente (1960: 521-35). Sin embargo, esto no *siempre* sucede en la práctica. Aun cuando cada argumento tiene un aspecto absolutista, imperialista, podemos distinguir situaciones de hecho particulares en las que un lado es mucho más plausible que el otro. La dificultad, el misterio, es que no hay metaprincipios disponibles para explicar exactamente qué es lo que hace a estas situaciones particulares susceptibles de resolución. Y hay muchos, muchos casos en los cuales la confianza en la intuición resulta haber estado equivocada...

La mayoría de los estudiosos contemporáneos del pensamiento jurídico concuerdan en afirmar que una explicación de la adjudicación que se limite a las tres dimensiones de premisas autorizadas, hechos y análisis, es incompleta. Una manera de expresar lo anterior es decir que las "políticas" desempeñan un enorme papel en la toma de decisiones, aun cuando tal papel, por lo general, no sea reconocido. El problema es hallar una manera de describir este papel. Espero que las categorías formales y sustantivas que describo puedan ser de utilidad para hacer inteligible la contribución de las "políticas"; aunque el individualismo y el altruismo no puedan ser reducidos a los hechos ni a la lógica, aunque no puedan ser utilizados consistentemente para caracterizar personalidad, opiniones ni el resultado de procesos jurídicos, pueden, sin embargo, ser útiles en esta empresa.

El objetivo final es desterrar la idea de que el argumento jurídico es independiente de los discursos moral, económico y político en general. En esto no hay nada nuevo. En efecto, la afirmación de que es imposible construir una lógica autónoma de las reglas jurídicas ha sido una premisa de la academia jurídica durante varias generaciones. Lo novedoso es el intento por mostrar un orden en los debates acerca de "políticas" que es lo que nos queda después de haber abandonado la pretensión de neutralidad.

IV. Tres fases del conflicto entre individualismo y altruismo

C. Pensamiento jurídico moderno (de 1900 hasta el presente): el sentido de la contradicción

En el derecho privado, el pensamiento jurídico moderno comienza con el rechazo al individualismo clásico. Su premisa es que la teoría clásica no puede mostrar que el espíritu de nuestras instituciones sea individualista, o bien que sea posible deducir reglas jurídicas concretas de conceptos como los de libertad, propiedad o seguridad física. Por esta razón, la moralidad y la política aparecen de nuevo en las discusiones modernas en lugar de los primeros principios y de la lógica. El problema reside en que la moralidad no es ya unívocamente altruista –hay un conflicto de moralidades. Tampoco es ya la política inequívocamente individualista –hay argumentos en favor del colectivismo, la regulación, el Estado benefactor, junto con la teoría del desarrollo económico a través del *laissez-faire*. Este conflicto de la moralidad contra la moralidad, y de la política contra la política, invade todos los problemas importantes del derecho privado...

En el derecho privado, esta fase moderna del conflicto se da con respecto a tres debates principales, a los que llamaré, algo arbitrariamente, la comunidad contra la autonomía, la regulación contra la facilitación, y el paternalismo contra la autodeterminación. Cada uno de estos debates en particular parece empatado, por cuanto refleja la incapacidad tanto del individualismo como del altruismo de generar un nuevo conjunto de principios o de metaprincipios para reemplazar estos lamentados conceptos.

a) *La comunidad versus la autonomía.* El problema aquí es definir hasta dónde una persona debería compartir o hacer sacrificios para el interés de otra, en ausencia de un acuerdo o de otra manifestación de intención. A primera vista pareciera que este problema se reduce a los casos de responsabilidad o de contratos, pero surge de manera idéntica también en muchos otros ámbitos. La ley debe definir el derecho recíproco de los propietarios que colindan a través de la ley de servidumbre, y los derechos de terceros beneficiarios y cesionarios contra los obligados. Dentro de los acuerdos consensuales, debe decidir cómo dirimir la infinidad de posibles controversias no cubiertas o cubiertas ambiguamente por las partes mismas. También existe el problema del alcance y el grado de los deberes de las fiduciarias para con sus beneficiarios, incluyendo los deberes de los directores y los funcionarios de corporaciones para con los accionistas. Hay todo un aparato de interpretación, excusas y medida de los daños en la legislación sobre contratos. Y está el área limítrofe de la responsabilidad previa o extracontractual, representada en la doctrina del impedimento promisorio.

El conflicto entre comunidad y autonomía es la forma moderna del debate del siglo XIX acerca del impacto que tiene sobre el crecimiento económico extender o contraer deberes altruistas no consensuales. Las instituciones jurídicas implicadas son aquellas que intermedian entre las formalidades puras (donde el derecho es indiferente respecto a cuál de una serie de cursos de acción adoptan las partes) y las reglas diseñadas para impedir las malas acciones. Esta categoría podría ser considerada como diseñada para impedir perjuicios e incumplimiento de contratos como acciones en sí mismas ilícitas, o bien, en su modalidad más común, para ofrecer una opción entre no daño y daño *con* compensación.

La adopción de la segunda alternativa representa la decisión de establecer límites *generales* a la capacidad del sistema jurídico de imponer deberes

altruistas. Si los daños son una tarifa, el agraviador está autorizado a consultar exclusivamente sus propios intereses, siempre y cuando esté dispuesto a hacer el pago que asegure los derechos de la otra parte. Esto puede implicar dos violaciones diferentes del deber altruista.

En primer lugar, incluso si la compensación es perfecta, la parte lesionante está obligando a la parte lesionada a aceptar la compensación en lugar de una acción específica o la liberación de la interferencia del perjuicio. En segundo lugar, la parte lesionante no está en la obligación de compartir el excedente del pago compensatorio que pueda derivarse de infligir la lesión. Una vez que haya pagado la medida esperada del daño, *todas* las ganancias ocasionales por incumplimiento del contrato le pertenecen.

Dada la decisión de considerar el derecho contractual y el derecho de responsabilidad como compensatorios y no como punitivos, el altruista y el individualista tendrán desacuerdos en tres niveles:

Alcance de la obligación: dada una relación o una situación particular, ¿existe algún deber de tener en cuenta los intereses del otro?

Grado de obligación: dado un deber, ¿qué tan grande es el deber en la escala que va de la mera abstención de violencia hasta la más alta obligación fiduciaria?

Alcance de responsabilidad por las consecuencias: dado el incumplimiento del deber, ¿hasta dónde se debe extender la responsabilidad jurídica en la cadena causal?

La posición individualista es la restricción de las obligaciones de compartir y de sacrificarse. Esto significa oponerse a la ampliación, la intensificación y la extensión de la responsabilidad jurídica, y oponerse a la liberalización de las excusas una vez se ha establecido el deber. Esta posición es paradójica sólo en apariencia. El contraer una responsabilidad inicial deja mayor espacio para que la gente se comporte de acuerdo con sus propios intereses. Las reglas liberales sobre exenciones tienen el efecto contrario: obligan al beneficiario de un deber a compartir las pérdidas con el obligado cuando, por alguna razón, le es imposible cumplir. La posición altruista es la expansión de la red de responsabilidades y también la liberación de las exenciones.

b) *La regulación versus la facilitación.* El problema aquí es el uso del poder de negociación como lo determinante en la distribución de los objetos deseados, y la asignación de recursos a diferentes usos. Surge cuando quiera

que dos partes con intereses o pretensiones en conflicto llegan a un acuerdo mediante la negociación, y la parte más fuerte trata de obligar su cumplimiento a través del sistema jurídico. El juez debe decidir entonces si la parte fuerte ha presionado su ventaja aún más en su favor de lo que resulta aceptable para el sistema jurídico. Si no lo ha hecho, el acuerdo será de obligatorio cumplimiento; si lo ha hecho, se le aplicará una sanción, que va desde anular el acuerdo hasta el castigo penal por abuso del poder de negociación.

Existen muchas aproximaciones al control del poder de negociación, que incluyen:

Incapacitación de clases de personas a quienes se juzga especialmente proclives a carecer de un poder de negociación adecuado (niños, lunáticos, etc.) con el resultado de que pueden anular sus contratos si así lo desean.

Declarar ilegales tácticas específicas, tales como el uso de la violencia física, la compulsión por la detención de bienes, las amenazas de infligir daño intencional, las declaraciones fraudulentas, los “negocios de mala fe”, etc.

Declarar ilegales transacciones específicas, que implican un mayor peligro de extenderse indebidamente, tales como el pago de deudas por un menor precio, o el hacer modificaciones que benefician unilateralmente a una parte en el desarrollo del cumplimiento de un contrato.

Control de la estructura competitiva de los mercados, bien sea atomizando el poder económico concentrado o creando centros compensatorios lo suficientemente fuertes como para negociar en condiciones de igualdad.

Vigilancia directa de la equidad sustantiva de las negociaciones, bien sea mediante la fijación directa de precios o de especificaciones de calidad, fijando máximos y mínimos, o proclamando un criterio como lo “razonable” o lo “inescrupuloso”.

La posición individualista sostiene que los jueces no deberían concebirse a sí mismos como reguladores del uso del poder económico. Esto significa concebir el sistema jurídico como un conjunto limitado de restricciones impuesto al estado natural, y luego negarse a extender tales restricciones a nuevas situaciones. La posición altruista sostiene que las restricciones existentes representan un intento por alcanzar la justicia distributiva que los jueces deberían promover y no impedir.

c) *El paternalismo versus la autodeterminación.* Este problema es distinto del anterior porque no surge en situaciones de conflicto sino de error. Una de las partes de un acuerdo o alguien que haya incurrido unilateralmente en una obligación jurídica, busca anularla con base en que actuó en contra de sus “verdaderos” intereses. El beneficiario del acuerdo o del deber se niega a dejar que el obligado se retracte. El problema del deber altruista surge porque el obligante debería tener en cuenta los “verdaderos” intereses del obligado, tanto en la etapa de la negociación, si los conoce, como en la etapa del cumplimiento, si sólo llega a conocerlos entonces. Por otra parte, es posible que haya confiado inocentemente en la definición que dio el mismo obligado de sus objetivos, así que deberá sacrificar algo propio si se comporta con compasión.

En tales situaciones, no es necesario que intervenga el problema del poder de negociación. Por ejemplo:

Cláusulas sobre liquidación de perjuicios aceptadas libremente por ambas partes, que a menudo se anulan con base en que no son razonables.

Condiciones explícitas inequívocas que, a primera vista, son eximidas con base en el hecho de que caducan, o bien son eliminadas por la interpretación.

Las cláusulas de fusión que exonerarían de responsabilidad jurídica por interpretaciones fraudulentas, son eliminadas o reinterpretadas.

Ninguna cláusula de modificación oral se considera anulada por las acciones del beneficiario, o en general no son permitidas.

La modificación de las medidas remediales de un contrato, tales como la renuncia a la garantía o a la responsabilidad por negligencia, las limitaciones de jurisdicción, la renuncia a la defensa y los límites de tiempo para las quejas, son controladas según diversos criterios, incluso cuando aparentemente son el resultado de una asignación consciente de riesgos y no meramente del ejercicio de un poder superior.

A las personas incapaces se les permite anular contratos firmados sin coerción y sustantivamente justos.

La doctrina de la consideración en algunas ocasiones elimina obligaciones contraídas sin un “verdadero” intercambio, como sucede en el caso del pagaré expedido por una viuda para responder por las deudas contraídas por su esposo, y que ya no valen nada, o en el de un contrato para “conjurar”.

La doctrina del fraude y de la inescrupulosidad protege contra la “sor-

presa injusta” en situaciones en las que una de las partes es víctima de su propia insensatez y no del ejercicio del poder.

La posición individualista es aquella en la cual las partes mismas son los mejores y los únicos jueces legítimos de sus propios intereses, con un número limitado de excepciones, tales como la incapacidad. Debe permitirse que la gente se comporte insensatamente, se haga daño, y se niegue a aceptar la opinión de otra persona acerca de lo que es mejor para ella. Los demás deben respetar esta libertad; también deben ser capaces de confiar en quienes la ejercen para que acepten las consecuencias de su insensatez. La respuesta altruista consiste en que las reglas paternalistas no son excepciones sino la representación de una política opuesta de forzar a la gente a considerar los “verdaderos” intereses de aquellos con quienes negocian. Esta política es tan legítima como la de la autodeterminación, y debería ser extendida en la medida en que las circunstancias lo permitan o lo requieran.

* * *

Una manera de concebir la transición del pensamiento jurídico clásico al moderno es mediante la imagen del núcleo y la periferia. El individualismo clásico trató los problemas de la comunidad contra la autonomía, la regulación contra la facilitación y el paternalismo contra la autodeterminación, afirmando la existencia de un núcleo de libertad jurídica que se equiparaba con la firme adherencia a la autonomía, la facilitación y la autodeterminación. La existencia de tendencias opuestas era reconocida, pero de manera indirecta. Sin embargo, por “su propia naturaleza”, la libertad debe tener límites; estos pueden derivarse como implicaciones *de* esta naturaleza, y constituirían entonces una periferia de excepciones a las doctrinas nucleares.

Lo que distingue la situación moderna es la ruptura de la frontera conceptual entre el núcleo y la periferia, de manera que todas las posiciones en conflicto son al menos potencialmente pertinentes para todos los asuntos. Los conceptos clásicos nos orientaban hacia uno u otro *ethos* –hacia el núcleo o hacia la periferia– y luego permitían argumentos consistentes dentro de este punto de vista, con unos pocos casos difíciles en los límites. Ahora, cada una de las visiones en conflicto pretende la pertinencia universal, pero es incapaz de establecer la hegemonía en ninguna parte...

V. La correspondencia entre los argumentos formales y los argumentos morales sustantivos

Podría intentarse vincular las dimensiones sustantivas y formales al nivel de la realidad social. Esto implicaría investigar, desde los puntos de vista del individualismo y del altruismo, la influencia efectiva de las decisiones del derecho privado sobre la vida económica, la política y la social. Podríamos preguntarnos entonces cómo contribuye a estos efectos la forma en que el juez elige formular su sentencia, teniendo cuidado en determinar el grado *real* de factibilidad formal, y la generalidad de la regla o del principio en cuestión. Este método es desesperadamente difícil, dado el limitado estado del arte de la evaluación de los efectos de las sentencias y de sus propiedades formales reales. Abundan las *teorías* sobre la importancia práctica de decidir los conflictos del derecho privado de una u otra manera, pero no abundan las maneras de comprobar tales teorías. Esto confiere a la mayor parte de la argumentación jurídica una calidad distintivamente irreal, incluso fantástica, que no se despejará en nada con el presente ensayo. El tema es, más bien, esta misma retórica a menudo fantástica e irreal. No es más que un primer paso, pero puede ser un paso importante.

Se presenta una fuerte analogía entre los argumentos que ofrecen los abogados cuando están defendiendo una interpretación “estricta” de la regla y aquéllos que ofrecen cuando piden a un juez que emita una sentencia sustantivamente individualista. De manera similar, hay una analogía retórica entre los argumentos que presentan los abogados para “relajar el rigor” de un régimen reglamentario y aquéllos que ofrecen en favor de decisiones jurídicas sustantivamente altruistas. La más sencilla de estas analogías se encuentra al nivel de la argumentación moral. La retórica individualista en general considera la autodependencia como una virtud cardinal. En el debate sustantivo contra el altruismo, esto significa sostener que la gente *debería* estar dispuesta a aceptar las consecuencias de sus propias acciones. No deberían depender de los demás ni del gobierno cuando las cosas les salen mal. Deberían reconocer que tiene que recurrir a sus propios esfuerzos para alcanzar sus objetivos. Está implícito en esta idea que tienen derecho a mantener su distancia de los demás —a negarse a participar en sus pérdidas o a sacrificarse por ellos.

En la disputa formal sobre reglas y principios, este argumento desempeña un papel destacado en la evaluación de la seriedad de la exagerada o insuficiente inclusión de las reglas. Todos concuerdan en que esta imprecisión

sión es un defecto, pero es probable que el proponente de las reglas argumente que no deberíamos sentirnos mal por ello, pues quienes la sufren sólo pueden culparse a sí mismos. Las reglas generales formalmente factibles son, por definición, cognoscibles de antemano. Alguien que descubre que está incluido en la responsabilidad jurídica por una sanción diseñada para otro no tiene bases para quejarse. Al contrario, quien obtiene beneficios del cálculo erróneo de la víctima, no está en la obligación de renunciar a estas ganancias.

El argumento es más fuerte respecto de las formalidades. En este caso, el significado de la inclusión insuficiente es que, debido a que no se ha seguido la forma prescrita, el derecho se niega a implementar la intención de una de las partes de crear un conjunto especial de relaciones jurídicas (por ejemplo, anular un testamento por no haber sido firmado). La inclusión exagerada significa que una de las partes es tratada como si tuviese una intención determinada (por ejemplo, la de firmar un contrato), cuando en realidad su intención era la opuesta. Es posible que el defensor de las reglas presente cada uno de estos resultados adversos como si fuese merecido en cierto sentido, pues no hay una buena razón para explicar por qué la víctima no hizo una planeación competente con anterioridad para evitar lo que le está sucediendo.

El mismo argumento se aplica a las reglas diseñadas para obligar a cumplir políticas sustantivas y no solamente para facilitar la elección entre alternativas igualmente aceptables. Al igual que las formalidades, estas reglas se ocupan del comportamiento intencional en situaciones previamente definidas. Cuando se firma un contrato perfectamente justo con un menor, no se tiene derecho a quejarse cuando el menor lo anula por razones completamente ajenas al deseo del derecho de protegerlo contra su propia insensatez o contra la indebida extensión.

La posición del defensor de la aplicación de la regla es inequívocamente individualista. Es el hermano, si no el gemelo, del argumento general según el cual aquellos a quienes les va mal en la lucha por el éxito económico, o por cualquier tipo de éxito, deben asumir la responsabilidad, reconocer que merecen lo que obtuvieron y abstenerse solicitar la intervención del Estado para salvarlos. La diferencia es que el argumento está inscrito en las fisuras de una estructura preexistente. Presupone que el Estado ya ha intervenido en cierta medida (por ejemplo, al encargarse del cumplimiento de los contratos, en lugar de dejarlo al honor comercial y a las sanciones extrajurídicas). Afirma que, *dentro* de este contexto, depende de las partes

el cuidar de sí mismas. El hecho de la intervención estatal sustantiva altruista no elimina *ipso facto* el deber de la persona de cuidar de sí misma.

El argumento del defensor de la "relajación", de convertir una regla rígida en un principio, incluirá la enumeración de todos los factores particulares de la situación que mitigan el hecho de no poder evitar la inclusión insuficiente o excesiva. Se hará referencia al propósito sustantivo de la regla para mostrar el carácter arbitrario del resultado. Pero el punto decisivo será que el beneficiario privado de la insuficiente o excesiva inclusión tendrá el deber moral de renunciar a la ventaja que resulta de la inofensiva insensatez del otro. Quienes aceptan una herencia mediante un procedimiento jurídico porque el testado olvidó firmarla, deberían entregar las propiedades a aquellas personas a quienes el testado deseaba legarlas. Una de las partes de un contrato *no debió* usar el estatuto de fraudes para anular un contrato firmado honestamente, pero que se tornó oneroso debido a la baja de los precios.

Este argumento parece inequívocamente altruista, así como el argumento en favor de las reglas parece inequívocamente individualista. La idea esencial es la compasión, concretada en este caso en compartir o sacrificarse. La ética de la autodependencia se rechaza en sus dos vertientes: el altruista no castigará al incompetente, ni respetará el "derecho" del otro de aferrarse a sus propios intereses. De nuevo, la diferencia entre los argumentos formales y sustantivos es su ámbito de aplicación. Puede ser que la estructura de las reglas no llegue a requerir el nivel de comportamiento altruista que habría preferido el altruista. Pero dentro de esa estructura, cualquiera que sea, existen deberes de compartir y de sacrificarse evocados por el funcionamiento mismo de las reglas.

Es importante señalar que la exigencia altruista de compasión será igualmente fuerte bien sea en las formalidades o en las reglas diseñadas para desmotivar comportamientos sustantivamente indeseables (crímenes, contratos inescrupulosos). La parte que está intentando retractarse de un contrato en el que perderá, debido a que no cumple con una formalidad, está traicionando a su socio contractual, a alguien respecto de quien adquirió deberes especiales. El menor que anula un contrato, aun cuando no haya actuado con insensatez ni haya sido obligado, está siendo igualmente reprehensible...

* * *

VIII. Premisas fundamentales del individualismo y del altruismo

Cualquiera que pudieran haber sido sus posiciones en diferentes momentos durante los últimos cien años, el individualismo y el altruismo se encuentran ahora en un sorprendente paralelo respecto de sus pretensiones opuestas. El intento individualista de elaborar una teoría racional general de la forma y el contenido del derecho privado fue un fracaso. Pero el altruismo no ha surgido como una teoría racional general opuesta capaz de realizar la tarea que ha derrotado a su adversario.

No obstante, las dos posiciones continúan vivas e incluso florecientes. El individualista que acepta la imposibilidad (al menos transitoria) de construir un papel judicial verdaderamente neutral insiste, sin embargo, en que hay una base racional para presumir la no intervención o la pasividad judicial. El altruista, quien no puede hacer nada mejor con el problema de la neutralidad, insiste en ser un activista, argumentando que el juez debe aceptar la responsabilidad de obligar al comunitarismo, al paternalismo y a los criterios reglamentarios toda vez que sea posible.

La persistencia de estas actitudes como principios organizadores del discurso jurídico se deriva del hecho de que reflejan no sólo una disputa práctica y moral, sino también un conflicto acerca de la naturaleza de la humanidad, la economía y la sociedad. Hay dos conjuntos de premisas fundamentales opuestas disponibles cuando tratamos de razonar en abstracto acerca del mundo, y están vinculados con las posiciones de que disponemos, en el nivel más mundano, de los problemas sustantivos y formales del sistema jurídico.

La importancia de agregar esta dimensión teórica a los ámbitos de la moral y de la práctica estriba en que esto nos lleva a un nuevo tipo de comprensión del conflicto entre individualismo y altruismo. En particular, nos ayuda a explicar las diferencias entre ambos —los momentos en los cuales el individualista, en su movimiento hacia el estado natural, súbitamente cambia de dirección y se convierte en un altruista, y el momento simétrico en el que el altruista se convierte en un defensor de las reglas y de la autodependencia, en lugar de deslizarse por completo hacia el colectivismo total o hacia el anarquismo.

A. Premisas fundamentales del individualismo

La estructura característica del orden social individualista consta de dos elementos: Primero, algunos campos dentro de los cuales los actores (grupos o individuos) poseen una discrecionalidad arbitraria total (a menudo

llamada libertad total) para buscar sus propios fines (propósitos, valores, deseos, objetivos, intereses), sin preocuparse por el impacto de sus acciones sobre los demás. Segundo, reglas de dos tipos: aquéllas que definen los ámbitos de la libertad o discrecionalidad arbitraria, y aquéllas que gobiernan las actividades cooperativas de los actores —esto es, las actividades que desarrollan fuera del ámbito de la arbitrariedad. Un orden plenamente individualista es la combinación de: a) Reglas de propiedad que establecen, respecto de cualquier cosa valorada, un propietario legal con control arbitrario dentro de límites establecidos, y b) Reglas contractuales —parcialmente suministradas por las partes que actúan privadamente, y parcialmente por el grupo en su totalidad actuando legislativamente— que determinan cómo habrán de interactuar las partes cuando decidan hacerlo...

* * *

La creación de un orden dentro del cual no se presenten ocasiones en las cuales sea necesario que los miembros del grupo lleguen a un consenso acerca de los fines que han de perseguir, incluso donde no sea necesario que los miembros del grupo realicen el menor esfuerzo por alcanzar otros fines diferentes de los propios, tiene mucho sentido si se actúa con base en la premisa de que los valores, por oposición a los hechos, son inherentemente arbitrarios y subjetivos.

La *subjetividad* del valor significa que se postula la imposibilidad de verificar directamente la afirmación de otra persona acerca de su experiencia o de sus fines. Esto es, cuando *A* afirma que para ella una situación específica implica valores particulares de una manera particular, *B* debe elegir entre aceptar esta afirmación o negar la buena fe de la información. *B* conoce la situación real únicamente a través de las palabras y acciones de *A*. No puede argumentar sobre los valores de *A* excepto con base en esta información.

El postulado de la *arbitrariedad* del valor significa que existe poco fundamento para discutirlo. Incluso si suponemos que los valores son objetivos, de manera que todos pudiéramos coincidir acerca de cuáles están implicados en una situación específica, y de qué manera lo están, sería de todas formas imposible mostrar mediante un proceso racional cómo se podría cambiar esa situación objetiva. Nuestra comprensión de la existencia de valores, según este postulado, no se fundamenta en procesos racionales deductivos ni inductivos. Los valores están sencillamente *ahí*, en la psiquis, como los resortes de toda acción. Y puesto que no podemos

explicar —excepto recurriendo a ideas conductistas como las de la teoría del aprendizaje— por qué o cómo *están* ahí, no podemos esperar conversar inteligentemente acerca de qué podrían ser o en qué podrían convertirse.

Dadas estas condiciones, parece probable que los mecanismos de orden social que dependen de un consenso sobre los fines enfrenten enormes problemas. Si, por un acuerdo providencial (o quizá gracias al condicionamiento), los valores de todos resultaran ser idénticos (o generar efectos idénticos), entonces todo estaría bien; si hay desacuerdo, resultará un caos. Esta expectativa se ve reforzada por el otro postulado principal de la teoría liberal: que las personas conforman grupos para alcanzar fines que preexisten al grupo, de manera que el grupo es un medio o un instrumento de sus miembros considerados como individuos.

De nuevo, esta idea no está *lógicamente* conectada con el postulado de la arbitrariedad del valor ni tampoco con la estructura característica regla/discreción del orden social individualista. Únicamente “hace eco” de estas concepciones aliadas. Por consiguiente, si el Estado no es más que un instrumento adoptado por cada una de las partes para lograr sus propósitos individuales, resulta difícil ver el sentido que tendría establecer un proceso de Estado fundamentado en la idea de valores cambiantes o en desarrollo. Si el Estado es realmente sólo un medio para los valores, y los valores son intrínsecamente arbitrarios y subjetivos, las únicas instituciones legítimas del Estado son las instituciones *facilitadoras*. Si el Estado adopta como objetivo el cambio o el desarrollo de valores, sospecharemos que lo hace en oposición a ciertos miembros cuyos valores otros miembros desean modificar. El Estado se convierte entonces, no en un medio para los fines de todos, sino en un instrumento de algunos en su lucha contra otros, suponiendo que estos otros deseen conservar y perseguir sus rechazados propósitos.

La teoría individualista del papel judicial se sigue directamente de estas premisas. En su forma pura, esta teoría hace del juez alguien que se limita a aplicar reglas, y las reglas son definidas como directivas cuyos predicados son siempre hechos y nunca valores. Mientras que el juez se refiera únicamente a hechos al decidir asuntos de responsabilidad jurídica, y a las consecuencias remediales, está en el ámbito de lo objetivo. Puesto que los hechos son objetivos y no subjetivos, pueden ser determinados, y puede afirmarse que el juez está en lo cierto o está equivocado en lo que hace. El resultado de lo anterior es la seguridad necesaria para la maximización privada y, a la vez, la exclusión del uso arbitrario del poder estatal para propiciar algunos fines (valores) a expensas de otros.

El individualismo moderno acepta que este proyecto fue un fracaso, pero

de ahí no se sigue que el juez esté completamente libre. Hay todavía una presunción racional en favor de la no intervención, basada en las premisas liberales fundamentales... El juez podría estar imposibilitado para formular una teoría coherente acerca de lo que significa ser neutral, y en este sentido, la legitimidad de todo lo que haga resultará problemática. Lo único que la razón puede ofrecerle en este dilema es el llamado a respetar la autonomía, a facilitar en lugar de regular, a evitar el paternalismo y a favorecer la factibilidad formal y la generalidad en las decisiones. Así sea sólo esto, su acción debe ser relativamente predecible y sujeta a revisión democrática mediante la alteración o la posible invalidación legislativa de sus decisiones.

B. Premisas fundamentales del altruismo

El programa utópico opuesto de la justicia altruista es el colectivismo. Afirma que la justicia consiste en un orden acorde con fines compartidos. Todo lo demás es injusticia rampante o residual. El Estado y el juez con él están destinados a desaparecer cuando la gente llegue a sentir su hermandad: será innecesario obligarlos a actuar "como si". La aplicación directa de las normas morales a través de principios judiciales es, por consiguiente, preferible por mucho a un régimen de reglas basado en el agnosticismo moral. Esto, sin embargo, dista todavía mucho de algo digno del nombre de ordenamiento altruista. Después de todo, el juez está ahí porque sentimos la necesidad de la fuerza. Los arbitramentos son un adelanto, las mediaciones aún más. Pero sólo alcanzaremos la meta cuando superemos la alienación entre nosotros, y compartamos los fines hasta el punto que la contingencia ofrezca ocasiones para la ingenuidad pero nunca para el conflicto.

El altruismo niega la arbitrariedad del valor. Afirma que siempre comprendemos nuestros propios objetivos y propósitos y los de los demás como algo en evolución, progreso o regresión, en términos del ideal universal de la hermandad humana. Las leyes de tal evolución no son reductibles a las reglas causales, a la lógica ni a los impulsos arbitrarios del agente. No controlamos nuestro propio desarrollo moral en el sentido en que el mecánico controla su máquina o las reglas jurídicas controlan al ciudadano, pero sí participamos en él y no sólo lo padecemos.

El altruismo niega también la subjetividad de los valores. La experiencia de mi vecino no es un libro cerrado para mí. Los economistas parten del supuesto simplista de la "independencia de las funciones utilitarias", según el cual suponen que el bienestar de *A* no se ve afectado por el bien-

estar de *B*. Esta idea está *doblemente* alejada de la realidad: la función utilitaria de *A* no sólo depende de la de *B*, sino que no puede ser realmente distinguida de ella. Es cierto que sufrimos *por* el sufrimiento de otros; más importante sería que sufriéramos directamente el sufrimiento de otros.

Para el altruista es sencillamente un error considerar al Estado como un medio para los fines preexistentes de los ciudadanos. Los fines son colectivos y están en proceso de desarrollo. Se sigue entonces que los propósitos que constituyen la base de la decisión moral son aquéllos del hombre-en-sociedad y no los propósitos de los individuos. La administración de justicia es más que un medio para los fines de esta totalidad. Es parte de ella. En otras palabras, juzgar no es algo que debamos *tolerar*; no es un *costo* inevitable si hemos de alcanzar los diversos beneficios individuales de vivir juntos en grupos.

El buen juicio, desde esta perspectiva, significa la creación y desarrollo de valores, y no sólo el logro más eficiente de lo que ya deseamos. Las partes y el juez están entrelazados porque sus conflictos derivan una parte integral del significado de su participación, primero imaginada y luego real.

El altruismo ofrece sus propias definiciones de la seguridad, eficiencia y libertad jurídicas. La seguridad del individualismo se encarna perfectamente en los cálculos del "hombre malo" de Holmes, quien se preocupa por el derecho sólo como un medio, como un obstáculo para la realización de sus fines antisociales. La esencia de la seguridad-mediante-la regla propia del individualismo ofrece seguridad porque identifica para el hombre malo los límites precisos de tolerancia de su maldad, le autoriza a adherirse tan cerca como pueda a estos límites. Para el altruista, ésta es una especie de demencia colectiva, mediante la cual traducimos nuestros propios valores cuando fingimos definirlos. ¿Qué posible beneficio puede traer el que el hombre malo calcule con seguridad los contornos dentro de los cuales el vicio es irrestricto? El altruismo propone un principio completamente diferente: el derecho es seguro, cuando el hombre *bueno* —y no el malo— se siente seguro en su expectativa de que si procede de buena fe, con la debida consideración por los intereses tanto de su prójimo como por los suyos, y mira con sospecha las tentaciones de la ambición, el derecho no se volverá contra él como una daga en su espalda. En cuanto al hombre malo, que se cuida; la seguridad del hombre bueno y la suya son incompatibles.

La "eficiencia" en la solución de conflictos es un objetivo pernicioso a menos que incluya en el cálculo de los beneficios, enfrentado a los costos de la administración de justicia, el desarrollo moral de la sociedad a través de la deliberación sobre el problema de nuestros fines aparentemente dis-

pares. En efecto, es probable que los intentos por alcanzar la eficiencia preconizada por el individualismo hagan inalcanzables los beneficios reales de administrar justicia, y terminen en una producción más barata de la injusticia y de la desintegración social.

La "libertad" del individualismo es negativa, alienada, y arbitraria. Consiste en la ausencia de restricción a la elección de fines que hace el individuo, y no tiene contenido moral ninguno. El altruista afirma que la alternancia desarticulada de control mecánico e inadvertencia destruye todo valor que hace de la libertad algo deseable. Sólo podemos alcanzar la verdadera libertad colectivamente, a través de la autodeterminación *grupal*. sencillamente, somos demasiado débiles para realizarnos aisladamente. Ciertamente, la autodeterminación colectiva, cuando no se ha llegado aún a la utopía, implica el uso de la fuerza contra el individuo. Pero experimentamos y aceptamos el uso de la coerción física y psíquica todos los días, en la vida familiar, en la educación y en la cultura. Lo experimentamos indirectamente, a menudo inconscientemente, en la vida política y en la económica. El problema es convertir la fuerza en una fuerza moral, en el hecho de la experiencia de indeterminación moral. Una definición de libertad que desconozca este problema no es más que una racionalización de la indiferencia, el guante de terciopelo para la mano de la dominación a través de las reglas.

C. Las implicaciones de las contradicciones dentro de la conciencia

La explicación de los inconvenientes de los modernos individualistas y altruistas es que ambos creen firmemente en los dos conjuntos de premisas, a pesar del hecho de que son radicalmente contradictorias. La crítica altruista del liberalismo resulta plausible para aquellos individualistas que ya no creen en la posibilidad de producir conceptos que generen a su vez reglas que definan un ordenamiento social justo. La crítica liberal de la anarquía o del colectivismo resulta plausible para el altruista que reconoce que, después de todo, no hemos superado la dicotomía fundamental entre sujeto y objeto. Mientras que los otros sean, en cierta medida, seres independientes e incognoscibles, el lema de los valores compartidos conlleva una amenaza real de tiranía, más opresiva que la alienación en un Estado liberal al menos relativamente altruista.

El reconocimiento de la contradicción no disminuye los conflictos moral y práctico, pero sí nos permite avanzar en su caracterización. En un nivel elemental, hace evidente la futilidad de imaginar que el conflicto moral y el práctico serán susceptibles de análisis en términos de conceptos de un

nivel superior. El significado de la contradicción en un nivel abstracto es que no existe un metasistema –¡si sólo pudiéramos encontrarlo!– que nos sintonice en una modalidad o en la otra según lo “requieran” las circunstancias.

En segundo lugar, el reconocimiento de la contradicción significa que no podemos “equilibrar” los valores ni las reglas individualistas y altruistas según principios de equidad, excepto en el sentido tautológico de que podemos, de hecho, decidir si tenemos que hacerlo. La imagen del equilibrio presupone exactamente el tipo de unidad de medida abstracta que está excluida por la contradicción. El único tipo de imagen que transmite el proceso mediante el cual actuamos –y actuamos y actuamos– en una dirección hasta que llegamos al inconveniente, es el de la filosofía existencialista. Hacemos compromisos y los llevamos a término. El momento del abandono no es más racional que el del comienzo, y es igualmente un momento de terror.

En tercer lugar, el reconocimiento de que ambos participantes en la lucha retórica entre individualistas y altruistas parten de premisas que sólo aceptan de esta manera problemática, debilita el argumento individualista según el cual la orientación hacia los resultados es dinámicamente inestable. Dada la contradicción en el nivel de la teoría pura, el abierto reconocimiento del elemento altruista en el sistema jurídico no significa un deslizamiento irrevocable hacia el totalitarismo, como tampoco llevaría al establecimiento definitivo de una justicia sustantiva a pesar de la estructura de reglas individualista.

El individualismo, bien sea bajo la forma social de la propiedad privada, o bajo la de las reglas, *no* es un símbolo heroicamente ganado y siempre precariamente sostenido de la frágil aprehensión del hombre de un comportamiento civilizado. Éste es un mito liberal. En cualquier sistema jurídico desarrollado, las actitudes individualistas y, especialmente, el invocar las reglas responden a una legión de intereses concretos que tienen todo que perder por su erosión. Los abogados son necesarios debido a las reglas; el prestigio del juez es profesional y técnico, tanto como carismático y arcano, debido a ellas; los litigantes que han dominado el lenguaje de la forma pueden dominar y oprimir a otros, o quizás simplemente prosperar a causa de ello; innumerables académicos enganchan sus vagones cargados de palabras a la estrella del tecnicismo. El individualismo es la estructura del *status quo*.

Pero incluso hay más que eso. En las élites, el individualismo responde al temor de las masas. En las masas, responde al temor del capricho de los

gobernantes. En los grupos pequeños, responde al temor de la intimidad. En la psiquis, responde al temor primordial que tiene el ego de ser abrumado por el ello. Sus raíces son tan profundas que sospechamos un elemento paranoide en el rechazo a reconocer a su hermano contradictorio dentro de la conciencia.

Finalmente, el reconocimiento de la contradicción hace más fácil comprender comportamientos judiciales que ofenden el ideal del juez como un ser eminentemente racional. El juez no puede, como tampoco puede hacerlo el analista, evitar el momento de la verdad en el que, sencillamente, cambiamos de modalidad. En lugar del aparato de la elaboración y la aplicación de reglas, con las premisas y las actitudes atinentes a él, llegamos súbitamente a un vacío, a una prueba de equilibrio, a un principio de buena fe, a una regla falsa o incoherente, o a la adopción entusiasta de una cadena de raciocinios que todos sabemos que será ignorada en el próximo caso. En términos de individualismo, el juez ha comenzado súbitamente a actuar de mala fe. En términos de altruismo, se *ha encontrado a sí mismo*. Lo único que importa es este cambio de actitud, pero es difícil imaginar algo más elusivo al análisis.

NOTAS

* Extractos tomados de la publicación original en *Harvard Law Review* 89, 1976. Reproducido en *Critical Legal Studies*, editado en 1989 por Allan C. Hutchinson, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

¹ Algunas obras importantes de la tradición a la que me refiero son Hegel; Marx, 1975; Lukács, 1971; Mannheim, 1936; Marcuse, 1941; Lévi-Strauss, 1966; Unger, 1975.