

La Crítica de los Derechos en los *Critical Legal Studies**

Duncan Kennedy

Este artículo ofrece una crítica de los derechos, desarrollada por una facción del grupo que se auto-denominó *critical legal studies* [*N. de la T.: estudios críticos del derecho; en inglés, cls*], tal como figuran en el discurso jurídico y político general. Esta crítica de los derechos, como los estudios críticos del derecho en general, opera en una incómoda intersección entre dos empresas distintas, con frecuencia complementarias pero a veces en conflicto, a las que denominaré el proyecto de la izquierda y el proyecto modernista-postmodernista.¹

Los objetivos del proyecto de la izquierda son cambiar el sistema existente de jerarquía social, incluyendo sus dimensiones de clase, raciales y de género, en la dirección de una igualdad más profunda y una mayor participación en el gobierno público y privado. La parte analítica del proyecto incluye una crítica de la injusticia y la opresión de los esquemas actuales, una parte utópica y una teoría positiva sobre cómo empeoraron tanto las cosas y por qué se han mantenido de esa manera.

El modernismo/postmodernismo (mpm), un concepto no menos controvertido, es un proyecto cuyo objetivo es alcanzar experiencias estéticas/emocionales/intelectuales trascendentes en los márgenes o en los intersticios de una grilla racional disruptiva. La actividad práctica del mpm se centra en el artefacto, algo hecho o ejecutado (podría ser arte sofisticado, el objeto más mundano, la deconstrucción de un texto o la organización de una cena).²

La crítica de los derechos que ofrezco debajo opera desde dentro de ambos proyectos (la denominaré izquierda/mpm). Tiene tres partes: una narración del rol de los derechos en la conciencia jurídica norteamericana (e indirectamente en la conciencia política norteamericana de modo más genérico); una narración sobre cómo uno podría llegar a perder la fe en la coherencia del discurso de los derechos; y una breve sugerencia acerca de por qué uno podría desear formular tal crítica a pesar de ser ello tan poco placentero.

* El presente trabajo fue publicado originalmente en inglés en el libro *LEFT LEGALISM/LEFT CRITIQUE*, editado por Wendy Brown y Janet Halley, Durham, NC: Duke University Press, 2002. Traducido por Juan González Bertomeu bajo supervisión del autor, y con la colaboración de Fernando Racimo, Ariel Romano Angel y Fernando Basch.

1. Empleo aquí la palabra "proyecto" como un término técnico, un término que también es equívoco. El sentido en que entiendo esa palabra es el de una actividad práctica continua, orientada hacia un fin, basada en un análisis de algún tipo (con una tradición escrita u oral), pero cuyos objetivos y análisis no son necesariamente coherentes o consistentes en términos internos a lo largo del tiempo. Es un esfuerzo colectivo, pero todos los participantes pueden cambiar a lo largo del tiempo, y las personas pueden ser parte de él en cualquier momento determinado sin suscribir o incluso estar interesadas en algo similar a sus preceptos y actividades prácticas. La parte práctica tiene tanta influencia sobre la parte teórica como ésta sobre la primera, pero las dos nunca se ajustan entre sí totalmente. No es un proyecto salvo que la gente lo vea como tal, pero la manera en que se lo ve no agota exactamente lo que la gente desde afuera puede decir sobre él.

2. Construir y apreciar artefactos son dos caminos hacia la experiencia trascendente, pero ambos generalmente trastornan la teoría de la experiencia. El análisis, que en el modernismo siempre es *ex post*, es incorporado a la *performance* por los postmodernos, que enfatizan la omnipresencia de "fuerzas primarias" o de "suplementos peligrosos" reprimidos o negados, y la plasticidad de los medios formales que presuponen que no son plásticos.

Los Derechos en la Conciencia Jurídica Norteamericana

Hasta la Segunda Guerra Mundial, existían en los Estados Unidos dos principales proyectos reconstructivos de izquierda. Uno era el socialismo, entendido como la propiedad pública de los medios de producción o la más o menos completa abolición de los mercados de trabajo y de productos. El otro era el programa de “reforma” para reconstruir el mercado y también influenciarlo, mediante una combinación de cambios estructurales (por ejemplo, fortaleciendo los sindicatos), políticas fiscales (por ejemplo, impuestos progresivos), programas sociales y la regulación de casi todo.

Los grupos en favor de cualquiera de estos enfoques podrían haber encontrado su justificación última en ideas como la libertad o los derechos humanos, pero estaban fuertemente predispuestos a entender los resultados sufridos por la gente desafortunada como las consecuencias de un *déficit de planificación*. Esto es, un déficit para comprender adecuadamente la totalidad social y para modelarla desde el centro, con el fin de que los resultados se correspondieran con los deseos del *colectivo*, ya fuera éste “la clase obrera” o “el pueblo norteamericano”. (Existían excepciones: la retórica de los derechos-del-trabajo versus la de los derechos-del-capital en las disputas laborales de fin de siglo; los derechos de las mujeres). El contra-programa de la derecha norteamericana fue generalmente expuesto en términos de la defensa de los derechos individuales contra la comunidad (excepciones a esto eran los profascistas y la derecha católica).

Ésta no es ya la situación. Esta sección describe el ascenso de una versión liberal de la reconstrucción basada en los derechos; el rol de los derechos en la conciencia jurídica norteamericana ahora que ellos son la base tanto de los proyectos ideológicos liberales* como conservadores; y el fenómeno experimentado por la izquierda/mpm respecto a la pérdida de fe en los derechos.

El Rol de los Derechos en el Pensamiento Jurídico de Izquierda, Alrededor de 1975-1985

Existen tres sub-discursos liberales de los derechos que son empleados en -y sobre- el razonamiento jurídico. Ellos son el constitucionalismo liberal, los proyectos sofisticados reconstructivos de los derechos en la filosofía del derecho, y el lenguaje político popular de los derechos que fluye natural o automáticamente de la afirmación de “identidad”. Los tres discursos son parcialmente autónomos, en tanto cada uno de ellos corresponde a una fracción de la *intelligentsia* liberal.

El constitucionalismo liberal es parte de la ideología del entorno (*milieu*) de los profesores de derecho, jueces y abogados de interés público liberales y activistas, principalmente orientados a la reforma legal a través de los tribunales. Los abogados de interés público incluyen a la *American Civil Liberties Union*, el *Legal Defense Fund* y las docenas de instituciones más recientes que han surgido con el objeto de litigar casos en nombre de

* El autor emplea el término ‘liberal’ del modo en que se lo utiliza en los Estados Unidos, para identificar a las corrientes progresistas (N. de la T.).

mujeres, latinos, el medio ambiente, los homosexuales, etcétera. Este grupo también incluye al *National Lawyers Guild* post años 1960's y la *Legal Services Corporation* de la misma era.

Los constitucionalistas liberales elaboran argumentos jurídicos en documentos y artículos publicados en revistas con el fin del reconocimiento legal, el desarrollo o la defensa de perspectivas jurídicas liberales. Sus defensores argumentan que estas posiciones son “exigidas” por una interpretación jurídica correcta de los materiales del derecho constitucional, particularmente las cláusulas que garantizan derechos de diversas clases. Una reciente incorporación a esta familia es la del activismo internacional de los derechos humanos, que despliega argumentos jurídicos basados en materiales legales internacionales que reconocen derechos.

La teoría sofisticada (de, por ejemplo, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, Frank Michelman, Martha Minow, Margaret Radin, Drucilla Cornell y Patricia Williams) es el proyecto del entorno (*milieu*) de intelectuales académicos de elite del derecho preocupados en forma auto-consciente por universalizar los intereses de varios grupos oprimidos o desaventajados. Estos intelectuales apoyan posiciones liberales específicas que han logrado el reconocimiento jurídico, y que por ello están ya “representadas” en el discurso jurídico en opiniones judiciales (tal vez sólo en disidencias), mediante el recurso de relacionarlas con la filosofía política del momento (la de John Rawls, Richard Rorty, Carol Gilligan, Jürgen Habermas, Jacques Derrida y otros). En los años ‘80 fueron acompañados por los teóricos centroeuropeos de la “revolución limitada”, bajo la bandera de los derechos humanos. Todos demostraron que la filosofía, algo simultáneamente más elevado, de mayor sofisticación intelectual y también más determinado que los argumentos constitucionales post-realistas basados en los textos, apoya la legalización de las reivindicaciones liberales de los derechos.

Finalmente, el discurso popular de los derechos impregna no solamente la cultura política formal sino también prácticamente todo entorno (*milieu*) en el que se discuta quién debería hacer qué, incluyendo, por ejemplo, la familia, la escuela y la industria del entretenimiento. La retórica derechos/identidad en particular es la de los organizadores, activistas y voceros de grupos subordinados (negros, mujeres, homosexuales y discapacitados). Ellos afirman la existencia de una identidad; que dada esta identidad existen derechos, y que estos derechos deberían ser reconocidos por el sistema jurídico.

Dentro de las facultades de derecho, pero virtualmente en ningún otro lugar, sea en el mundo del derecho o fuera de él, existe una crítica de izquierda/mpm, laxamente identificada con los estudios críticos del derecho (los *critical legal studies*; cls), de las tres versiones del proyecto liberal.

La desaparición del radicalismo. La *intelligentsia* de izquierda no estuvo siempre organizada de esta manera. Aunque el proyecto liberal actual tiene su “origen” en los años cincuenta, durante los años ‘60 esta *intelligentsia* creció exponencialmente y luego se dividió profunda y repetidamente en discusiones como las de la acción directa versus las estrategias jurídicas, el comunismo revolucionario versus el liberalismo, el nacionalismo negro versus el integracionismo, el feminismo separatista versus el “dormir con el enemigo”. En cada una de estas divisiones, un elemento importante fue la divergencia de actitudes respecto de los derechos y de la retórica de los derechos, asociadas a distintos

grados de “radicalismo”, como lo definíamos en ese momento; esto es, diferentes creencias sobre cuán grandes y posiblemente violentos tendrían que ser los cambios hasta que algo fuera “realmente” diferente.

La crítica de los derechos de los radicales políticos tuvo poco que ver con la clase de crítica interna del razonamiento jurídico que cautivó primero a los realistas jurídicos y luego a los *crits* [*N. de la T.: término empleado por el autor para referirse a los partidarios de los critical legal studies*]. De hecho, los radicales de los años ‘60 se inclinaron hacia una teoría externa, basada en la economía, la raza o el género (considérese a Shulamith Firestone y Eldridge Cleaver). Los radicales de los años ‘60 también fallaron, fueron vencidos o se auto-destruyeron, como sea que se lo quiera ver. En los años ‘70 y ‘80, la *intelligentsia* de izquierda fue similar a la de principios de los ‘60, con un pequeño grupo radical marginal y una gigante corriente liberal siempre al borde de ser devorada por el neoconservadurismo, los *yuppies* y muchas otras corrientes.

Tal vez el cambio más grande respecto a los ‘50 y principios de los ‘60 fue que la clase trabajadora masculina y blanca ya no jugó un rol significativo en el pensamiento de izquierda. Los hombres blancos, liberales y radicales se vieron a sí mismos abandonados o traicionados por esa clase, perdieron su fe o nunca se identificaron con ella. Para la mayor parte de los activistas políticos de izquierda, la clase trabajadora de hombres blancos heterosexuales era, en el peor de los casos, el corazón del campo enemigo y, en el mejor, el objeto a ser por necesidad convertido.

De la Política de Clase a la Política de Identidad. Cornel West ofrece en forma cuidada una versión optimista de la situación de la Nueva Izquierda, afirmando que existe un “movimiento progresista amorfo, aún desintegrado pero cobrando unidad, que está emergiendo a lo largo del paisaje norteamericano. Este movimiento carece actualmente del vocabulario moral vital y del liderazgo focalizado que pueda constituirlo y sostenerlo. Sin embargo, en última instancia estará basado en las actividades actuales de la gente de color, grupos sindicales y ecologistas, mujeres y homosexuales.”³

Los diferentes grupos dentro del sector jurídico de la *intelligentsia* liberal – constitucionalistas liberales, teóricos jurídicos sofisticados y organizadores sociales basados en los derechos/identidad- se han reorganizado o han persistido alrededor del discurso de los derechos, y *reinterpretaron* exitosamente lo que sucedió en los ‘60. Estos grupos recuerdan ese período como un triunfo de los derechos constitucionales –en los movimientos por los derechos civiles, en favor de la mujer y en contra de la guerra- que simboliza los mejores instintos y los verdaderos ideales del pueblo norteamericano, sobre un régimen anterior que representaba una versión reaccionaria o moralmente aletargada de aquellos instintos o ideales.

Lo que sucedió, según ellos, fue un triunfo de los intelectuales universalizadores (Martin Luther King, Gandhi), aliados con los abogados de derechos civiles y de los servicios de asistencia jurídica, aliados con los organizadores comunitarios. Juntos afirmaron, litigaron y luego justificaron los derechos garantizados en la Constitución contra los regímenes legislativos y administrativos que los negaban.

3. Cornel West, *The Struggle for America's Soul*, New York Times Book Review, 15 Sept. 1991, 13.

Los derechos se definían usualmente en términos de igualdad, pero igualdad en un sentido especial. No involucraban una demanda por la igualdad en la distribución de los recursos o la riqueza entre las clases sociales, las regiones o comunidades, sino más bien una “igual protección” para los miembros individuales de grupos sociales previamente subordinados. El énfasis retórico en la identidad y la antidiscriminación representó una nueva y compleja síntesis de las vertientes “nacionalistas” e “integracionistas” en los movimientos de protesta de los negros y las mujeres durante los ‘60.⁴

Para los años ‘70 y los ‘80 ya no existían “movimientos populares” que efectuaran reclamos por derechos en forma agresiva; no existían tampoco tribunales federales dispuestos a invalidar leyes y regulaciones en el interés de grupos oprimidos, ni el sentimiento de indiscutible corrección filosófica/moral y de ineluctable coherencia de la teoría constitucional de izquierda. Desde distintos ámbitos dentro de la *intelligentsia* de izquierda, los vínculos causales entre estos tres déficit fueron vistos de modo diferente.

Existían algunas ventajas en esta nueva situación, tanto como obvias desventajas. La *intelligentsia* de izquierda remanente quedó librada de los radicales que habían hecho sus vidas miserables a lo largo de los ‘60, y también del complicado problema de la clase trabajadora de hombres blancos. Los liberales de izquierda eran ahora *la izquierda*. A veces podían institucionalizarse y desarrollar toda clase de actitudes más o menos opositoras o cooperativas respecto a las corrientes principales, sin preocuparse sobre la horrible dialéctica de “tomar las armas” o “venderse”. Y la *intelligentsia* de izquierda de hecho sobrevivió, con bastante más en términos de números, recursos e ideas que en los años ‘50 y el comienzo de los ‘60.

Nuevas reclutas, jóvenes post-años ‘60, continuaron sumándose, especialmente mujeres y reclutas provenientes de grupos minoritarios de las vertientes de la reforma legal y la teoría de la *intelligentsia*. Para muchos de ellos, los años ‘60 fueron una Edad de Oro. Tenían recuerdos personales de esa época, frecuentemente de eventos que habían sido formativos en sus propias vidas. Pero sus memorias estaban filtradas por una conciencia infantil, y había poco en ellas que pudiera entrar en conflicto con la reinterpretación, en términos de derechos, de lo que había sucedido. Su énfasis nostálgico en la importancia de los movimientos populares, omitiendo las divisiones al interior de la izquierda, parecía mucho más plausible que la versión corriente de los ‘60 como la Edad de la Oscuridad.

Es fácil ver las flaquezas de este proyecto en forma retrospectiva. Pero en 1981, digamos, el año en que Ronald Reagan asumió su cargo, o incluso, aunque apenas, cuando Bill Clinton asumió, era plausible, aun cuando eran tiempos duros para la izquierda. Pienso mucho en sus fortalezas, como proyecto de una *intelligentsia*, derivadas de la combinación de corrección política (las luchas de grupos oprimidos), corrección jurídica (la Constitución era una ley ejecutable y demandaba de modo autoritativo una reforma liberal masiva) y corrección filosófica (la filosofía moral más sofisticada apoyaba la reforma liberal de izquierda del derecho en nombre de los grupos oprimidos). Guau.

La Crítica de los Derechos de los Estudios Críticos del Derecho. En este contexto, la crítica de los derechos de los *cls* (Mark Tushnet, Peter Gabel, Frances Olsen y

4. Véase Gary Peller, *Race Consciousness*, DUKE L. J. 758 (1990).

yo)⁵ resultaba perversa. Pero *no* era perversa por la razón esgrimida por los críticos de los *cls* de la primera hora, que sólo vieron una de sus vertientes originales, esto es, la crítica marxista de los derechos como algo individualista en vez de comunista, y específicamente la crítica marcusiana de la “tolerancia represiva”. Existe una indiscutible conexión genealógica entre esta vertiente crítica y la práctica comunista de negar la aplicación legal de cualquier derecho contra el estado, en nombre de la verdad revolucionaria de que “las libertades civiles burguesas” eran una mistificación reaccionaria o contrarrevolucionaria.

Los primeros críticos de los *cls* en este frente eran veteranos de las guerras de los años ‘40 y ‘50, y luego nuevamente de fines de los ‘60 y principios de los ‘70, entre comunistas (y otros marxistas ortodoxos y revolucionarios marxistas-leninistas del tercer mundo) y liberales. Para estos anti-marxistas (Louis Schwartz), anti-Nuevos Izquierdistas (Phil Johnson, el *New Republic*), y post o ex-marxistas (Staughton Lynd, Edward Sparer, Michael Tigar), *cualquier* crítica de los derechos automáticamente olía a estalinismo.⁶

Pero los *crits* no eran los activistas radicales del período entre 1965 y 1972 resurgiendo como académicos marxistas para pelear la vieja guerra en un nuevo frente. Aunque preservaban el *animus* radical contra las corrientes principales del liberalismo, su crítica era perversa no porque fuera estalinista sino porque era *modernista*. El movimiento de los *crits* desarrolló, con muchas dudas y pasos en falso, la misma clase de crítica interna, que conduce a una pérdida de fe, que aplicaba en ese momento al razonamiento jurídico.⁷

Los teóricos feministas⁸ y de la *critical race theory*,⁹ que retomaron la crítica de la crítica luego de los anti y post-marxistas, vieron esto claramente. Ellos se opusieron no en base al argumento de las tendencias totalitarias sino al argumento de que los derechos realmente existían o debían existir, o a que era desmoralizante criticarlos. Esta respuesta era plausible porque los derechos jugaron más o menos exactamente el mismo rol en su pensamiento político post-años ‘60 que el que jugaron en el pensamiento político norteamericano en general.

5. Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEXAS L. REV. 1363 (1984); Peter Gabel, *The Phenomenology of Rights Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves*, 62. TEXAS L. REV. 1563 (1984); Frances Olsen, *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*, 63. TEXAS L. REV. 387 (1984); Duncan Kennedy, *Critical Labor Law Theory: A Comment*, 4. INDUSTRIAL RELATIONS L. J. 503 (1981); Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28. BUFFALO L. REV. 205 (1979).

6. Louis Schwartz, *With Gun and Camera through Darkest CLS Land*, 36 STAN. L. REV. 247 (1984); Phillip Johnson, *Do You Sincerely Want to Be Radical?*, 36 STAN. L. REV. 247 (1984); Staughton Lynd, *Communal Rights*, 62 TEXAS L. REV. 1417 (1984); Edward Sparer, *Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement*, 36 STAN. L. REV. 509 (1984); Michael Tigar, *The Right of Property and the Law of Theft*, 62 TEXAS L. REV. 1443 (1984).

7. Véase Duncan Kennedy, A CRITIQUE OF ADJUDICATION [FIN DE SIÈCLE] (Harv. Univ. Press 1997), pt. 3.

8. Martha Minow, *Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover*, 96 YALE L. J. 1860 (1987); Elizabeth Schneider, *The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement*, 61 NEW YORK UNIV. L. REV. 589 (1986).

9. Patricia Williams, THE ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS (Harv. Univ. Press 1991); Richard Delgado, *The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?*, 22 HARV. CIV. RIGHTS. - CIV. LIB. REV. 301 (1987); Kimberlé Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 HARV. L. REV. 1331 (1988).

Los Derechos en el Discurso Político Norteamericano

Los derechos juegan un rol central en el estilo norteamericano del discurso político. El rol es inteligible sólo como parte de la estructura general de ese discurso particular. Una presuposición de este discurso es que hay una distinción crucial entre los “juicios de valor”, que son una cuestión de preferencia, subjetividad, lo arbitrario, lo “filosófico”; y los “juicios fácticos” o científicos, objetivos o empíricos.

Los Derechos Median entre los Juicios Fácticos y Valorativos. Los valores son supuestamente subjetivos, mientras que los hechos son objetivos. Se sigue de esto que el estatus de toda clase de afirmación normativa, incluyendo las afirmaciones morales o utilitaristas, es inseguro. *Convencionalmente* se entiende que las afirmaciones en cuanto a que algo está “bien” o “mal”, o que una regla va a “promover el bienestar general,” están en el lado subjetivo de esta división, son tanto una cuestión de juicio valorativo que por fuerza tienen que ser arbitrarias, y por ello son resueltas del mejor modo mediante el voto mayoritario.

Aunque hay muchas maneras de describir o entender la naturaleza de los derechos, me parece que en el discurso político norteamericano todas ellas presuponen una distinción básica entre argumentos basados en los derechos y otras clases de argumentos normativos. El punto de apelar a un derecho, la razón para hacerlo, es que él *no puede ser reducido* a un mero “juicio de valor” respecto a que un resultado es mejor que otro. Pero es posible formular argumentos basados en los derechos sobre cuestiones que caen fuera del dominio comúnmente entendido como fáctico, esto es, sobre cuestiones políticas o de política pública respecto de cómo debe actuar el gobierno. En otras palabras, los derechos son mediadores entre el dominio de los juicios de valor puros y el dominio de los juicios fácticos.

La palabra “mediación” significa aquí que el razonamiento basado en los derechos se concibe como teniendo propiedades de ambos lados de la división: “valor” como en los juicios de valor, pero “razonamiento” como en “lógica”, con la posibilidad de corrección. El razonamiento basado en los derechos, en suma, te permite tener razón respecto a tus juicios de valor, en vez de simplemente tener “preferencias”, como en “prefiero el chocolate al helado de crema.” La mediación resulta posible porque se entiende que los derechos tienen dos propiedades cruciales.

Primero, son “universales”, en el sentido de que se derivan de necesidades, valores o preferencias que toda persona comparte o debería compartir. Por esta razón, todo el mundo acepta o debería aceptar que son deseables. Este es el primer aspecto de los derechos como mediadores: se derivan de valores pero no son arbitrarios ni subjetivos, pues son universales.

Segundo, son “factoides”, en el sentido de que una vez que reconoces la existencia del derecho, luego tienes que aceptar que su observancia *exige x, y y z*. Todo el mundo reconoce que la afirmación “debes ser bueno” es demasiado vaga para ayudar a resolver conflictos concretos, aun a pesar de que es universal. Pero una vez que hemos derivado un *derecho* de necesidades o valores universales, se entiende que es posible tener una discusión relativamente objetiva, racional y precisa sobre cómo este derecho debe ser instrumentado en reglas legales o sociales.

Estas dos partes son igualmente importantes. No es bueno ser un creyente en los derechos humanos si tienes que reconocer que su aplicación o definición práctica no es

más una cuestión de “razón” -como algo distinto a “valores”- que, por ejemplo, la creencia en la *maternidad y la tarta de manzanas*.^{*} Si ellos no son tanto universales como factoides, te dejan en el dominio de la subjetividad.

El proyecto de identificar y luego definir las implicancias de los derechos es por ello una parte del proyecto general de la racionalidad social. Como tal, el proyecto de los derechos es parte de la misma familia que el de identificar y definir en la práctica un método judicial basado en la fidelidad interpretativa, en vez de una mera preferencia legislativa. Más aun, dado que convencionalmente se entiende que tanto en el derecho y el razonamiento jurídico como en el discurso popular y la filosofía política los derechos son entidades que existen, los dos proyectos están yuxtapuestos. Pero no son el *mismo* proyecto. Podríamos pensar que las teorías existentes sobre el razonamiento jurídico no logran evitar el defecto de las meras preferencias pero que las teorías sobre los derechos tienen éxito, y viceversa. Esta posibilidad es real porque el discurso político norteamericano presupone que los derechos existen tanto fuera como dentro del sistema jurídico.

Derechos Internos y Externos. Los derechos ocupan un estatus ambiguo en el discurso jurídico, porque ellos pueden ser tanto reglas como razones para las reglas.¹⁰ “El Congreso no dictará ninguna ley restringiendo la libertad de expresión” es una regla incorporada al sistema jurídico, pero “proteger la libertad de expresión” es una razón para adoptar una regla, o para escoger una interpretación de una regla sobre otra. En este segundo uso, se entiende que el derecho es algo que está afuera del -y que preexiste al- razonamiento jurídico.

El derecho externo es algo que una persona tiene aun si el ordenamiento jurídico no lo reconoce o incluso si su “ejercicio” es ilegal. “Tengo el derecho de involucrarme en un intercambio homosexual, aun si ello está prohibido por leyes sobre la sodomía en todos los gobiernos del universo.” O “la esclavitud desconoce el derecho a la libertad personal, que existe por encima y a pesar de las regulaciones legales de los estados esclavistas.”

La Constitución y las leyes federales y estatales legalizan algunos derechos externos muy abstractos, como el derecho a la libertad de expresión de la Primera Enmienda o a la propiedad de la Enmienda Catorce. El derecho positivo también legaliza otros derechos menos abstractos, que se entiende que derivan de derechos externos más abstractos pero no implementados o no incorporados a los textos. Por ejemplo, en el siglo diecinueve, la Corte Suprema interpretó la prohibición constitucional de los estados de incumplir con las obligaciones que surgen de los contratos públicos como la protección jurídica de una especie de la categoría más general, pero no incorporada a los textos, de los derechos adquiridos.

En ocasiones, los tribunales norteamericanos también han sostenido que la Constitución protege derechos fundamentales aun cuando no los promulgue explícitamente como derecho (*law*). En distintos momentos del siglo diecinueve, los tribunales hicieron esto de un modo más bien atrevido, afirmando que la protección de derechos externos no establecidos en la Constitución tenía que ser inferida de la “naturaleza de los gobiernos libres.” En el siglo veinte, la Corte Suprema se ha visto protegiendo un derecho externo no enumerado

^{*} Alusión a frase empleada por el revolucionario negro de los años '60 H. Rap Brown (“la violencia es tan norteamericana como la maternidad y la tarta de manzanas”) (N. de la T.).

10. Kennedy, A CRITIQUE OF ADJUDICATION, 135-40.

a la privacidad, cuyo estatus constitucional (legal) fue inferido por la Corte a partir de una variedad de cláusulas más específicas (por ejemplo, la protección de la Cuarta Enmienda contra requisas y allanamientos irrazonables).

En la teoría política liberal clásica había una manera simple de entender todo esto: los “derechos naturales” existían, y Nosotros el Pueblo los incorporamos al derecho. Luego de ser incorporados, ellos tenían dos existencias: eran todavía naturales, pues existían independientemente de cualquier régimen jurídico, pero también eran legales. La tarea de los tribunales podía ser entendida como un trabajo de traducción: traducir el concepto o entidad natural preexistente a reglas legales particulares examinando sus implicancias en la práctica.

Aunque el lenguaje de los derechos naturales está fuera de moda, aún es cierto que la teoría liberal considera que *una parte* del sistema de reglas legales desarrolla la función de proteger los derechos externos -cuya “existencia” no depende de un acto de aprobación legal- contra invasiones provenientes de actos de violencia privada y pública. No necesitamos, por el momento, analizar las distintas maneras en las que la gente lea o los especialistas entienden el modo de existencia de estos derechos extra-legales o externos. El punto importante es que la traducción judicial (o, para el caso, legislativa o administrativa) de lo externo a los materiales legales es todavía un elemento crucial en el entendimiento liberal de un buen orden político.

De este modo, podemos distinguir tres tipos de argumentos basados en los derechos: el argumento estrictamente externo, sobre lo que la existencia de algún/os derecho/s exige que el gobierno (o una persona privada) haga o deje de hacer; el argumento estrictamente interno, sobre lo que el deber de fidelidad interpretativa exige al juez hacer con un cuerpo de materiales que incluye derechos, entendidos como reglas incorporadas en forma positiva al sistema jurídico; y la forma característica del derecho constitucional (y de algunos argumentos de derecho privado también), según la cual quien articula el argumento está en la frontera entre lo interno y lo externo, interpretando un derecho externo existente que ya ha sido traducido al derecho positivo.

Los derechos constitucionales *están a caballo*. Son tanto derechos legales insertos en y moldeados por la práctica argumentativa jurídica (las reglas legales) como entidades que “existen” antes que -y fuera de- la Constitución. Por esta razón, un argumento de derecho constitucional media no sólo entre juicios fácticos y valorativos, sino también entre argumentos jurídicos (bajo un deber de fidelidad interpretativa) y argumentos legislativos (una apelación a los valores políticos de la comunidad). Una vez más, la palabra “mediación” significa que esta forma de argumento participa de las características de ambos costados de la dicotomía.

De un lado, el argumento de los derechos constitucionales es jurídico, porque está basado en una de las reglas adoptadas por el sistema jurídico (por ejemplo, la Primera Enmienda); del otro, es normativo o político, porque está formulado como una aserción sobre el modo en que un derecho externo debe ser traducido al orden legal. Los abogados y jueces que formulan argumentos de derecho constitucional explotan *tanto* la noción de que el proceso de adjudicación se lleva a cabo de acuerdo con un método jurídico de fidelidad interpretativa altamente determinado y específico, *como* la noción de que el derecho externo es una entidad universal y factioide a partir de cuya existencia podemos

hacer fuertes inferencias. Su objetivo es lograr que la aparente objetividad de la teoría de los derechos ensamble perfectamente con la aparente objetividad del método judicial.

Desde finales del siglo dieciocho ha existido una meta-discusión en derecho constitucional sobre el rol apropiado de los derechos externos no incorporados al derecho.¹¹ Los críticos del razonamiento judicial basado en los derechos externos no incorporados han insistido en que existe una clara diferencia entre estar afuera y estar adentro, y en que los jueces deberían ocuparse sólo de los internos. Los derechos externos no “existen” realmente; aun cuando existieran, están demasiado abiertos a la controversia ideológica; aun si existieran y fueran claros, no son “derecho”.

Los críticos de una posición “estrictamente positivista” sostienen la otra cara de la moneda: que la apelación a los derechos externos puede y debe resolver lagunas, conflictos y ambigüedades que surgen cuando el juez intenta ignorar las fuentes normativas del derecho, y así. En otras palabras, los positivistas celebran el método judicial y denigran la teoría de los derechos, mientras que los interpretativistas hacen lo opuesto. Esta discusión permanece al margen. La mayor parte del tiempo, las *intelligentsias* ideológicas que emplean argumentos constitucionales confrontan entre sí en la zona intermedia; en esta zona, ambos bandos reivindican derechos constitucionales incorporados y la objetividad del método judicial.

Los Derechos en los Proyectos de Universalización de las *Intelligentsias* Ideológicas

Los derechos son un elemento clave en los proyectos de universalización de las *intelligentsias* ideológicas de todo tipo. Un proyecto de universalización toma una interpretación de los intereses de algún grupo -menor a toda la comunidad-, y afirma que ellos se corresponden con los intereses o ideales de toda la comunidad política. El interés de una persona homosexual en la legalización del intercambio homosexual es releído como el derecho a la autonomía sexual, por ejemplo. El derecho media aquí entre los intereses del grupo y los intereses del todo.

Cuando los grupos están en proceso de formación, y están comenzando a verse a sí mismos como compartiendo algo en común -una identidad positiva en vez de negativa-, el lenguaje de los derechos ofrece un vehículo flexible para formular intereses y demandas. Existe aquí un paradigma disponible: un grupo basado en una identidad, de la cual inferimos un derecho a hacer cosas que lo identifiquen/definan; un derecho al apoyo del gobierno del mismo tipo del que gozan otros grupos identitarios, y una protección contra diversas clases de acción pública y privada adversa (un derecho contra la discriminación). Si logran insertarse en este esquema, nuevos grupos pueden ingresar al discurso de la política norteamericana con la expectativa de ser al menos comprendidos.¹²

Una vez que los intereses del grupo han sido asimilados a los intereses de todo el cuerpo político al ser reformulados como derechos, el carácter factioide de los derechos permite que el grupo formule sus demandas como reclamos basados en la razón y no en meras preferencias. Dado que tú estás o deberías estar de acuerdo en que todo el mundo

11. Véase *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798), y *Loan Assoc. v. Topeka*, 87 U.S. (20 Wall.) 655 (1875).

12. Minow, *Interpreting Rights*; Schneider, *The Dialectic of Rights and Politics*; Gabel, *Phenomenology*.

tiene este derecho universal, y que el razonamiento a partir de este derecho conduce de modo ineludible a estas reglas particulares, se sigue que, si no aceptas el resto, eres un mentiroso o un tonto. Negar la validez de estas reglas particulares te hace estar *equivocado*, y no ser simplemente egoísta y poderoso.

Esta idea Liberal general está disponible para todos. En otras palabras, tanto las *intelligentsias* liberales como las conservadoras afirman que los intereses de grupo que representan deberían ser reconocidos por el derecho, al sostener que tal reconocimiento sería la instrumentación práctica de un conjunto de derechos externos. Las reglas legales propuestas no son “partidistas”, sino que representan creencias y compromisos políticos que trascienden la división izquierda/derecha. Para muchos conservadores, el control del monto de los alquileres es inconstitucional. De igual modo, la *intelligentsia* liberal sostiene que su programa es simplemente la reivindicación de derechos externos, incorporados a la Constitución, en contra de su defectuosa traducción a través de decisiones legislativas, administrativas o judiciales equivocadas.

Sostuve antes que sólo desde los años ‘70 la izquierda comenzó a recurrir en general a los derechos como su principal argumento para universalizar sus posiciones. Antes de los ‘70, siempre habían existido agudas controversias entre marxistas completamente hostiles a la formulación de los derechos, planificadores socialdemócratas progresistas con un proyecto de universalización -basado en el ahorro derivado de la eliminación de mercados improductivos y caóticos-, y libertarios cívicos.

Para la *intelligentsia* ideológica conservadora, la alternativa a los derechos es la eficiencia. Un argumento de eficiencia tiene varias de las propias características mediadoras de un argumento basado en los derechos: es un juicio de valor universal (¿quién puede oponerse a lograr que todos estén mejor de acuerdo a su propia interpretación de qué es estar mejor?) y factoides (los argumentos basados en la eficiencia no significan nada si no son técnicos, y están supuestamente basados en la observación empírica). Pero mientras esta alternativa todavía existe para los conservadores, ahora los derechos soportan el mayor peso de la universalización para ambos bandos.

Las Inversiones Paralelas de las Intelligentsias Ideológicas en el Razonamiento Jurídico y el Discurso de los Derechos. La noción de un “efecto empoderador”¹³ [*empowerment effect*] es útil para comprender la inversión de las *intelligentsias* liberal y conservadora en la idea general de un método judicial generador de resultados “legalmente correctos”, y también para entender su inversión más específica en el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Parece plausible (al menos para mí) que las *intelligentsias* políticas norteamericanas de izquierda y derecha se fortalecen frente a las mayorías legislativas mediante sendas fantasías constitucionales: la creencia de que las interpretaciones judiciales correctas de la Constitución convierten en ilegales los programas de sus opositores, apoyan una versión moderada de sus propios programas y controlan las tendencias peligrosas de las masas. La gente quiere con intensidad que aquello en lo que cree -sea lo que fuere- sea validado por el

13. Kennedy, A CRITIQUE OF ADJUDICATION, 224-35.

maná* del Juez. Asimismo, la corrección jurídica es un arma tanto de la izquierda como de la derecha, de manera que ninguno de los dos sectores debería verlo como “en su favor”. Finalmente, los privilegios de las *intelligentsias* no parecen depender de un modo profundo de la creencia en el carácter apolítico del método judicial.

Existe un paralelo claro entre el rol del método judicial y el rol de los derechos. El doble efecto mediador de los derechos, entre hechos y valores y entre derecho y política, permite a ambos bandos sentir que están acertados en sus argumentos basados en los derechos, de la misma manera en que pueden estarlo respecto a sus argumentos técnicos jurídicos. Ambos bandos reivindicaban una historia completa de triunfos sobre el otro sector bajo la bandera de los derechos. Cada uno reconoce que el otro posee cierto territorio, pero interpreta esto como una manipulación del razonamiento jurídico, o como un razonamiento jurídico erróneo, dirigido a arribar a conclusiones que violan derechos externos.

Para ambos, los derechos son cruciales tanto para la seguridad contramayoritaria como para la reforma contramayoritaria. La creencia social general en los derechos, como la creencia paralela en el razonamiento jurídico, fortalece a las *intelligentsias* que ya no creen (o nunca creyeron) que representan la “voluntad del pueblo”. Para la izquierda en particular, el movimiento en favor de la retórica de los derechos significó el abandono de cualquier pretensión de representar a una clase trabajadora (de hombres blancos) muy numerosa contra una “burguesía” que por definición era una pequeña minoría en constante detracción.

Un paralelismo final exhibe que la prédica de los derechos es, como el razonamiento jurídico, un discurso -una manera de hablar sobre lo que debe hacerse que incluye un vocabulario y un juego completo de presuposiciones sobre la realidad-. Ambos presuponen sobre sí mismos ser discursos basados en la necesidad y racionales (es decir, opuestos a las meras preferencias). Y es por ello posible participar de ambos cínicamente o con mala fe.

El cinismo significa utilizar la prédica de los derechos (o del razonamiento jurídico) como no otra cosa que un modo de formular demandas. Las demandas pueden ser “justas”, en el sentido de que uno cree firmemente que “deben” ser concedidas, pero el cínico no cree que el lenguaje específico de los derechos agregue algo al lenguaje de la moral o la utilidad. Cuando uno atribuye el éxito de un argumento articulado en el lenguaje de los derechos a la creencia de buena fe de otra persona en las presuposiciones del discurso, uno ve al otro como equivocado, como habiendo coincidido por una mala razón, con independencia del disfrute por el éxito de una buena afirmación.

La mala fe, tanto aquí como en el caso del razonamiento jurídico, implica simultáneamente afirmar y rechazar, *respecto de uno mismo*, la racionalidad presupuesta del discurso y de la demanda particular articulada en sus términos. Significa ser consciente de la crítica de todo el intento, sintiendo el carácter cambiante de la arena bajo los pies pero continuando adelante “como si” todo estuviera bien.

* Al emplear la expresión “maná”, el autor hace aquí referencia al concepto utilizado por algunas culturas en relación con el poder espiritual que emana de ciertas personas con autoridad, como el jefe de una tribu, así como de ciertos objetos o animales (en este sentido, el concepto debe ser distinguido de aquel descrito por la Biblia al referirse al alimento caído del cielo durante el Éxodo hebreo) (N. de la T.).

La mala fe puede ser una condición estable, como argumenté de modo extenso en otro lugar para el caso del razonamiento jurídico.¹⁴ O puede volverse inestable, terminando en una pérdida de fe o en una renovada buena fe.

La Pérdida de Fe en el Razonamiento Jurídico

Perder tu fe en la razón judicial significa experimentar la argumentación jurídica como “mera retórica” (pero no como “errónea” o “sin sentido”). La experiencia de la manipulación comienza a verse en todas partes, y parece obvio que cualquiera sea el factor que decide el resultado, no es la aplicación correcta de un razonamiento jurídico bajo el deber de fidelidad interpretativa a los materiales. Esto no significa que el razonamiento jurídico nunca produzca un cierre. Puede hacerlo, pero cuando ello sucede, experimentar este hecho no implica, para una persona que ha perdido la fe, que dicho cierre estuviera basado en algo que está “ahí afuera”, algo a lo que el razonamiento jurídico hiciera referencia. Simplemente fue una experiencia, y podría haber terminado de otro modo (si uno hubiese seguido otra línea de trabajo, por ejemplo).

En cuanto a los intentos por demostrar de modo abstracto que el razonamiento jurídico produce o puede producir un cierre, los ejemplos existentes dentro del derecho parecen abiertos tanto a la crítica interna como a una crítica de parcialidad por ignorar argumentos igualmente sólidos del otro lado. El crítico minimalista post-fe no sostiene que “no pueda hacerse”, sino solamente que “no parece que se haya hecho aún, y no creo que eso ocurra”.

La pérdida de fe es una pérdida, una ausencia: “alguna vez creí que los materiales y los procesos producían un resultado, pero ahora siento que el proceso es algo que yo *hago a* los materiales para que produzcan el resultado que quiero. A veces funciona y a veces no; esto es, a veces obtengo el resultado que quiero y a veces no”. La pérdida de fe es una consecuencia posible de la tensión o disonancia cognitiva representada por la mala fe. Uno abandona la estrategia de la negación del elemento ideológico, subjetivo, político o simplemente fortuito en el razonamiento jurídico. Uno abandona la convención según la cual los resultados son la consecuencia de la “mera” observancia del deber de fidelidad interpretativa.

La pérdida de fe en el razonamiento jurídico es la amplia generalización de un proceso que ha avanzado de modo continuo respecto de los elementos del pensamiento jurídico al menos desde la crítica de Jeremy Bentham a Blackstone. Dos ejemplos de esto son la gradual pérdida de fe en los procesos formularios del *common law* y en las operaciones jurídicas de “implicancia”, características de los siglos dieciocho y diecinueve. Cuando la fe se va, la gente sostiene cosas como la afirmación de Holmes: “[s]iempre puedes implicar una condición. La cuestión es por qué lo haces”.¹⁵ O escribe cosas como “se gastó mucho trabajo e ingenuidad en el intento por encontrar algún criterio general para lo que es jurídicamente correcto o incorrecto, alguna base general de responsabilidad legal. Pero es en vano; no existe ninguna.”¹⁶

14. *Ibid.*, 191-212.

15. Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, en COLLECTED LEGAL PAPERS (William S. Hein, 1985), 181.

16. Henry Terry, *Legal Duties and Rights*, 12 Yale L. J. 185 (1903).

La pérdida de fe en el razonamiento jurídico tiene una analogía cercana con uno de los varios modos en que se puede experimentar la pérdida de fe en Dios. La situación del ateo que cree que él o ella, o la “ciencia”, ha refutado la existencia de Dios es análoga a la del maximalista que cree que la teoría crítica postmoderna ha probado la indeterminación del razonamiento jurídico. El otro tipo de maximalista es como el católico que se convierte en protestante, rechazando la autoridad pero conservando el apego a una teología. La pérdida de fe, en contraste, no es ni una teoría ni la consecuencia de una teoría.

Pienso que mi fe inicial en el razonamiento jurídico era como la religión de los intelectuales del siglo dieciocho, que creían que existían buenas razones racionales para pensar que había un Dios; que la existencia de un Dios justificaba toda clase de visiones esperanzadas sobre el mundo, y que la creencia popular en Dios tenía consecuencias sociales enormemente beneficiosas. Pero también tenían experiencias confirmatorias que eran fenomenológicamente diferentes de la experiencia de la demostración racional.

Estos intelectuales se involucraron en el trabajo de criticar las demostraciones racionales existentes y en el de construir unas nuevas, sin ninguna sensación de que su fe estaba en riesgo. Tenían experiencias ocasionales de duda sin ninguna pérdida de interés o compromiso en la empresa de la demostración racional (éste soy yo en primer año de derecho). La pérdida de fe significó que una mañana en el siglo diecinueve despertaran y se dieran cuenta de que habían “dejado de creer”.

No fue que alguien les hubiera probado que Dios no existía. No encontraron convincente ninguna de las demostraciones racionales disponibles de esta proposición. Tampoco decidieron que era imposible probar que Dios existía. Simplemente no encontraron convincente ninguna de las pruebas existentes. Ellos pueden incluso haber continuado teniendo experiencias como aquellas que alguna vez interpretaron como una indicación de lo divino. Pero de alguna manera la combinación—el proceso de la crítica y la reconstrucción de las demostraciones racionales, junto con el proceso de duda y reafirmación—había “terminado mal”.

Ya no importaba que un trabajo más profundo pudiera resolver la cuestión en términos racionales; que la idea de un mundo sin Dios fuera profundamente deprimente; que pudieran perder sus trabajos en el clero si alguien descubría lo que realmente sentían; o que una pérdida generalizada de la fe en Dios amenazara con producir toda clase de consecuencias sociales terribles. Ni siquiera importaba que gente mucho más inteligente que ellos estuviera ofreciendo demostraciones racionales que ellos no habían refutado y que quizá no estarían en condiciones de refutar cuando lo intentaran.

Estas personas estaban en una nueva posición. No era ni una posición de certeza ni una de incertidumbre. No era certeza porque ninguna demostración racional que pudiera inducir a la certeza había funcionado. No era duda porque la única posibilidad que quedaba era una sorpresa: alguien podía llegar y probar que Dios existía o no existía, y todos hubieran tenido que ajustarse a ese nuevo desarrollo. Mientras tanto, no existía un estado subjetivo de cuestionamiento, una interrogación acerca del mundo. La cuestión estaba “concluida”, o “estacionada”. Ellos eran post-Dios.

Dije antes que la pérdida de fe no es ni una teoría ni el resultado de una teoría. Es un evento que puede o no suceder como consecuencia de la crítica. Por ejemplo, en el segundo semestre de mi primer año en la facultad de derecho, estaba trabajando con un

comentario a un caso para una revista jurídica. En el almuerzo con un editor estudiante de segundo año, expuse en forma elocuente las implicancias doctrinales de un párrafo en la opinión mayoritaria del presidente de la Corte Suprema Earl Warren que representaba, según creía, un cambio importante en la teoría de la Corte respecto a la Primera Enmienda.

El editor me miró con preocupación y dijo, “creo que te estás tomando el lenguaje un poco demasiado en serio”. Me sonrojé. De pronto (de forma inesperada, de repente) me pareció obvio que las expresiones que había estado analizando eran más informales, más un giro retórico, menos “reales”, de lo que había estado pensando. Ninguna opinión judicial desde ese momento me pareció igual que antes de esta experiencia.

Trabajando para un estudio durante el verano de mi segundo año, preparé un reporte sosteniendo que la adquisición hostil* de la empresa de nuestro cliente —en ese momento una amenaza- violaría las leyes antimonopolio. Yo era un defensor ferviente de la regulación antimonopolio y “creía en” mi argumento. Los abogados del caso me dejaron ir con ellos cuando visitaron el Departamento de Justicia para exhortar a la División Antimonopolio a que interviniera. De vuelta en New York, en el ascensor subiendo a la oficina, nos encontramos con otro abogado que nos dijo que una nueva oferta había persuadido a nuestro cliente de aceptar la fusión. El abogado principal del caso me dijo: “conoces el argumento tan bien que debería resultarte simple darlo vuelta.” Algo en mi rostro hizo que el abogado cambiara su tono jocoso por un gesto reflexivo. “Pensándolo bien, conseguiremos a alguien más para que lo haga”, dijo, y me palmeó en el brazo. ¡Oh, la juventud!

Ninguno de los incidentes “probó” nada, y en cada uno de los casos la persona que dijo algo que me perturbó estaba tratando, amablemente, de inducirme a la mala fe, no a la falta de fe. Si no hubiera ocurrido en ese momento habría pasado en alguna otra oportunidad.

Aunque es no-racional, un “salto” para atrás más que una “consecuencia” de la crítica, la pérdida de fe no es en absoluto similar a un evento completamente azaroso. Nos resulta familiar la idea de que la crítica puede “socavar” o “debilitar” la fe, preparando sin determinar el momento en que ella se pierde. Y la pérdida a veces procede como una metáfora (¿o es metonimia?) en la poesía. La pérdida de fe puede parecer “contagiarse” como una enfermedad, o “expandirse” como un incendio forestal.

En la próxima sección describo la relación estructural entre la crítica del razonamiento jurídico y la crítica de los derechos. La idea no es explicar sino más bien describir el contexto dentro del cual se dio la migración de la pérdida de fe de un dominio a otro.

La Crítica de los Derechos

Este apartado describe una serie de contextos que llevan a la pérdida de fe en los derechos, dispuestos como una suerte de ruta para el progreso del virus. Comienzo con el rol de los derechos “dentro” del razonamiento jurídico, esto es, con la manera en que los jueces discuten sobre la definición y la elaboración de derechos que están claramente reconocidos por el derecho positivo. Las dudas sobre este proceso sugieren dudas sobre los derechos constitucionales que están “a caballo” entre lo interno y lo externo. Y esto

* Una adquisición o “takeover” hostil se configura cuando se logra el control de una empresa en contra de la voluntad de su dirección (N. de la T.).

lleva a su vez a dudar sobre el discurso popular de los derechos y los proyectos sofisticados de reconstrucción en la filosofía política. Cierro el apartado con un intento de eliminar algunos frecuentes malos entendidos sobre la naturaleza y las implicancias de la crítica de los derechos.

De la Crítica del Razonamiento Jurídico a la Crítica de los Derechos Constitucionales

El punto de mayor contacto entre el razonamiento jurídico y la prédica de los derechos se da cuando los abogados razonan sobre derechos internos. Esta práctica es importante para el discurso de los derechos porque a través de ella los derechos externos son “traducidos” al ordenamiento jurídico. Como vimos en la última parte, esta traducción es una parte crucial del programa Liberal para una buena sociedad. Un fracaso en el proceso de traducción –digamos, una pérdida de fe en la posibilidad de hacerlo conservando al mismo tiempo la doble mediación entre juicios fácticos y de valor, y entre el discurso jurídico y político- sería un fracaso para la teoría Liberal.

Pero también podría traer (ya ha traído) otro peligro: las dudas sobre la coherencia del razonamiento jurídico de los derechos del lado cortante, por decirlo así, del continuo de los derechos, amenaza con expandirse “para atrás” hacia los derechos constitucionales, que están “a caballo,” y por ende hacia los derechos completamente externos. Es justamente una expansión semejante lo que voy a sugerir aquí.

Los Derechos Legales en el Razonamiento Jurídico. La crítica del razonamiento jurídico opera al nivel de los argumentos basados en los derechos internos del mismo modo que opera en general. No niega que “tenga sentido” hablar de derechos legales. Para el juez, que está bajo el deber de fidelidad interpretativa, las reglas legales formuladas en el lenguaje de los derechos son parte del cuerpo de materiales que lo “constriñen”, o que él transforma a través del trabajo jurídico. Las apelaciones a los derechos legales, sean derechos constitucionales o simplemente derechos mundanos del *common law*, influyen el curso de una decisión, como sucede con las apelaciones a las reglas legales que no están formuladas en términos de derechos (como las reglas sobre las relaciones interestatales), y a los precedentes o a las políticas públicas (por ejemplo, la seguridad de las transacciones). La apelación a una regla expresada en la forma de un derecho, o a un valor que se entiende que está representado por un derecho, puede producir la experiencia de cierre: dada la existencia de este derecho legalizado, no se te ocurre ninguna buena razón según la cual la parte demandante debería ganar el caso.

Los participantes en conflictos de grupo ideologizados formulan sus demandas en el lenguaje de los derechos y luego intentan que ciertos derechos particulares resulten legalizados (adoptados por una legislatura, promulgados por una agencia administrativa o incorporados por medio del derecho judicial), tanto a un nivel particular (los derechos *Miranda**) cuanto a

* El autor se refiere al caso *Miranda v. Arizona* (1966), en el que –entre otras cosas- la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que los sospechosos de haber cometido un delito tienen derecho a que, al momento de su detención, la policía les haga saber que cuentan con ciertos derechos (a permanecer en silencio, a contar con la asistencia de un abogado, a ser advertidos de que sus declaraciones pueden ser usadas en su contra, etc.) (N. de la T.).

un nivel más abstracto (la Enmienda sobre la Igualdad de Derechos –Equal Rights Amendment-**). Si tienen éxito, “existirá un derecho a contar con un abogado durante los interrogatorios policiales”, lo que quiere decir que existirá una regla legal que exige proveer la asistencia de un abogado, una regla que ejerce influencia sobre prácticas del mundo real como lo hacen otras reglas del sistema. Al redactar un reglamento para cooperativas, tiene sentido contemplar los “derechos” de los cooperadores, de la cooperativa de viviendas, y así.

Aunque los argumentos basados en derechos tienen significado y efecto en el discurso jurídico, resulta claro que están abiertos al mismo análisis sobre la textura abierta o la indeterminación que los argumentos jurídicos en general. El punto crucial de la crítica de los derechos legales reside en que, en el proceso de perseguir el proyecto general de la izquierda de mostrar el carácter manipulable del razonamiento jurídico, la crítica arrasó con la distinción entre argumentos basados en derechos y argumentos de política pública en general. Hizo esto de dos modos diferentes. Primero, cuando el derecho reivindicado que se emplea en el argumento es visto como una regla legal, como una prescripción positiva que debe ser interpretada (el derecho a un abogado durante el interrogatorio policial), entonces lo interpretamos empleando toda la gama disponible de argumentos de política pública. Sea lo que fuere que el derecho “es”, ello lo es como una función del procedimiento abierto del debate jurídico.

Segundo, cuando se apela a un derecho como razón para adoptar una regla (proteger la libertad de expresión, asegurar los derechos del propietario), la crítica interna minimalista reduce el razonamiento jurídico de los derechos al razonamiento sobre política pública, mostrando que es necesario balancear el derecho afirmado por una de las partes con el reivindicado por la otra (proteger el derecho a un ambiente de trabajo libre de abusos, los derechos de los inquilinos). De acuerdo a esta crítica, lo que determina este balance no es una cadena de razonamientos a partir de un derecho o incluso de dos derechos, sino un *tercer* procedimiento, que de hecho implica tener en cuenta argumentos de textura abierta basados en la moral, el bienestar social, las expectativas, la competencia institucional y el nivel de complejidad en la aplicación. Ninguno de estos factores impide el fenómeno de cierre o la objetividad aparente de la interpretación de la regla. Simplemente socava su base racional.

Los Argumentos Jurídicos sobre Derechos que son Reglas Legales se Reducen a Argumentos de Política Pública. Los jueces que formulan argumentos jurídicos sobre la fidelidad interpretativa en los procesos de adjudicación del *common law* y al interpretar leyes, típicamente transmiten el mensaje de que están haciendo frente a una densa red de reglas que han de ser respetadas sin importar su fuente ni lo que ellos piensan sobre su corrección o error. La interpretación correcta de los materiales es un problema muy diferente de la cuestión de cuál es la mejor opción bajo las circunstancias existentes (la cuestión “legislativa”), y de la pregunta “filosófica” acerca de qué es lo que la moralidad

** La Equal Rights Amendment es la propuesta de enmienda constitucional aprobada por el Congreso norteamericano entre 1971 y 1972, referida a la igualdad de género. La enmienda no fue ratificada por los estados (N. de la T.).

política o la protección de los derechos naturales, por ejemplo, exige dadas las circunstancias.

En el contexto del *common law* o de la interpretación judicial de las leyes, los derechos y el razonamiento basado en los derechos están sumergidos en una masa argumental que incluye a los precedentes; los cánones sobre la interpretación de las leyes; los argumentos sobre capacidad institucional y eficacia administrativa; los argumentos morales generales a favor o en contra de la conducta de las partes; los utilitaristas sobre cómo las diferentes opciones de reglas afectarán la conducta de las partes y sobre cómo estas diferentes opciones afectarán la conducta de las personas más allá de las partes del caso, y los argumentos sobre las consecuencias de los cambios en términos de bienestar. Dado que la palabra “derecho” se emplea generalmente como sinónimo de “regla que protege legalmente el interés de una parte”, no hay nada siquiera remotamente extraño en formular una opinión judicial en la siguiente forma: “decidimos que el demandante tiene un derecho a *x*, y la razón es que ello va a honrar los precedentes, va a ser fiel a la intención del legislador, va a mantenernos dentro de nuestra competencia institucional, va a recompensar la moral y castigar el vicio, va a ser fácil de administrar, y va a maximizar el bienestar de los consumidores.”

La crítica de esta clase de razonamiento basado en los derechos legales está dirigida a la capacidad que tienen los jueces de producir cadenas de razonamientos sobre resultados jurídicos particulares que, en el contexto de la fidelidad interpretativa, sean convincentes, induzcan un cierre y eliminen dudas. Los derechos son simplemente reglas legales, más o menos abstractas, más o menos simples de administrar, que intentamos interpretar junto con todos los otros materiales legales para justificar nuestros resultados.

La pérdida de fe en este discurso es una pérdida de fe en la distinción juez/legislador, o en la idea de la objetividad en el proceso de adjudicación. Es el desarrollo y la profundización del proyecto -que actualmente tiene cien años- consistente en criticar el razonamiento jurídico en general. Por supuesto, esto puede significar también la pérdida de fe en *el derecho* o en la autoridad jurídica. Pero los derechos –esto es, las reglas legales que no producen un cierre- pueden provenir de cualquier lado. Ellos pueden ser moralmente admirables o monstruosos; pueden estar basados en la regla de la mayoría, el derecho natural, la costumbre o lo que fuera. En otras palabras, con independencia de cuán amenazantes sean para la *legalidad*, la crítica y la pérdida de fe en el razonamiento basado en los derechos legales no implican necesariamente una pérdida de fe en la *normatividad* en general, o en el uso de los derechos y del razonamiento basado en los derechos para decidir qué es lo que nosotros, la gente de izquierda, pensamos que el derecho debería ser.

Sin embargo, es una parte del contexto de pérdida de fe.

Los Argumentos Basados en Derechos dentro del Razonamiento Jurídico se Reducen al Balanceo y por Consiguiente a Cuestiones de Política Pública. He estado sosteniendo que cuando por ‘derechos’ entendemos derechos legales, los derechos son entonces reglas legales y, como todas las otras reglas del ordenamiento jurídico, terminan estando abiertas al trabajo estratégico diseñado para explotar o generar lagunas, conflictos y ambigüedades en casos particulares, con el objetivo de crear reglas legales que resuelvan favorablemente las cuestiones ideológicas en juego. Los abogados, en los ejemplos de

arriba, utilizan argumentos basados en el bienestar social o la capacidad administrativa, o lo que sea, en apoyo de las interpretaciones del derecho legal que ellos reivindican. Pero aun cuando recurren a argumentos sobre los derechos de las partes que de modo más o menos exacto reflejan un paralelo con los argumentos basados en los derechos que emplea la filosofía política, ellos terminan utilizando tests de balanceo que hacen a los argumentos basados en los derechos indistinguibles del discurso abierto sobre política pública que se suponía que nos tenían que evitar.

El discurso filosófico-político de los derechos emplea operaciones conocidas para moverse de los derechos formulados en términos generales (“todo el mundo tiene un derecho a la privacidad”) hacia resultados específicos. Por ejemplo, la titular de un derecho puede ser derrotada por haber renunciado al derecho que afirma tener (ella puede responder diciendo, por ejemplo, que la renuncia fue formulada bajo violencia) o por haberlo perdido debido a una mala conducta (contra, por ejemplo, la afirmación de la ocurrencia de un accidente inevitable).

Para los propósitos de la crítica, las más importantes de estas técnicas son aquellas empleadas para generar un derecho que apoye lo que tu parte quiere hacer o lo que tu parte quiere que la otra parte deje de hacer. Como Hohfeld demostró para los derechos de propiedad, el derecho que tu oponente está reclamando va a ser frecuentemente definido de tal modo que tu puedas apelar exactamente al mismo derecho desde el lado opuesto.¹⁷

También puedes trabajar en la construcción de un nuevo derecho reformulando lo que quieres hacer como un supuesto derivado de un interés más general, y luego como un supuesto de un derecho legal ya existente que protege ese interés. Por ejemplo, no fue hasta los años ‘30 que los piquetes laborales fueron reconceptualizados como libertad de expresión.¹⁸ O el abogado puede sostener que un conjunto de precedentes que antes se consideraba que protegían varios derechos en realidad protegen solamente un interés, que debería ser legalmente protegido como un nuevo derecho. El ejemplo clásico es la creación del derecho a la privacidad, primero por Louis Brandeis en el contexto del derecho privado, y luego por W.O. Douglas en el derecho constitucional.¹⁹

Otra parte de la práctica rutinaria de los discursos sobre derechos es la crítica de las afirmaciones basadas en los derechos que hace tu oponente. La técnica más básica es deshacer internamente un argumento basado en los derechos mostrando que se apoya en una falsa deducción, típicamente en una exageración conceptualista de aquello que estaba implicado en la definición del derecho. Por ejemplo, el derecho al cumplimiento contractual no implica el derecho a la indemnización por daños ante la frustración de expectativas.²⁰

El resultado, cuando ambas partes están bien representadas, es que los abogados enfrentan al juez con dos cadenas plausibles pero contradictorias de razonamientos basados

17. Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 Yale L. J. 710 (1917).

18. *Compárese* *Vegehan v. Guntner*, 167 Mass. 92, 44 N.E. 1077 (1896), *con* *Hague v. C.I.O.*, 307 U.S. 496 (1939).

19. Louis Brandeis and Charles Warren, *The Right of Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890); *Griswold v. Conn.*, 381 U.S. 479 (1965).

20. Lon Fuller and William Purdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L. J. 52, 373 (1936-37). Hohfeld es, nuevamente, el más importante promotor; véase su *Fundamental Conceptions*.

en los derechos, una proveniente del derecho del demandante y otra del demandado. Sí, el empleador tiene un derecho de propiedad, pero los piqueteros tienen un derecho a la libertad de expresión. Sí, el acosador tiene un derecho a la libertad de expresión, pero el acosado tiene derecho a verse libre de discriminación sexual en el ambiente de trabajo. Sí, el propietario tiene el derecho de hacer lo que quiera con su inmueble, pero su vecino tiene un derecho a estar libre de interferencias irrazonables. Y cada cadena se encuentra abierta a una crítica interna.

A veces el juez favorece más o menos arbitrariamente a una parte sobre la otra; a veces tira la toalla y balancea. La lección práctica para quien duda es que el tema en cuestión no puede ser resuelto sin recurrir a argumentos de política pública, lo que a la vez hace que la solución esté abierta a influencias ideológicas. La crítica del razonamiento basado en los derechos legales se vuelve simplemente un caso especial de la crítica general de los argumentos basados en cuestiones de política pública: una vez que se demuestra que el caso exige balancear demandas de derechos en conflicto, es implausible que sean los derechos mismos, y no el compromiso “subjetivo” o “político” de los jueces, lo que decida el resultado.

Una vez más, la experiencia prevaleciente, primero respecto al carácter manipulable del razonamiento basado en los derechos legales, y luego sobre su reducción a tests de balanceo, no excluye otros supuestos en los que el razonamiento en base a derechos produce la experiencia opuesta de cierre. Tampoco muestra que los derechos externos no existen. Es simplemente otro contexto para la pérdida de fe.

Los Derechos Median entre el Derecho y las cuestiones de Política Pública. La aplicación de la crítica al razonamiento jurídico sobre los derechos internos sugiere que los derechos hacen más que mediar, como se sugirió en la última sección, entre hechos y valores y entre derecho y política. *Dentro del discurso jurídico*, los argumentos en base a derechos están situados a mitad de camino entre argumentos meramente “técnicos” o deductivos sobre la aplicación de reglas, que apelan a ideas como el significado textual de las palabras, la intención legislativa, los precedentes o la “voluntad de las partes”; y argumentos “puramente” de política pública, que requieren que el juez balancee los intereses en conflicto de las partes. Recuérdese que los argumentos de política pública se consideran inevitablemente presentes dentro de los argumentos jurídicos, pero gozan de un estatus censurable y marginal comparados con aquellos que parecen más en línea con el supuesto carácter objetivo del proceso de adjudicación.

Los argumentos basados en derechos involucran algo más que la lógica de lo válido, pues en lugar de tan sólo aplicar reglas las explican y justifican. Pero son menos “subjetivos” que los argumentos puramente de política pública debido a su carácter “factoide”, “mitad hecho/mitad valor”. La pérdida de fe, o el fracaso de la mediación, se da cuando comenzamos a ver las técnicas de los argumentos “manipuladores” de derechos como algo suficientemente potente para reducir “todo” argumento de derechos -o al menos cualquiera en particular- a una cuestión de balanceo.

La Proliferación de Tests de Balanceo Reduce las Cuestiones basadas en Derechos Constitucionales a Cuestiones de Política Pública. El segundo contexto para la pérdida

de fe en los derechos (el primero, que recién analizamos, era la manipulabilidad de los derechos cuando ellos son vistos como reglas legales) es la historia específica de balanceo, o de conflicto entre derechos, en el derecho constitucional. Pienso que la actitud de los abogados políticos en los Estados Unidos hacia los derechos ha sido profundamente influenciada por esta historia específicamente nacional. Según la veo, ésta tiene cuatro partes.

1. El ataque del realismo jurídico, en las décadas de 1920 y 1930, al razonamiento basado en derechos por el cual los conservadores habían cristalizado, en el derecho constitucional, una concepción particular de los derechos de propiedad.²¹ Los realistas sostenían que, debido a que la defensa por parte de los conservadores de los derechos constitucionales contra las leyes de reforma necesariamente involucraba un mero argumento de política pública, los tribunales no tenían ninguna base legal específica para invalidar los juicios legislativos.
2. El ataque desde sectores moderados y conservadores al intento liberal, en los años '50, de basar una particular concepción de la libertad de expresión y de la igual protección en el derecho constitucional. Los moderados y conservadores argumentaban que, dado que todo lo que los tribunales podían hacer era balancear derechos contra poderes o facultades, o derechos contra derechos, ellos no tenían ninguna base legal específica para dejar sin efecto los juicios legislativos.
3. El éxito liberal, en los años '50, '60 y el inicio de los '70, en lograr que la concepción liberal de la igual protección y de los derechos de identidad fuera fijada por el derecho constitucional (la perspectiva de la víctima), seguido de un contraataque igualmente exitoso, en los años '70 y '80, que logró que se arraigara en el derecho constitucional una concepción contraria de los derechos (la perspectiva del perpetrador).
4. El surgimiento, en los años '70 y '80, de demandas en base a derechos contradictorias dentro de la coalición liberal, fundadas en diferentes concepciones de la identidad.

Antes de describir brevemente cada uno de estos contextos, quiero volver a enfatizar que ninguno de ellos produjo necesariamente una pérdida de fe. La pérdida de fe es una circunstancia que ocurre para algunas personas en un contexto y para otras en otro. Algunos perdieron su fe en el razonamiento basado en los derechos constitucionales en los años '30. Otros lo hicieron a inicios de los '80. Muchos perdieron la fe y luego la recuperaron, o perdieron la fe en una clase de razonamiento basado en derechos pero no en otra, y así.

Un elemento común a estos contextos es que cada uno de ellos presentaba el problema de cómo convertir en concretos los derechos abstractos (derechos de propiedad, libertad de expresión, igualdad, derechos reproductivos, privacidad) al nivel de la elección de reglas dentro del sistema jurídico. La pregunta inicial era, “dado que todos coincidimos en que existe un derecho a la libertad de expresión, ¿puede una ciudad restringir la distribución de panfletos en calles céntricas?” O, “dado que todos coincidimos en que existe un derecho a la privacidad, ¿puede una mujer decidir sin el consentimiento del padre abortar su feto en el primer trimestre de embarazo?”

21. Para una compilación de textos clásicos, véase William W. Fisher III, Morton J. Horwitz and Thomas Reed, eds., *AMERICAN LEGAL REALISM* (Oxford Univ. Press 1993).

Otro elemento que estos contextos tienen en común es que la indagación sobre cómo concretizar estos derechos abstractos se da en presencia de un derecho contrapuesto, de una atribución de la legislatura que se presume deriva de la voluntad mayoritaria, o del deber de este órgano de proteger los derechos de individuos distintos de las partes en un juicio. Esto significa que existen dos proyectos opuestos de concretización, uno del lado del demandante y otro del demandado. Y es siempre posible que el juez u observador vea estos dos proyectos como produciendo un “empate”, una “parálisis” o un “choque de absolutos”.

Un elemento final que los contextos tienen en común es que los sectores opuestos en la disputa atacaban el proyecto de concretización del otro como poco exitoso, en sus propios términos, en la tarea de unir la regla preferida con el derecho abstracto. Cada sector acusaba luego al otro de inducir al error, esto es, de haber ocultado consciente o inconscientemente una afirmación ideológica –muy controvertida- acerca de lo que el derecho debería ser en una falsa demanda de fidelidad interpretativa al cuerpo de materiales legales existentes.

El Origen Liberal basado en el Realismo Jurídico de la Crítica de los Derechos. La historiografía del balanceo en el pensamiento jurídico norteamericano está todavía en su infancia.²² Pero la idea tiene orígenes bien conocidos en el realismo jurídico. Holmes (que no fue, por supuesto, un liberal, sino un héroe para los liberales) es un punto de partida conveniente. En numerosas decisiones en temas de derecho privado y derecho constitucional, Holmes enfatizó que el reconocimiento de derechos era una cuestión de grado, no de cantidad ni de cualidad.²³ Nadie logró el reconocimiento de su derecho en el grado absoluto que podría estar justificado considerando su definición abstracta. Dónde terminaba el derecho de una parte y dónde empezaba el de la otra tenía que ser determinado mirando a las consecuencias de trazar una línea en un lugar en vez de en otro. El mero reconocimiento y definición del derecho (libertad de expresión, propiedad) era inadecuado, porque parecía justificar, para la parte reclamante, algo más de lo que resultaba consistente con reivindicaciones de derechos igualmente reconocidas de la otra parte.

Esta clase de formulación se ajustaba a los sesgos cientificistas, antimetafísicos, relativistas y pragmáticos del realismo. Pero se le dio una especie de impulso que sobrevivió a estas influencias mediante el aporte de Hohfeld respecto a que la palabra “derecho” a veces implica un privilegio para dañar a alguien sin tener que pagar y a veces significa una prerrogativa para ser compensado cuando somos dañados. Cuando hablamos sobre propiedad, en particular, nos referimos a un conjunto de reglas, algunas autorizando el daño y otras prohibiéndolo. Cuando existe una laguna, conflicto o ambigüedad en cuestiones relativas al derecho de propiedad, una parte puede invocar todas las reglas del “conjunto” que sugieran protección, mientras que la otra puede hacerlo con las reglas del conjunto que sugieran libertad de acción.²⁴

22. Pero véase Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale L. J. 943 (1987).

23. Pa. Coal v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922); Hadacheck v. Sebastian, 233 U.S. 394 (1915). Véase Thomas Grey, *Holmes and Legal Pragmatism*, 41 STAN. L. REV. 787, 819-20 (1989).

24. Hohfeld, *Fundamental Conceptions*.

Learned Hand, que se veía a sí mismo como un devoto seguidor de Holmes y Hohfeld, propuso tests de balanceo en una serie de contextos, incluyendo el derecho de la competencia, el derecho antimonopolio, la definición de negligencia y la definición de cuándo los derechos a la libertad de expresión pueden amenazar la seguridad nacional.²⁵ Para Hand, tanto como para Holmes y Hohfeld, la movida hacia el balanceo fue inicialmente parte del proyecto crítico liberal, porque veía el balanceo judicial abierto o patente como un reconocimiento formal de que los jueces deciden cuestiones de política pública sin ninguna metodología que los distinga de los legisladores.

Si eso es lo que los jueces hacen, la justificación para que los jueces invaliden leyes es menor que si fuera de otro modo. De hecho, si los jueces no pueden decidir cuestiones constitucionales sin balancear, uno puede preguntarse por qué su estrategia de balanceo, sus puntos de vista respecto a cuestiones de política pública, deberían prevalecer por sobre los de los representantes elegidos por el pueblo. Si el balanceo implica mirar en detalle las consecuencias de trazar la línea en un lugar en vez de en otro, entonces pareciera que los jueces son menos “institucionalmente competentes” para llevar a cabo esta tarea que los legisladores.²⁶

La posición realista era que la fidelidad interpretativa simplemente “se agota” en muchos (aunque no todos los) casos, porque éstos encierran conflictos para los cuales no existe una solución más que el balanceo. En otras palabras, el surgimiento del balanceo fue una extensión de la rutina crítica minimalista básica: dada la crítica interna de los intentos existentes por hacer que el razonamiento jurídico se vuelva determinado, muchas cuestiones jurídicas pueden sólo ser resueltas viéndolas como cuestiones de política pública, que evocarán diferentes respuestas dependiendo de la ideología que uno tenga.

Esta extensión de la crítica no necesariamente produjo una pérdida de fe en los derechos constitucionales. El surgimiento del balanceo se dio en un contexto extraño y complejo. El balanceo fue inicialmente liberal porque, en el derecho privado (derecho contra derecho), socavó la afirmación sobre el objetivismo judicial y, en el derecho público (derecho contra atribución legislativa), socavó la legitimidad de la protección de parte de la Corte Suprema de los derechos de propiedad contra la legislación progresista. Como tal, no fue anti-derechos sino sólo anti-derechos-de-propiedad. Al mismo tiempo que la Corte liberal esbozaba muy claramente la conclusión de que las cuestiones de regulación económica eran tan de tipo “legislativo” que era inapropiado interferir, los mismísimos liberales se preparaban para la defensa de los derechos humanos, a través de la nota al pie en *Carolene Products, Powell v. Alabama*, “los piquetes como libertad de expresión”, y los casos del saludo a la bandera.²⁷

El Balanceo y la Crítica Conservadora de las Demandas Liberales basadas en los Derechos. Cuando los Demócratas ganaron el control de la Corte Suprema durante el *New Deal*, los miembros de esta institución que apoyaban el realismo jurídico desarrollaron un

25. *Cheney v. Doris Silk Co.*, 35 F.2d 279 (2d Cir. 1929); *U.S. v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945); *U.S. v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947); *Dennis v. U.S.* 182 F.2d 201 (2d Cir. 1950).

26. Learned Hand, *THE BILL OF RIGHTS* (Harv. Univ. Press 1958).

27. *U.S. v. Carolene Products*, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938); *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932); *Hague v. C.I.O.*, 307 U.S. 496 (1939); *W.Va. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

nuevo cuerpo de doctrina de derecho constitucional que glorificaba al poder legislativo. La Corte Suprema explotó las lagunas, los conflictos y las ambigüedades de la doctrina de los derechos legales, más su capacidad para dejar sin efecto sus decisiones anteriores, para hacer del razonamiento jurídico el principal apoyo de la supremacía legislativa.²⁸ La crítica realista del proceso de adjudicación por parte de los jueces —esto es, el hecho de que muy frecuentemente éste involucra opciones de política pública, lo que equivale a juicios de valor que son ideológicamente controvertidos— fue un elemento importante en la justificación de este giro.

Pero una vez que los liberales ganaron el control, y que el fascismo y el estalinismo surgieron como una amenaza, los realistas abandonaron el proyecto de la crítica interna, en favor de la tarea más apremiante de administrar el estado intervencionista, regulador y liberal. A medida que las legislaturas post-1945 se volvieron conservadoras, al mismo tiempo que los liberales retenían el control del poder judicial, la *intelligentsia* de izquierda salió en búsqueda de un efecto empoderador [*empowerment effect*] mediante la adjudicación judicial. Esto es, adoptó la posición de que la Constitución federal había incorporado un amplio rango de preferencias políticas liberales y prohibido de llano una amplia gama de preferencias políticas conservadoras.

Una parte de este proyecto consistió en desarrollar el tipo de razonamiento basado en los derechos constitucionales individuales cuya supervivencia marginal los liberales habían permitido durante su período de ataque contra los derechos constitucionales de propiedad. Enfrentados con el macartismo, la brutalidad policial y el rediseño electoral conservador, y comprometidos positivamente con la justicia racial, los liberales de izquierda atacaron las teorías sobre la supremacía legislativa que ellos mismos habían construido, y se convirtieron con ardor en libertarios civiles.

Otra parte del proyecto fue la reconstrucción de la teoría sobre el rol judicial, reparando el daño que sus padres y abuelos, o ellos mismos, habían causado al maná del Juez en el proceso de sitiar los estrados. Aunque algunos, como W.O. Douglas, no fueron capaces de hacerlo con cara seria, la *intelligentsia* liberal en general siguió a Herbert Wechsler (principios neutrales) o Hugo Black (absolutos), de acuerdo al gusto, al reafirmar la posibilidad de la neutralidad judicial y la distinción entre derecho y política.²⁹ Aquí nuevamente, las estrategias de balanceo fueron la clave.

La batalla inicial fue sobre la criminalización del Partido Comunista. Los moderados y conservadores argumentaban que, dado que era necesario balancear los derechos a la libre expresión comunista contra la facultad legislativa de proteger la seguridad nacional, y dado que el proceso de balanceo no implicaba otra cosa que rehacer la decisión política (ideológicamente cargada) que la legislatura había tomado al aprobar la ley, los jueces debían “expresar deferencia” a la legislatura.³⁰ En resumen, estos grupos emplearon —contra la izquierda— la crítica del realismo jurídico liberal contra el activismo judicial.

Los liberales de izquierda respondieron que la Primera Enmienda era “absoluta”, atando por ende su posición a la reivindicación de los derechos individuales contra el estado y

28. William O. Douglas, *Stare Decisis*, 49 COLUM. L. REV. 735 (1949).

29. Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. (1959); Hugo Black, *The Bill of Rights*, 35 NEW YORK UNIV. L. REV. 865 (1960).

30. *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494, 543 (1951) (Frankfurter, J., voto concurrente).

estableciendo una base para su puesta en práctica judicial no ideológica a través de la adjudicación.³¹ El conflicto se desarrolló en una larga serie de casos. Aunque los liberales ganaron muchos de ellos, el “absolutismo” no sobrevivió a la crítica realista.³² El balanceo se convirtió en el paradigma para la decisión constitucional en todas las áreas.

En un segundo *round*, los moderados y conservadores criticaron el activismo judicial en el campo de los derechos civiles, ofreciendo contra-derechos que tenían que ser balanceados contra las reivindicaciones liberales de izquierda. Wechsler, en su famoso artículo, sostuvo que los segregacionistas blancos estaban afirmando su derecho a la libre asociación con tanto sentido subjetivo de derecho adquirido como los negros que demandaban integración. Dado que no existía un “principio neutral” con el cual decidir entre estas dos demandas, los jueces, en su sentencia, debieron haber prestado deferencia a la legislatura.³³ En otras palabras, afirmar que la Corte debía balancear de plano en favor de los negros hubiese implicado una usurpación de las facultades legislativas.

Los moderados y conservadores desarrollaron también otra vertiente de la argumentación progresista pre-Segunda Guerra Mundial, aquella que había promovido deferencia de parte de las autoridades federales a las iniciativas reguladoras de los gobiernos estatales. El famoso libro de casos de Hart y Wechsler, *The Federal Courts in the Federal System*,³⁴ no ofreció una teoría sobre los poderes de los estados *per se*, sino de los intereses comunes en la viabilidad del gobierno descentralizado. Estos intereses tenían que ser balanceados contra las demandas basadas en derechos del movimiento de los derechos civiles en favor de la intervención contra los funcionarios e individuos racistas del Sur. Una vez más, la naturaleza inherentemente ideológica de la elección, la necesidad de balancear, hablaba en favor de la deferencia de la justicia federal (aunque no necesariamente del Congreso) hacia los poderes locales.

Ni estas disputas de balanceo, ni las que se dieron en el área del rediseño de los distritos electorales (el derecho al voto versus los poderes de los estados) o la regulación de la conducta policial (los derechos de los sospechosos contra el derecho de la comunidad a estar protegida contra el crimen), *necesariamente* conducían a una pérdida de fe. De hecho, dado que la izquierda usualmente argumentaba en favor de un derecho constitucional reconocido de carácter individual en contra de algún concepto (la seguridad nacional, los poderes de los estados, el poder de la policía) para denotar los “derechos de la comunidad”, era posible ver cada conflicto en términos de los derechos “buenos” de los individuos contra los poderes “malvados” de la mayoría.

Sin embargo, había algo “debilitante” o “dañoso” en el hecho de que los liberales estuvieran empleando exactamente la misma retórica que habían denunciado antes de la Segunda Guerra Mundial; en el fracaso en ofrecer una alternativa al balanceo como metodología para la protección de los derechos; en la propia facilidad que comenzaron a tener para

31. Véase, por ejemplo, Alexander Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*, SUPREME COURT REV. 245 (1961).

32. Véase, por ejemplo, Erwin Griswold, *Absolute is in the Dark*, 8 UTAH L. REV. 167 (1963); Paul Freund, *THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES* (World Publishers 1961).

33. Wechsler, *Neutral Principles*.

34. Henry Hart and Herbert Wechsler, *THE FEDERAL COURTS IN THE FEDERAL SYSTEM* (Foundation Press 1953).

inventar nuevos derechos (el ejemplo más impactante es el de la privacidad), y en la paralela facilidad de sus oponentes para inventar contra-derechos de una u otra clase.³⁵

El Razonamiento Revalidado sobre Derechos Constitucionales Cambia de Manos en los '70. La violenta reacción racista del Sur hacia el movimiento de los derechos civiles, combinada con el triunfo de los liberales en la Corte de los '60, tuvo un impacto en la crítica de los derechos similar al impacto del fascismo, el estalinismo y la Corte Roosevelt sobre la crítica realista de la adjudicación. En suma, no hay ateos en las trincheras.*

Como mencioné antes, en los años '60 existió una crítica radical persistente hacia los tribunales en tanto herramienta del *Establishment*, una crítica que se vio alimentada con cada duda, compromiso o traición de parte de la Corte Suprema liberal. Ella estaba basada también en las experiencias de los activistas locales, los abogados de los movimientos sociales y los de los servicios de asistencia jurídica con la arbitrariedad o simplemente el conservadurismo llano de los tribunales locales de todo tipo. Pero para la *intelligentsia* ideológica liberal, y particularmente su vertiente jurídica, estos temas eran menores comparados con la cuestión más importante del fortalecimiento [*empowerment*] mediante los procesos de adjudicación judicial basados en demandas de derechos.

La fe en los derechos en el ámbito del derecho se alimentó de la explosión de diferentes movimientos populares en los '60 y '70. Los efectos "corrosivos" de la crítica realista de los derechos de propiedad conservadores, y de la crítica conservadora en los '50 de los derechos personales, eran internos a la *intelligentsia* jurídica. La fe arreciaba desde afuera, justo en el momento en que los abogados liberales descubrían que sus argumentos basados en los derechos habían tenido un efecto casi mágico en los jueces liberales con quienes compartían la agenda del fortalecimiento [*empowerment*] por medio de la adjudicación.

El revés dramático producido -a lo largo de quince años- por las Cortes Burger y Rehnquist cambió todo esto. Los jueces conservadores emplearon una nueva versión de la retórica de los derechos y esbozaron una nueva versión de la cultura popular de los derechos, la de los hombres heterosexuales blancos, trabajadores y de clase media. Los argumentos familiares, que en parte habían llegado a parecer "correctos" sólo porque habían logrado movilizar el maná del Juez, dejaron de persuadir. Los derechos de las "víctimas" dieron lugar a los derechos de los "perpetradores", tal vez de un modo más dramático en *Bakke*,³⁶ y luego en todas las áreas. El balanceo podía verse en todos lados -la izquierda no tenía alternativa- y en todos lados era una invitación patente a la intervención ideológica conservadora.

35. Tres reacciones bien diferentes a esta actitud general pueden encontrarse en Robert McCloskey, *Economic Due Process and the Supreme Court: and Exhumation and Reburial*, SUPREME COURT REV. 34 (1962); Jan Deutsch, *Neutrality, Legitimacy and the Supreme Court: Some Intersections between Law and Political Theory*, 20 STAN. L. REV. 169 (1968); y John Griffiths, *Ideology in Criminal Procedure, or, A Third 'Model' of the Criminal Process*, 79 YALE L. J. 359 (1970).

* La expresión (en original "there are no atheists in foxholes") parece denotar la inclinación por recuperar la fe religiosa que experimentan ciertos individuos en grave riesgo de muerte (N. de la T.).

36. Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). El caso Bakke giraba en torno a la política de acción afirmativa implementada por una universidad para favorecer el ingreso de miembros de minorías raciales. Una Corte Suprema fuertemente dividida resolvió que una universidad puede considerar criterios raciales como parte de un proceso de admisión competitivo, en tanto no se empleen "cupos fijos" (N. de la T.).

La izquierda de los años '80 estaba en la posición de la derecha de los '40, que había empleado durante varias generaciones una retórica de los derechos de propiedad que no efectuaba una distinción cuidadosa entre los argumentos de derecho natural y los argumentos basados en la Enmienda Catorce. La derecha había conseguido victorias masivas al lograr que la Corte Suprema invalidara toda clase de legislación social. En el proceso, había atado el derecho natural de propiedad más y más firmemente al derecho constitucional de propiedad, hasta que la parte jurídica de la posición se volvió mucho más desarrollada, coherente y convincente que la parte "externa". La izquierda de los '60 había llevado a cabo una operación similar con la cláusula de la igual protección.

A finales de los años '70 y en los '80, la derecha explotó las lagunas, conflictos y ambigüedades en el sistema de reglas, la textura abierta de la doctrina del *stare decisis*, y el carácter semiótico, formulaico, a favor/en contra de los argumentos de política pública, para frenar y dismantlar las victorias liberales, de modo similar a lo que los liberales habían hecho con las victorias conservadoras cuarenta años antes. Por supuesto, era posible interpretar esta tendencia, una vez más, simplemente como el triunfo del vicio sobre la virtud. Pero la demostración, una vez más, del carácter manipulable de los argumentos basados en derechos a lo largo del espectro político, ofreció otro contexto más para la pérdida de fe.

La Desintegración Interna de la Retórica de los Derechos de la Izquierda. A finales de los años '70 y en los '80, al mismo tiempo que la *intelligentsia* liberal de izquierda construía su versión de los años '60 como una revolución de los derechos constitucionales, los organizadores sociales, abogados activistas y teóricos comenzaron a enfrentarse a un tipo de problema relacionado con el exceso de derechos. Derechos en favor de los homosexuales, ancianos, personas con discapacidades mentales, norteamericanos nativos, niños, pacientes mentales, animales, prisioneros, especies en extinción, discapacitados, prostitutas, víctimas de delitos, enfermos de SIDA; todo esto tenía sentido si lo que uno tenía en mente con cada uno de ellos era el programa específico de reforma legal en favor del grupo en cuestión. Pero recuérdese que, precisamente, el punto de adoptar la retórica de los derechos era superar o rehuir de la postura del grupo meramente ideológico o de interés demandando algo en términos de política pública. Cuanto más aumentaba la lista de derechos, y más particularmente definidos estaban sus distintas clases de titulares, más difícil se volvió conceptualizarlos como universales.

El pensamiento de izquierda evolucionó en reacción a ciertos debates internos sobre el contenido de estas demandas "proliferantes" de derechos, sea que estuvieran articuladas en términos de igualdad dentro del orden jurídico o en términos de derechos sustantivos de libertad de acción. Los debates más notables sobre la igualdad estuvieron referidos al "trato igual versus trato especial" dentro de la comunidad jurídica feminista. Una serie de esfuerzos por utilizar la noción del derecho a un igual trato como base de un programa de reforma legal disparó el problema clásico de decidir entre el concepto de igualdad formal y el de igualdad sustantiva como contenido del derecho. Si el debate tuvo un resultado, éste parece haber sido que la definición de los derechos debe hacerse *ad hoc*, mediante algo muy similar al balanceo.³⁷

37. Ann Freedman, *Sex Equality, Sex Difference, and the Supreme Court*, 92 YALE L. J. 913 (1983).

El equivalente dentro de la comunidad de personas de raza negra fue la disputa sobre si la igual protección significaba acción afirmativa de acuerdo al modelo de la integración o al modelo del desarrollo de las instituciones de la comunidad negra. En contextos tales como las escuelas y los proyectos habitacionales, se hizo aparente que el precio de la integración sería la sujeción a una hostilidad racial sin fin de parte de los blancos; la aceptación de las normas sociales de estos últimos, y la pérdida de poder y oportunidades de los negros dentro de estos esquemas integrados.³⁸ Al mismo tiempo, un movimiento conservador de individuos negros comenzó a desafiar la acción afirmativa en general, defendiendo una definición del derecho a la igual protección como sinónimo de igualdad formal.³⁹

La rama sustantiva de la doctrina identidad/derechos tiene que ver con la idea de un grupo recién formado, basado en la idea de la identidad, que demanda por sus derechos. Típicamente, el grupo reclama el levantamiento de las restricciones respecto de las actividades características y definitorias de su identidad; el apoyo afirmativo de parte del gobierno de los intereses del grupo; y la imposición de restricciones sobre otros individuos o grupos que intenten suprimir la nueva identidad afirmada. De este modo, la izquierda apoya el derecho de la mujer embarazada a abortar sobre el derecho a la vida del feto, y el derecho a involucrarse en intercambios homosexuales consentidos sobre el derecho de la comunidad de prohibir lo que ve como una conducta malvada.

Pero luego existen divisiones sobre si el derecho de la mujer a abortar excluye completamente cualquier derecho del padre, sobre si el estado debería suprimir las marchas barriales Nazis o del Ku-Kux-Klan, la pornografía y el discurso racista y sexista en los campus universitarios. Los izquierdistas que combinan compromisos libertarios anti-estado con compromisos pluralistas en términos culturales se descubren balanceando constantemente derechos de libertad-de-acción contra derechos a la seguridad.⁴⁰

Finalmente, existe el problema de la “interseccionalidad”: derechos que supuestamente fluyen de una identidad grupal particular pueden implicar una opresión para subgrupos que tienen una alianza transversal. Por ejemplo, las feministas de izquierda se enfrentan a la afirmación nacionalista de un derecho de los hombres negros a “disciplinar” a las mujeres negras y de un derecho comunitario negro a la ausencia de interferencia de la mayoría o el estado respecto a esta práctica.⁴¹

Dentro del feminismo blanco, primero apareció el argumento de que los defensores de la Enmienda de la Igualdad de Derechos [*Equal Rights Amendment*] estaban negando o intentando suprimir formas más “tradicionales” de identidad femenina; luego, que las feministas blancas habían definido la identidad femenina en términos esencialmente blancos; y finalmente, que las feministas culturales del movimiento anti-pornografía estaban limitando los derechos de las mujeres que están a favor del sexo, o que son radicales sexuales, de leer y escribir piezas eróticas. Estas batallas fueron totalizadas por las feministas

38. Derrick Bell, *Serving Two Masters*, 85 YALE L. J. 470 (1976).

39. Véase el análisis de Thomas Sowell en Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment*, 1339- 46.

40. Thomas Grey, *Discriminatory Harassment and Free Speech*, 14 HARVARD JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY, 157 (1991).

41. Kimberlé Crenshaw, *Mapping the Margins: Identity Politics, Intersectionality, and Violence against Women*, 43 STAN. L. REV. 1241 (1991).

postmodernas bajo la bandera del anti-esencialismo y cobraron un impulso adicional cuando los hombres homosexuales comenzaron a desafiar la construcción cultural monolítica feminista sobre la identidad masculina.⁴²

Para algunos, el proyecto de identificar identidades y luego definir derechos para protegerlas, en su libertad de involucrarse en prácticas definitorias de las identidades, en demandas de recursos públicos y en la protección contra la discriminación, comenzó a parecer una fantasía ilusoria. Uno podría perder la fe en él en tanto proyecto, sin perder el entusiasmo por el pluralismo cultural o por la lista particular de propuestas de reforma legal que uno pudiera tener, simplemente porque el proceso de decisión sobre lo que los derechos son no es diferente del análisis general sobre política pública. El proyecto de los derechos de identidad puede verse -incómodamente- como algo similar al proyecto del siglo diecinueve de garantizar “el derecho de todo el mundo a la libertad de acción en tanto ella no interfiera con los derechos a la seguridad de los otros,” o *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

Pero una vez más, no había nada inevitable en esta interpretación del conflicto intra-izquierda, tanto como no lo hubo en el repliegue de la fe en los derechos del siglo diecinueve.

Aunque no tengo una teoría sobre la pérdida de fe, arriesgaría la hipótesis de que, en el contexto jurídico, es probable que la “erosión”, el “debilitamiento”, la “desarticulación” y el “contagio” sean precipitados por el espectáculo del reverso: los argumentos anti-derechos de la vieja izquierda utilizados por la nueva derecha; la izquierda ocupando exactamente la posición que ocupaba la derecha anteriormente. Esta clase de giro de los dos sectores opuestos logra comprometer la fe en la técnica en cuestión de una manera que no se logra criticando algo que es simplemente incoherente en términos analíticos y políticamente incorrecto. Me pregunto cómo enfrentaron los litigantes abolicionistas su giro dramático, de nacionalistas a defensores de los derechos de los estados, luego de que la Ley sobre Esclavos Fugitivos puso al gobierno federal del lado del Sur contra los gobiernos estatales resistentes del Norte.

Otra hipótesis es que resulta debilitante experimentar la desintegración inesperada de un discurso robusto de los derechos dentro del propio campo. Tanto en los años ‘50 como en los ‘80, un discurso entendido de modo no problemático como un arma moralmente correcta contra los malos pensamientos de los enemigos se vio súbitamente socavado debido a la inhabilidad para convencer a los supuestos aliados de que un derecho en particular es bueno y no malo.

De la Crítica de los Derechos Constitucionales a la Crítica de los Derechos Externos

El hecho de que los argumentos de derechos constitucionales estén al nivel de los argumentos de política pública, ¿tiene alguna relevancia para los derechos externos que supuestamente están “detrás” o fueron traducidos por la incorporación legal? Sí, porque la pérdida de fe en el razonamiento sobre los derechos legales provoca la pregunta de si uno puede aún tener fe en el proyecto normativo de los derechos fuera del discurso

42. Martha Minow, *The Supreme Court, October 1986 Term, Foreword: Justice Engendered*, 101 HARV. L. REV. 10 (1987); Mary Joe Frug, *POST-MODERN LEGAL FEMINISM* (Routledge 1992).

jurídico. Si el discurso interno, la traducción, es mera “retórica”, bajo una sospecha constante de toma de partido ideológica, ¿no parece entonces que lo mismo ocurrirá también con el texto “externo” “original”?

La crítica sólo muestra que, con frecuencia, no existe diferencia entre un argumento según el cual tienes un derecho constitucional a *x*, *y* o *z*, y un argumento de que en términos morales, políticos, utilitaristas, o referidos a la competencia institucional en general sería mejor para el sistema jurídico que interviniera en favor de tu posición. No demuestra que no exista un procedimiento válido para razonar partiendo de los derechos como entidades pre-legales para arribar a conclusiones sobre lo que el derecho debería ser. Éste fue el modo de razonamiento de aquellos abolicionistas que vieron la Constitución como un documento pro-esclavitud, y por ende inmoral. Ellos eran antilegalistas pero en ningún modo críticos de los derechos.

Más aun, es todavía posible creer que uno escoge su propia postura retórica intra-legal haciendo referencia al elemento extra o pre-legal en el discurso constitucional de los derechos. Los abogados que formulan argumentos basados en derechos constitucionales pueden seguir creyendo que la parte que está fuera, cuya existencia es previa a la legalización del derecho en la Constitución, tiene un tipo de realidad bastante diferente a la realidad del derecho que se entiende incorporado al derecho positivo, y sujeto a todos los mecanismos de la interpretación jurídica.

Si puedes tener razón respecto del derecho externo, no es tan malo tener que renunciar a la objetividad del razonamiento jurídico de los derechos. Puedes ser un “realista jurídico” extremo, o aun un “nihilista” respecto al derecho pero aun así creer que el razonamiento correcto basado en los derechos resuelve problemas éticos. El punto, entonces, es simplemente lograr conseguir jueces que manipulen la sustancia plástica del razonamiento jurídico para lograr los resultados correctos en términos de derechos externos.

O puedes creer en la corrección de los juicios sobre los derechos externos pero creer que estos juicios son “abstractos”. Así, estos derechos podrían tener que ser modificados “en la práctica” por la clase de consideraciones no basadas en los derechos que típicamente surgen en el razonamiento jurídico –restricciones utilitaristas o referidas a la competencia institucional, por ejemplo.-⁴³

Pero si la distinción interno/externo se rompe, y el espíritu crítico logra aplicarse también a los derechos externos, entonces podrían existir problemas. Dado el contenido de la crítica de los derechos constitucionales, casi no existen razones para esperar que la teoría sofisticada o el discurso lego de los derechos estén en condiciones de sostener sus afirmaciones normativas extrajurídicas.

43. Incluso si, por alguna de estas razones, la crítica realista del razonamiento de los derechos legales no lograra poner bajo amenaza la creencia de que existen derechos humanos universales, debería hacerlo respecto a la idea según la cual identificar estos derechos en términos abstractos te va a evitar el tipo de “juicio de valor” para escaparte de los cuales los inventaste. Aunque esto no parece haberle ocurrido a los filósofos políticos fuera del ámbito del derecho, está cerca de ser una obsesión -en el formato de la “dificultad contramayoritaria”- en la filosofía del derecho norteamericana.

La Crítica del Discurso Lego de los Derechos

En el discurso lego, la palabra “derecho” es empleada en todas las formas utilizadas en el discurso constitucional. Para empezar, existe un uso estrictamente positivo legal: “las mujeres no tienen derechos en Irán”, “no existía el derecho a la libre expresión en la Rusia de Stalin.” Los derechos simplemente significan, aquí, reglas vigentes para proteger intereses particulares. Pero la palabra también es empleada en discusiones jurídicas no profesionales sobre lo que los tribunales norteamericanos deberían hacer respecto a leyes o acciones particulares del poder ejecutivo. El orador asume la existencia de un derecho constitucional “a caballo”, y razona a partir de él hasta arribar a una conclusión, empleando alguna versión de las técnicas interpretativas jurídicas estándar, incluyendo los precedentes (consistencia) y los argumentos morales, utilitaristas y aquellos referidos a la competencia institucional y al nivel de complejidad en la aplicación.

El discurso lego también emplea los derechos en argumentos auto-conscientemente legislativos, donde el punto no es ya la fidelidad interpretativa sino más bien lo que las personas que poseen facultades para “crear” derecho (como algo opuesto a “interpretar” derecho) deben hacer. He aquí un ejemplo:

Los libertarios civiles chillan respecto a la privacidad de los infectados de SIDA. Para mí, Kimberley Bergalis tenía un derecho a vivir más fuerte que el de su dentista a la privacidad. En el acto de balanceo, no existen dudas. Pero es importante proteger a aquellos a quienes el test da positivo mediante fuertes leyes antidiscriminación.

Quienes se oponen a los tests obligatorios sostienen que el riesgo de que los pacientes contraigan SIDA de parte de los trabajadores en el área de la salud es bajo, que éstos tienen mayores posibilidades de contraer SIDA de sus pacientes. Entonces, ¿por qué no testear a todos los pacientes que están por someterse a procedimientos “invasivos”, al mismo tiempo que testeamos a todos los trabajadores de la salud que llevan a cabo esos procedimientos? En vez de no proteger a nadie, protejamos a todo el mundo.⁴⁴

En este pasaje, la autora trata los argumentos en base a derechos de manera bastante similar a como lo haría un abogado que ya no pensara que los “derechos son cartas de triunfo”. Los derechos entran en conflicto; ellos son poderosos en términos cuantitativos más que cualitativos; tienen que ser balanceados; cómo hacemos el balanceo depende del contexto práctico y de argumentos no basados en derechos sobre factores tales como el grado de daño que se seguirá de las distintas soluciones al conflicto.

Las mismas presuposiciones podrían subyacer a afirmaciones como “existe un conflicto entre derechos de privacidad y derechos a la libertad de expresión”, “la ley brinda un reconocimiento inadecuado al derecho a la libre expresión”, “la ley debería haber reconocido un derecho a la libertad de expresión”, “deberíamos reconocer un derecho a la privacidad”, “nuestra sociedad ha arribado a un consenso en favor del derecho a la privacidad”, “éste es un intento de limitar el derecho a la privacidad”, “tenemos que encontrar una manera de reconciliar los derechos de los propietarios con los de los inquilinos”.

44. Bella English, *Keeping Rights in Perspective*, Boston Globe 22 July 1991, sect. 2. p. 13.

El rol justificante de los derechos es aquí ambiguo. El orador podría pasar a explicar que la ley brindó un reconocimiento inadecuado a la libertad de expresión, ya que ésta es un interés más importante que el interés en, digamos, la seguridad nacional; que existían otras formas de lograr el objetivo de seguridad nacional; que la solución da demasiado poder a los tribunales, y así. Los derechos funcionan entonces de manera no distinta a los intereses (tal vez debiéramos agregar un signo de exclamación). Dado que el discurso trata a los argumentos de derechos simplemente como argumentos de política pública, ellos no producen ninguna función mediadora, ninguna superación de las divisiones hecho/valor o derecho/política, como se presupone generalmente en el discurso de los derechos.

Lo mismo sucede con explicaciones como “deberíamos reconocer un derecho a la privacidad para proteger a la gente de requisas irrazonables...” o “para asegurar a una mujer el control sobre su vida reproductiva.” Aquí, la idea es cambiar una regla legal insertando un concepto basado en un derecho, pero la razón ofrecida es cambiar un estado de cosas que se define en términos distintos a la violación de aquel derecho. Si has perdido la fe en el poder mediador del discurso jurídico de los derechos, habiendo llegado a experimentar que éste no es más que una forma ideológicamente permeable del discurso sobre política pública, entonces es difícil que veas estas formas de discurso lego de modo diferente.

A veces la gente lega apela a derechos completamente externos sin emplear razonamientos jurídicos positivistas o argumentos legislativos de política pública. La afirmación basada en derechos se concibe como algo más que una simple afirmación sobre lo que es mejor en términos morales o políticos. El orador parece presuponer que esta afirmación es más “objetiva”, “absoluta” o “concluyente”, que es posible “tener razón”, ofrecer un argumento “correcto”, de una manera que lo diferencie de otras clases de afirmaciones: “prohibir el aborto está mal porque niega el derecho de la mujer a tener control sobre su propio cuerpo”, “el control de alquileres está mal porque niega el derecho del propietario a la propiedad privada”.⁴⁵

Cuando es provocado, el orador puede rápidamente cambiar a la defensa del derecho en el modo legislativo común, ofreciendo toda clase de argumentos para demostrar por qué la persona a cargo de la toma de decisión debería estar de acuerdo. (Competencia institucional –debería ser la mujer y no el tribunal el que decidiera-; bienestar social –los abortos clandestinos aumentarán y representan un costo inaceptable-) Cuando esto ocurre, resurge el argumento de que el derecho es un “juicio de valor” apoyado por una retórica, tal vez una retórica que uno encuentra muy convincente, pero sin el poder mediador prometido por la formulación inicial.

45. “Puedo involucrarme en intercambios homosexuales porque tengo un derecho a la libertad sexual”; “puedo organizar un PAC [*N. de la T.: sigla de “political action committee”, comité de acción política, una organización que provee dinero y apoyo a candidatos o partidos*] con contribuciones empresariales porque tengo un derecho a la libertad de expresión”; “la esclavitud está mal porque niega los derechos inalienables a la vida, la libertad y la propiedad”; “la responsabilidad objetiva derivada del daño causado por productos es errónea porque niega el derecho a la libertad de contratar”; “la afiliación obligatoria a un sindicato es errónea porque niega el derecho a la libertad de asociación; la prohibición de hacer paro es errónea porque niega el derecho a la huelga”; “la prohibición de la venta de anticonceptivos es errónea porque viola el derecho a la privacidad.”

Cuando el orador se mantiene en el ámbito no adulterado del discurso de los derechos, el problema es que la afirmación es una petición de principio. El orador parece no advertir que *existe un contraderecho* que puede ser reivindicado en el mismo tono de voz y que neutraliza al primer derecho. Es posible que yo esté omitiendo la existencia de un discurso lego de los derechos que evita este defecto sin caer en el mero balanceo. Pero de acuerdo con mi experiencia, la crítica del razonamiento basado en los derechos constitucionales se ha expandido corrosivamente del discurso jurídico al discurso lego.

No es en absoluto que alguien haya probado que los derechos “no existen”, o que son “disparates en zancos”. No es una cuestión de prueba. Es una cuestión de mediación, de si uno extrae algo más del discurso de los derechos que de la idea del bienestar social, la moralidad o el discurso sobre la capacidad administrativa.

De la Crítica de los Derechos Constitucionales a los Proyectos Reconstructivos en la Teoría Política

Que no encontremos una prédica convincente sobre los derechos en el discurso popular no implica que ello no pueda hacerse de modo convincente en algún otro ámbito. Toda la función de la teoría sofisticada es mostrar que es posible construir argumentos basados en derechos, utilizando los aparatos filosóficos más sofisticados, que validen las típicas afirmaciones de derechos de la izquierda. El problema aquí no es que el discurso sea una petición de principio, sino que tenga la misma cualidad sofisticada indeterminada que el razonamiento jurídico, a un nivel menos complejo e interesante.

Existe una infinita variedad de formas no jurídicas -puramente orientadas en base a derechos- de defender afirmaciones como “una mujer tiene el derecho a la libertad reproductiva y por ende a abortar su feto”. Sin siquiera distraerse con argumentos obviamente cuestionables de tipo utilitarista, basados en la competencia institucional o en “meros juicios de valor” en favor del derecho reivindicado, los teóricos sofisticados pueden intentar un número indefinido de estrategias para lograr el cierre, o si esto no es posible, al menos algo mucho mejor que una mera retórica política.

Sobre esta iniciativa diría lo que dije en otro lugar sobre la tarea cercana, de hecho yuxtapuesta, de mostrar cómo los jueces pueden decidir casos de acuerdo con un método de razonamiento jurídico que no sea mera política pública.⁴⁶ Por un lado, dado que soy un minimalista, no creo que se haya probado que sea imposible formular un argumento exitoso desde los derechos externos, o incluso reconstruir el discurso. Por el otro, la última vez que me detuve a examinar esta cuestión, daba la impresión de que los críticos de cada uno de los argumentos particulares sobre los derechos formulados por la teoría sofisticada todavía conseguían demostrar, para un candidato detrás de otro, que ellos no funcionan bien en sus propios términos.⁴⁷

En algún punto, uno simplemente pierde la energía para hacer otra crítica interna. *No puedes probar que no pueda hacerse*. Lo concedo. Por ello es posible que el candidato

46. Kennedy, A CRITIQUE OF ADJUDICATION, capítulos 4 y 5.

47. Puede encontrarse una crítica ejemplar de este tipo en Jeremy Paul, *Book Review*, 88 MICH. L. REV. 1622 (1990) (crítica de Jeremy Waldron, THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY).

más reciente sea exitoso. Pero como no crees que alguien lo haya hecho en el pasado, y no crees tampoco que alguien parezca capaz de hacerlo en el futuro, parece una pérdida de tiempo poner empeño en cada nuevo desafío. En breve, el proyecto de reconstruir los derechos externos a través de la filosofía política es otro contexto para la pérdida de fe.

Cosas que la Crítica de los Derechos No Es

La gente a veces dice, “¿una crítica de los derechos? Pero si te deshaces de ellos, ¡luego el estado podrá hacerte cualquier cosa que quiera! ¿Qué hay del derecho a la privacidad? ¡No tendríamos ninguna forma de objetar la intrusión estatal!” ¡Simplemente están viendo las cosas erróneamente!

En las democracias occidentales, los derechos “existen” en el sentido de que existen reglas legales que limitan lo que la gente puede hacerse mutuamente y limitan al poder ejecutivo y al parlamento. La crítica de los derechos reconoce la realidad de la creación, la observancia y la ejecución de las normas. Se trata de la fe en los procesos racionales a través de los cuales los legisladores, jueces o la administración encargada de ejecutar dichas normas resuelven las lagunas, conflictos y ambigüedades en el “texto” de los derechos internos y externos.

No existe nada en la crítica que pueda sugerir una reducción de los derechos de los ciudadanos frente a sus gobiernos. La pérdida de la propia fe en el discurso de los derechos es perfectamente consistente con -y de hecho está asociada a- una creencia apasionada en la expansión radical de los derechos ciudadanos contra el estado. Más aun, la pérdida de fe es consistente con la defensa de una gran expansión en los derechos de los inquilinos en negociaciones con los propietarios y viceversa, tanto como es consistente con favorecer más o menos control gubernamental sobre las decisiones relativas al aborto. La cuestión no es qué reglas legales deberíamos adoptar para definir los límites de las demandas basadas en derechos que se oponen entre sí, sino más bien cómo deberíamos sentirnos con relación al discurso mediante el cual justificamos que esos límites se pongan aquí o allá.

Cuando la gente quiere demandar cosas del sistema jurídico, articula sus demandas en el lenguaje de los derechos, tal como alguna vez lo hacía con el lenguaje religioso.⁴⁸ Pero los derechos son algo más que un mero lenguaje –o podríamos decir que, como cualquier lenguaje, la prédica de los derechos hace más y menos que traducir un significado constante y claro de un medio a otro-. La prédica de los derechos era el lenguaje del grupo –la burguesía masculina blanca- que quebró y reconstruyó los órdenes feudales y luego mercantilistas de Europa Occidental en nombre de la Razón. El poder mediador del lenguaje, basado en presuponer una distinción entre hecho/valor y derecho/política, así como el carácter universal y factoides de los derechos, fue parte del arsenal de este grupo, junto a las barricadas callejeras, los diarios y la nueva familia modelo.

Desde las revoluciones burguesas, un grupo tras otro ha definido su lucha por la inclusión en el orden social, económico y político como una demanda racional por el disfrute de los mismos derechos de libertad e igualdad que pertenecen a un ciudadano postuladamente “normal” y “abstracto” en una democracia burguesa. Una parte importante

48. Minow, *Interpreting Rights*; Schneider, *The Dialectic of Rights and Politics*.

de la lucha entre liberales y conservadores dentro de estas sociedades ha girado en torno a la cuestión acerca de qué tan lejos llegar en la incorporación de aquellos que no fueron incluidos en la formulación liberal inicial de los Derechos del Hombre, dentro del orden que las revoluciones establecieron para unos pocos elegidos.

Ha existido una conexión entre el lenguaje de los derechos y la adquisición por parte de estos grupos oprimidos de una identidad en el sentido subjetivo. La prédica de los derechos ha estado conectada con la osadía de reclamar cosas de un modo que previamente había sido descalificador; reclamar cosas “en favor” de los negros, las mujeres, los homosexuales, los latinos, cuando el sentimiento anterior había sido que, “dado que” uno era una de estas cosas, uno no estaba legitimado para reclamar. (Creo que es tan fácil exagerar como minimizar el rol de la prédica de los derechos –como algo opuesto al discurso religioso, moral, simplemente rebelde o incluso codicioso- en las rebeliones populares contra circunstancias opresivas. Y no es para mí nada claro que los grupos oprimidos necesitaran la prédica de los derechos para saber que estaban oprimidos.)

La crítica no afirma que estas demandas por la inclusión, la aceptación como iguales por parte de grupos dominantes en estas sociedades, fueran desacertadas o estuvieran mal dirigidas. Ciertamente no afirma que estas reivindicaciones deberían refinar su retórica de los derechos, en los casos en que ella opera de modo efectivo, para ajustarse a la evolución de las creencias dentro de una fracción de la *intelligentsia* blanca de izquierda. Sin embargo, en su forma minimalista, se “aplica” a grupos excluidos, como se han definido a sí mismos en la izquierda desde los años ‘60, tanto como a la clase trabajadora masculina y blanca del siglo diecinueve, a la que Marx originariamente se dirigió.

La Crítica de los Derechos de Marx

El origen marxista de la crítica de los derechos consiste en el proyecto de mostrar que la inclusión del proletariado en el régimen de los Derechos Liberales del Hombre no puso fin a la dominación ilegítima de esa clase. Su primer punto fue que si uno tenía, bajo el capitalismo, todas las libertades revolucionarias, así como derechos civiles y políticos estrictamente iguales, de todos modos tendría explotación, a través del propio mecanismo económico definido y protegido por esos derechos –el “libre mercado”-, aun al límite de la muerte.⁴⁹

Su segundo punto fue que los derechos eran inmorales en virtud de su propia estructura –su definición como “cartas de triunfo” contra las demandas de otros-, porque estaban basados en la idea de que quien invoca el derecho puede descartar los deseos, sobre algún ámbito determinado, de la gente que está bajo el deber que es correlativo del derecho. Ésta era la crítica comunista utópica de Marx respecto del socialismo de la “igualdad de derechos” de Lasalle, bastante distinta del análisis positivo sobre cómo funcionaba necesariamente el sistema de propiedad y contratos bajo condiciones capitalistas. La crítica era un argumento respecto de cómo conceptualizar una buena sociedad. Específicamente, era una afirmación antiformalista de la prioridad del consenso, del valor de compartir y del sacrificio sobre

49. Karl Marx, *CAPITAL: A CRITIQUE OF POLITICAL ECONOMY*, vol. I, trans. Ben Fowkes (New York, Vintage Books 1977).

cualquier demanda o afirmación (grupal o individual) de la legitimidad de ignorar a una persona afectada por las acciones de uno.⁵⁰

Aunque ellos son antecedentes importantes, ni el primero ni el segundo punto están implícitos en la crítica interna minimalista de los derechos. El modelo de Marx basado en la necesidad de la evolución del capitalismo se muestra vulnerable a la misma clase de crítica interna que subvierte la fe en el razonamiento jurídico y en el razonamiento de los derechos.⁵¹ Con relación al segundo punto, la crítica minimalista interna y la postura de pérdida de fe no sugieren una fe alternativa según la cual, dada la intrínseca “bondad” de la naturaleza humana, podemos arreglarnos sin coerción. Si la crítica sugiere algo, es la posibilidad constante de socavar o “corroer” *cualquier* fe en la derivación de un esquema utópico de una teoría sobre la naturaleza humana.

La crítica interna es una expresión de pérdida de fe en la posibilidad de formular en términos concluyentes, o aun de decidir inicialmente, sobre demandas sustantivas a través de una elaboración “lógica”, “análítica” o “razonada” de los derechos. Es un ataque a la afirmación de que los derechos median entre hechos y valores, lo racional y lo subjetivo, lo político y lo jurídico, el derecho y la política. Es una postura de distancia respecto a una particular actitud de cierta gente, en algunos momentos, cuando demanda cosas desde dentro del orden liberal, y cuando demanda inclusión desde una posición de exclusión y opresión. La distancia proviene de la pérdida de fe en el carácter racional presupuesto en el proyecto de la definición de los derechos.

En la crítica de Marx había un tercer elemento. Los regímenes constitucionales liberales que surgieron de las revoluciones burguesas fomentaron, según él, una clase particular de falsa conciencia. Marx vio al liberalismo como basado en la fantasía según la cual, por medio del ejercicio de derechos políticos universalmente válidos (el voto, la libertad de expresión), nosotros participamos en un proceso colectivo propicio para garantizar nuestros derechos privados universalmente válidos (propiedad y contratos). Son estos derechos los que definen el modo capitalista de producción, y su aplicación, su incorporación a las constituciones liberales, garantiza que la verdadera vida en la “sociedad civil” opere de acuerdo a principios de egoísmo y explotación que son el opuesto exacto a aquellos proclamados en la teoría política.⁵²

Sin embargo, no existe una mayor lógica jurídica respecto de los derechos liberales que una lógica económica respecto del capitalismo. Por esta razón, la presentación que Marx hace del egoísmo y la explotación de la sociedad civil como consecuencias necesarias de los derechos abstractos de propiedad y contrato parece seriamente desacertada. Pero su análisis psicológico de la distinción público/privado y de la conciencia de los derechos conserva su poder, al menos para mí. Su noción era que la creencia en derechos políticos universales funcionaba -junto a la creencia en derechos privados universales-, como una resolución de fantasía de nuestra experiencia contradictoria de ser, a la vez, altruistas

50. Karl Marx, *CRITIQUE OF THE GOTHA PROGRAM* (Moscow: Progress Publishers 1971).

51. Kennedy, *A CRITIQUE OF ADJUDICATION*, capítulo 11.

52. Karl Marx, *On the Jewish Question* in *WRITINGS OF THE YOUNG MARX ON PHILOSOPHY AND SOCIETY* 216, ed. and trans. Lloyd Easton and Kurt Guddat (Anchor 1967). Este ensayo está colmado de ideas neo-hegelianas y antisemitas. Creo que éste es uno de esos casos en que las partes podridas no corrompen al resto del fruto, que es valioso. Es también típicamente un ejemplo del “Marx temprano”.

colectivamente y egoístas individualmente. Al mismo tiempo, la fantasía llevaba a cabo, para los beneficiarios del capitalismo, la función apologética de explicar por qué ellos estaban legitimados a las ganancias que derivaban de la explotación de las personas sin propiedad.

No creo que sea plausible sostener que la conciencia de los derechos, por sí sola, juega un rol intrínsecamente progresista o conservador en nuestra política actual. Pero desde mi perspectiva post-derechos, y con deferencia a los creyentes, sí pienso que la visión de los derechos como universales y factoides, y por ende fuera o por encima de la política, conlleva una negación del tipo de las analizadas por Marx. Como sucede con la negación de la ideología en el proceso de adjudicación, existen muchas formas de teorizar los conflictos que dan lugar a esta forma particular de (lo que parece ser una) fantasía.⁵³ Y, como con la adjudicación, la psicologización de la negación implica suspender el diálogo con aquellos para quienes la realidad de los derechos es cercana a lo tangible.

¿Por Qué Hacerlo?

En parte por estas razones, los izquierdistas involucrados en el debate de los derechos, entre los que me incluyo, sienten a veces que éste es peligroso. No es mi intención ahora criticar un argumento sino describir una emoción. Los participantes pueden estar dispuestos a confrontar la crítica y correr en buena fe el riesgo de la pérdida de fe. Pero, ¿no es esa una experiencia que todos deberíamos desear evitar si eso fuera posible? Para empezar, si “nosotros” perdemos nuestra creencia en los derechos, podríamos quedar desarmados para lidiar con nuestros oponentes. La idea es que la retórica de los derechos es o al menos alguna vez fue efectiva, y estaríamos renunciando a ello si perdiéramos la fe en los derechos.

Por supuesto, que la retórica de los derechos “funcione” no es un argumento a favor de los derechos. La crítica no es sobre efectividad, aunque posiblemente ella sea útil para entender la eficacia.⁵⁴ Uno puede perder su fe respecto a una retórica altamente efectiva y mantenerla con relación a una retórica que prácticamente nadie parece encontrar plausible. Y no es una respuesta a la crítica de la retórica de los derechos el que todo el mundo la use, o que nuestros héroes o nuestros padres la usaron, como tampoco es una crítica a los derechos el que los conservadores la utilizaron o la utilizan con buenos resultados.

Pero para explicar la sensación de peligro, uno podría responder que si “nosotros” perdemos nuestra fe en la retórica de los derechos pero “ellos” no, entonces ellos habrán ganado una ventaja sobre nosotros. Esto es posible en la medida en que el “nosotros” en cuestión derive alguna cuota de poder, en la confrontación con “ellos”, a partir del sentimiento de corrección, de mediación, que los derechos han brindado históricamente. “La renuncia” a los derechos sería equivalente a que un atleta profesional renunciara a los esteroides cuando todos sus competidores siguen todavía atados a ellos.

53. Véase por ejemplo Gabel, *Phenomenology*; Alan Freeman and Elizabeth Mensch, *The Public-Private Distinction in American Law and Life*, 36 BUFFALO L. REV. 237 (1987); Duncan Kennedy and Peter Gabel, *Roll Over Beethoven*, 36 STAN. L. REV. 1 (1984).

54. Existe un número de análisis críticos del rol de la retórica de los derechos en diferentes etapas de los movimientos sociales y en diferentes etapas de la historia política norteamericana. Véase Gabel, *Phenomenology*; and Alan Hunt, *Rights and Social Movements: Counter-Hegemonic Strategies*, 17 J. OF LAW IN SOC. 309 (1990). No son ejemplos de la crítica de los derechos, aunque a veces la dan por supuesta.

Si *ya* has perdido tu fe en los derechos, el argumento suena como aquél en favor de la fe religiosa para las masas -no importa cuán engañosa sea-, sobre la base de sus consecuencias benéficas. Sin embargo, si estamos realmente hablando sobre eficacia, el mismo parece meramente conjetural.

Mi propia experiencia ha sido que algunas personas que pierden la fe en los derechos se vuelven más políticamente comprometidas, algunas menos, y algunas permanecen igual. Algunos cambian de lado, y algunos ganan en perspicacia retórica al enfrentar la buena fe, la mala fe o los argumentos cínicos basados en los derechos de sus oponentes, convirtiéndose en más -y no menos- poderosos. Para empezar, muchos izquierdistas comprometidos, incluyendo a la mayoría de aquellos que están en la tradición anarco-marxista, marxista occidental, o neo-marxista y anti-estalinista, hoy y ayer, nunca tuvieron fe en los derechos. Si estamos hablando de efectos empíricos reales, pienso que el punto es difícil de sostener de una u otra forma.

Los derechos no son el “centro”, la “pieza principal” o el “corazón” del legalismo liberal, tanto se considere a éste una ideología o una formación social que genera una mezcla compleja de felicidad e infelicidad, legitimidad y opresión. La conciencia prevaleciente no tiene, según creo, un corazón o centro. Es un conglomerado enormemente plástico y laxo de ideas, cada una de las cuales surge en un momento u otro para cobrar la fuerza de varias divisiones militares y para perder luego toda fuerza -de la hegemonía gramsciana al “no te preocupes” de Emily Litela.-* La crítica de los derechos, aun cuando totalmente convincente, es bastante menos “efectiva” de lo que parece desde la perspectiva de la fe amenazada.

Pero quiero admitir que existe un aspecto de la sensación de peligro que tiene un asidero racional. Socavar la fe en los derechos amenaza con socavar la unidad de la izquierda y su sentido de inclusión en la “ciudadanía norteamericana”. Si algunos en la izquierda han perdido la fe en los derechos y otros no, entonces los que sí lo hicieron enfrentarán un dilema constante, forzados a escoger entre discutir con quienes no lo han hecho, mantenerse en silencio o comprometerse en la manipulación cínica o de mala fe del discurso dentro del movimiento.

Dado que la crítica no es la solución a ningún problema de la izquierda, ni una panacea ni un programa, y dado que las consecuencias para la militancia y el compromiso son en el mejor de los casos inciertas y en el peor desastrosas, ¿por qué hacerlo?

¿Por Qué Hacerlo?

La izquierda intenta transformar las estructuras sociales existentes sobre la base de una crítica de su injusticia, y, específicamente, de las injusticias del patriarcado racista y capitalista. El objetivo es reemplazar el sistema por uno mejor, pieza por pieza o en bloques de tamaño medio o grande. El mpm es una crítica de las formas características de la corrección de esta misma cultura y apunta a la liberación de las experiencias internas y

* *Emily Litela* era el personaje interpretado por la comedianta *Gilda Radner* en el famoso programa humorístico *Saturday Night Live*. “*Nevermind*” -no te preocupes, no importa, tanto da- era su muletilla de cabecera (*N. de la T.*).

externas de los límites impuestos por la razón, en nombre no de la justicia y un nuevo sistema sino de la dialéctica del sistema y el antisistema, mediada por los artefactos transgresores que reafirman paradójicamente las formas “superiores” de los valores que parecen traducir.

La crítica siempre está motivada. Los practicantes de la crítica de los derechos han tenido con frecuencia motivos mezclados del tipo que estoy describiendo aquí. Un motivo es el izquierdismo y el otro es el mpm. Supongan por un momento que uno no tiene que preocuparse por las implicancias del izquierdismo, ¿cuáles serían los motivos del mpm para una crítica de los derechos? La respuesta es que la creencia en los derechos y en el carácter determinado del razonamiento de los derechos es una parte importante del proyecto global de la corrección moral burguesa, de la razón o de la producción de textos que obliguen impersonalmente.

Para el proyecto mpm, la exigencia de acuerdo y compromiso sobre la base de una representación con pretensión de objetividad es un enemigo. Los enemigos específicos han sido los conceptos éticos/teóricos centrales de la cultura burguesa, incluyendo a Dios, el ser individual autónomo capaz de elegir, la moral convencional, la familia, la masculinidad y la feminidad, el estado-nación, la humanidad. Pero los conceptos éticos/teóricos centrales de la izquierda han sido también blancos de estos embates, incluyendo al proletariado, la solidaridad de clase, la disciplina partidaria y el realismo social y, más recientemente, la identidad sexual y racial.

El impulso del mpm es contrarrestar u oponerse a los productores de estos artefactos con otros artefactos. Se supone que los artefactos transgresores ponen en cuestión las demandas de corrección moral y, al mismo tiempo, inducen un conjunto de emociones –ironía, desaliento, éxtasis, etcétera- que son destruidas o bloqueadas cuando experimentamos el texto o la representación como “correcto.”

Si definimos el proyecto de la izquierda como la lucha por una sociedad más igualitaria y comunitarista, el mismo no está intrínsecamente conectado de forma particular con la corrección. Pero dentro del proyecto de izquierda siempre ha sido verdad que la corrección ha jugado un rol central. El izquierdismo ha sido un proyecto cultural burgués dentro del cual muchos líderes y partidarios han creído no sólo ser de izquierda sino tener razón, en el sentido fuerte de poseer un análisis coherente y completo (“totalizador”) del orden social en términos descriptivos y prescriptivos.

Por supuesto, la crítica ha sido crucial para la facción dominante del izquierdismo basada en la “corrección” –esto es, la crítica como un modo de limpiar el terreno para la construcción de nuevos edificios de corrección-. En la tradición marxista, el eslogan de la “cientificidad” del marxismo representó el repositorio del impulso por tener razón. Para la izquierda no marxista, los eslóganes de la “planificación”, “las políticas sociales racionales” y el “interés público” cumplían el mismo rol. Pero en los Estados Unidos, para finales de los años ‘70, con el surgimiento de la política de la identidad, el discurso de izquierda se fundió con el discurso liberal, y las ideas sobre los derechos de los oprimidos y la validez constitucional de sus demandas jurídicas reemplazaron a todas las versiones anteriores de la corrección.

Más aun, en la cultura general difusa de la burguesía, las ideas del *rule of law* y los derechos parecen funcionar como paradigmas cruciales de corrección para todo el mundo.

Ha existido una suerte de concentración de experiencias de corrección en los dos contrastes, derecho versus política y derechos versus meras preferencias. Finalmente, en la cultura especializada de las facultades de derecho de los Estados Unidos, el discurso jurídico en general y el de los derechos en particular, vivió una revolución modernista abortada o tal vez limitada en los años '30, pero luego de la Segunda Guerra Mundial, la cultura jurídica entera pareció retroceder a una combinación de formalismo resurgente y a una versión reificada del análisis de política pública.

Recuérdese que estamos asumiendo, por el momento, que es posible llevar a cabo el proyecto mpm sin herir el proyecto de izquierda de cambio en una dirección igualitaria y comunitarista. Una persona con aspiraciones mpm “naturalmente” elegiría a los derechos y al razonamiento de los derechos como blancos, e intentaría contrarrestar u oponerse a la demanda de los izquierdistas en favor del consenso y el compromiso, basado en el razonamiento jurídico correcto, partiendo de la existencia de los derechos. Y dicho proyecto tendría un encanto mpm mayor en la medida en que el *rule of law* y los derechos se han vuelto vehículos principales de corrección para toda la sociedad.

El ataque del mpm a los derechos y el *rule of law* luce semejante -a primera vista- a la forma más tradicional de la teoría de izquierda, basada, digamos, en el modelo de poderes alienados. Emplea la crítica interna para aflojar la sensación de cierre o necesidad que los análisis jurídicos y aquellos basados en los derechos intentan generar. Pero más que intentar hacer funcionar una nueva teoría, dicho ataque parece inducir, a través de la construcción artefactual de la crítica, las emociones modernistas asociadas con la muerte de la razón –éxtasis, ironía, depresión, etcétera-. Aspira al placer de desechar la piel muerta de la Razón. Al mismo tiempo, puede ser izquierdista en dos sentidos: a) cuando es llevado a cabo por personas que se ven a sí mismas haciéndole al izquierdismo lo que los artistas mpm se ven a sí mismos haciéndole al “arte”, esto es, movilizándolo mediante un ataque a sus presuposiciones y exponiéndolo a aquello que quiere negar; b) cuando propone que la izquierda debería confrontar a aquellos con quienes está ideológicamente en lucha tanto mediante artefactos transgresores como (o en vez de) con el análisis racional.

El Proyecto de Reconstrucción

Alguna vez se dio el caso que la respuesta al proyecto izquierda/mpm era una teoría, sea el marxismo o el liberalismo. Esto ya no es lo que sucede, al menos en la izquierda académica. La respuesta a la izquierda/mpm es más bien una acusación, la de “nihilismo”, una crítica de las malas consecuencias del nihilismo, y un proyecto-reconstrucción.

A veces el autor tiene en mente una reconstrucción específica y la presenta completamente articulada como el siguiente paso luego de la crítica, como algo con que remplazar lo que ha sido criticado. Cuando esto sucede, la única respuesta honesta es a su vez criticarla, suscribirla o simplemente ignorarla. Más frecuentemente, el autor propone el *proyecto de reconstrucción*, más que alguna reconstrucción en particular. Uno defiende el proyecto no porque tenga una propuesta sino porque uno cree que debemos tenerla, o al menos intentar tenerla; que se seguirán consecuencias negativas si no logramos desarrollarla; y que al menos existen algunas posibilidades interesantes, algunos caminos esperanzadores, algunos fragmentos y piezas útiles disponibles para la tarea.

Un aspecto marcado de las apelaciones a la reconstrucción es que el autor comúnmente considera las críticas como refutaciones decisivas de teorías previas. Un punto importante es la sugerencia de que criticar es simple, mientras reconstruir es difícil; que es una indulgencia placentera ir destruyendo una cosa tras otra, dado que todos sabemos cómo hacerlo, pero es moralmente más sano arremangarnos y dedicarnos a la tarea menos glamourosa pero a largo plazo más constructiva de la reconstrucción.

Un segundo aspecto sorprendente es que es probable que el mismo reconstruccionista que afirma la validez de las críticas previas, y que sostiene que ellas son fáciles de formular, haga una apelación explícita o implícita a las reconstrucciones que cumplen exactamente la misma función que cumplían las entidades criticadas. Esto es, la función de representar el orden social de un modo que nos permita tener la seguridad de que tenemos razón en ser de izquierda, y que tenemos razón en llevar a cabo estrategias particulares en favor de la igualdad y la comunidad.

Este modo de defensa de la crítica no problematiza la categoría de la teoría. Muy por el contrario, la crítica está al servicio de la corrección última, y la apelación a la reconstrucción es una afirmación de la fe en la teoría como modo de corrección. El proyecto de reconstrucción (a diferencia de cualquier propuesta particular) parece, desde el punto de vista de la izquierda/mpm, una reificación o fetichismo de la teoría, en un modo paralelo al fetichismo de Dios, el mercado, el derecho y los derechos. La izquierda/mpm, en contraste, está encerrada para bien o para mal en el progreso “viral” de la crítica, y en tanto pueda sostenerse que existe una lección derivada del progreso del virus, ésta sería anticipar una pérdida de fe en la teoría en general y en la teoría general en particular. Pero me apresuro una vez más a agregar que perder la fe en la teoría no significa renunciar a hacer teoría –simplemente significa renunciar a la expectativa de corrección al hacerlo.-

No va a resultar sorprendente que no crea que pueda demostrar que la reconstrucción es imposible. Pero, como es usual, si pienso que algo puede decirse sobre el costado racional de la fe. Aquí, como en todos lados, como en el caso de Dios, la corrección jurídica y los derechos, los reconstruccionistas nos exhortan a creer en -y luchar por- la reconstrucción debido a que se seguirían muchas malas consecuencias de su fracaso o imposibilidad, tantas que no tendríamos seguridad ni en nuestro izquierdismo ni en nuestras estrategias particulares de izquierda, que nos volveríamos totalitarios, etc. Aunque no pienso que éstas sean las verdaderas cuestiones, me ocuparé de ellas lo mejor que pueda.

Nihilismo

La crítica mpm, la inducción de la pérdida de fe y las emociones características asociadas, vistas como un proyecto, niegan una experiencia particular, la de la corrección, en favor de otra experiencia. Cuando se trata de “decidir” si ser o no un izquierdista, este proyecto no tiene nada que ofrecer. Debido a estos compromisos con la crítica y la pérdida de fe, sin un compromiso por proveer otras formas de corrección en el lugar de lo que disuelve, es común describirla como nihilista. Y es bien sabido que el nihilismo es una tendencia errónea y malvada.

Hay algo raro en este argumento. Parece presuponer que preferimos el error a la ilustración cuando esta ilustración conlleva el costo de perder creencias que parecían

útiles cuando todavía creíamos en ellas. ¿Por qué no dar la bienvenida a la crítica, sin importar cuál sea su motivo último, en tanto luego de escucharla no estemos ya convencidos de la verdad de nuestras perspectivas previas?

La crítica no nos deja sin “nada”, en el sentido de convertir en imposible decidir qué hacer, digamos si ser o no de izquierda, o de hacer imposible descubrir lo suficiente sobre cómo funciona el orden social para poder elegir una estrategia de acción de izquierda dentro de él. Aquellos de nosotros que no somos realistas morales (creyentes en la verdad objetiva de las proposiciones morales) estamos acostumbrados a comprometernos en proyectos, y a decidir acerca de estrategias, sobre la base de un balance de consideraciones éticas y prácticas. Al final, pegamos el salto al compromiso o la acción. Que no creamos que podemos demostrar la corrección de nuestras elecciones no nos hace nihilistas, al menos no en nuestra perspectiva.

Entenderíamos incorrectamente la crítica interna si imagináramos que nos va a conducir a una situación en la que hayamos perdido la fe en “todo”, de manera que no podamos saber en qué creer o qué hacer. La crítica cambia nuestra actitud hacia una teoría particular (la que sea que critiquemos exitosamente) que generaba un sentimiento particular de corrección. Ella nos deja, como herramienta para formular nuestros compromisos y nuestros planes concretos para el futuro, lo que sea que tuviéramos antes de esa teoría y su crítica. Me parece extraño suponer que pudiéramos estar siempre, presumiblemente, sin recursos de este tipo, aun cuando cada uno de nosotros fuera un verdadero Hércules de la destrucción crítica.

Por supuesto, una persona podría estar comprometida con el igualitarismo sólo debido a su creencia en los derechos, y en ciertos derechos en particular. La pérdida de fe en los derechos en general podría llevar a dicha persona a abandonar el igualitarismo en favor de otra actitud, digamos, una creencia en la desigualdad natural, que podría comenzar a parecer más plausible cuando ya no tiene la oposición de una creencia particular en derechos ahora socavados por la crítica. Pero la cadena causal podría moverse también en otra dirección: la pérdida de fe en los derechos de propiedad podría permitir que sentimientos igualitarios previamente reprimidos florecieran.

Podría ser posible hacer generalizaciones convincentes sobre la tendencia causal del proyecto de la izquierda/mpm basado en la crítica, la pérdida de fe y las emociones resultantes. Luego de la afirmación de que la tendencia es la desmoralización, la más popular podría ser que la izquierda/mpm conduce a Hitler y Stalin. Del modo en que entiendo este argumento, funciona más o menos así. El estalinismo y el nazismo representan las fuerzas poderosas e irreductibles del mal en la naturaleza humana. Pero ellos infligieron un sufrimiento, una degradación y una destrucción previamente inimaginables, mucho más allá de lo normal. Fueron capaces de hacerlo porque eran nihilistas, esto es, negaban la validez de los derechos humanos fundamentales. El culto de Nietzsche del Superhombre y el relativismo moral de Weimar son los responsables.

La idea opuesta: el estalinismo y el nazismo representan las fuerzas poderosas e irreductibles del mal en la naturaleza humana. Pero ellos infligieron un sufrimiento, una degradación y una destrucción previamente inimaginables, mucho más allá de lo normal. Fueron capaces de hacerlo porque eran totalitarios, esto es, proclamaban la verdad absoluta de sus teorías. Por ende, el escepticismo es el verdadero antídoto para la repetición del holocausto y el Gulag. El culto de Hegel a la Razón Absoluta y la obediencia ciega a la autoridad son responsables.

Puede ser posible combinar la teoría de que el mal del siglo veinte fue causado por la negación de la razón (nihilismo) con la teoría de que fue causado por un compromiso excesivo con la razón (totalitarismo). Tal vez en un nivel superior los racionalistas son nihilistas, y viceversa. O tal vez uno debería ser un racionalista respecto de los derechos humanos fundamentales y un nihilista respecto de teorías racistas y marxistas.

Pero desde el punto de vista de la pérdida de fe en la razón (lo que no es una teoría sobre la imposibilidad de la razón), parece poco probable que creer o descreer en la razón en general o en cualquier construcción racional particular, tenga esta clase de poder causal. Parece más probable que la creencia y la negación de la razón puedan cada una tener muchos significados diferentes y combinarse en un número infinito de maneras con actitudes, sentimientos y disposiciones idiosincráticas o socialmente construidas. Más probablemente, la creencia y la negación fueron elementos constitutivos pero no claves en muchas formas de colaboración con -y oposición a- el nazismo y el estalinismo, más que elementos con una tendencia particular o inherente.

La Izquierda/Mpm como un Proyecto Interseccional

Los artefactos de izquierda/mpm están en la intersección de dos proyectos, uno izquierdista y el otro mpm. Éstos están diseñados para representar dos dramas en un sólo escenario. Una idea es modernizar o post-modernizar el proyecto izquierdista, y la otra es mover el mundo hacia la izquierda eliminando formas de corrección de derecha. Lo que esto significa es que un comportamiento estratégico dentro de la intersección es posible y necesario. La parte mpm de la izquierda/mpm intenta mover el proyecto de izquierda adelante en vez de destruirlo –la lealtad al mpm no es más “absoluta” que la lealtad al izquierdismo-. En la lucha/diálogo ideológico con la derecha, elegimos nuestros temas/blancos con un ojo en la conversión de indecisos, y evitamos temas/blancos que pueda predecirse van a desmoralizar a otros izquierdistas (ojalá fuéramos tan poderosos) cuando la ganancia para el mpm es pequeña o inexistente.

En otras palabras, la izquierda, tal como estoy empleando el término, es un “lugar” para encuentros y coaliciones particulares con una perspectiva tanto hacia adentro como hacia afuera, más que un conjunto de principios o un programa. Para mí, es también una “posición”, con lo que quiero decir que prefiero mucho más salir con liberales, políticos de la identidad y radicales post-marxistas –por más hostiles que sean hacia el mpm- que con personajes mpm de las variantes de derecha o centro. Pero en todo caso, no es más concebible para mí ser un completo izquierdista que un completo mpm.

