

Primera edición: octubre de 2005  
D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Av. José María Pino Suárez, Núm. 2  
C.P. 06065, México D.F.

ISBN 970-712-521-7

Impreso en México  
*Printed in Mexico*

La edición de esta obra estuvo al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SERIE  
**ÉTICA JUDICIAL**



*Centro de Consulta de  
Información Jurídica  
Biblioteca*

5

**El papel de la integridad  
en  
la decisión judicial**

---

**DOCTOR MARTÍN DIEGO FARRELL**  
*Magistrado de la Cámara de Apelación,  
de Buenos Aires, Argentina*

## SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Mariano Azuela Güitrón  
*Presidente*

### Primera Sala

Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas  
*Presidenta*

Ministro José Ramón Cossío Díaz  
Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo  
Ministro Juan N. Silva Meza  
Ministro Sergio A. Valls Hernández

### Segunda Sala

Ministro Juan Díaz Romero  
*Presidente*

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano  
Ministro Genaro David Góngora Pimentel  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

### Comité de Publicaciones y Promoción Educativa

Ministro Mariano Azuela Güitrón  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas

### Comité Editorial

Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot  
*Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo*

Mtra. Cielito Bolívar Galindo  
*Directora General de la Coordinación de  
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Laura Verónica Camacho Squivias  
*Directora General de Difusión*

Dr. Lucio Cabrera Acevedo  
*Director de Estudios Históricos*

EL PAPEL DE LA INTEGRIDAD  
EN LA DECISIÓN JUDICIAL

PO  
fo  
11670  
-3627  
cjs

*Dr. Martín Diego Farrell.  
Magistrado de la Cámara de Apelación,  
de Buenos Aires, Argentina.*

## CONTENIDO

Presentación .....	9
1. Buscando la integridad extrema .....	14
2. Escepticismo sobre la integridad extrema .....	22
3. Oposición a la integridad extrema .....	27
4. Aceptando la integridad moderada .....	32
5. Las circunstancias de la integridad .....	36
6. El problema de la retroactividad .....	41

8 CONTENIDO

7. El juez norteamericano frente a la integridad .....	45
8. El juez argentino frente a la integridad .....	50
9. Conclusión .....	56

## PRESENTACIÓN

**E**n este texto, titulado *El papel de la integridad en la decisión judicial*, número 5 de la Serie *Ética judicial*, Martín D. Farrell, quien reúne en su personalidad la calidad de relevante Juez y brillante filósofo del derecho, presenta un breve ensayo acerca de la necesidad de recurrir al precedente. De hecho, la práctica judicial ha encontrado en los precedentes una guía para la emisión de sus fallos.

En los órdenes jurídicos pertenecientes al *common law* o del derecho romano-germánico, el precedente juega un papel fundamental para el pronunciamiento de sentencias. Por ello la doctrina ha estudiado cuidadosamente este fenómeno, llegando a la conclusión de que puede hablarse de "integridad" extrema o moderada en función del mayor o menor apego en los precedentes. Dicha "integridad" no debe entenderse como virtud moral del Juez, sino como una sana tendencia a tomar en cuenta el pasado involucrado en un caso para resolver uno nuevo. Señala el autor que este tema ha sido abordado por diversos tratadistas,



entre otros por Ronald Dworkin y Joseph Raz, cuyas teorías parecen representar polos opuestos respecto de una misma cuestión.

Tras explicar a grandes rasgos las posturas doctrinarias sobre el particular, el autor analiza un par de casos resueltos por la Suprema Corte de Estados Unidos, donde Benjamin N. Cardozo mostró en qué momentos el Juez debe ser "íntegro" al emitir una decisión. Más adelante, Farrell examina tres casos resueltos por la Corte Suprema de Argentina —en medio de crisis económicas—, hechos que muestran contundentemente el papel jugado por el pasado.

En síntesis, el autor pretende alentar la tendencia a la "integridad" como práctica racional de la función judicial. Cuando proceda, el juzgador debe sustentar sus fallos en precedentes y, en caso contrario, estaría obligado a explicar por qué decidió apartarse de los criterios que habían regido una materia determinada, no obstante que las circunstancias eran similares. En ambos supuestos habrá "integridad". Se integra el derecho del presente a los criterios del pasado o se produce un rompimiento justificado con el pasado. En todo caso, deberá explicar las razones para aceptar o desestimar los precedentes.

Sin duda alguna, esta aportación doctrinal del Magistrado Martín Farrell es de apreciable beneficio para un sistema de justicia más eficaz.

Ministro Mariano Azuela Güitrón  
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*

*En algún punto entre la adoración del pasado y la exaltación del presente ha de encontrarse el camino hacia la seguridad.*

BENJAMIN N. CARDOZO

Uno de los comportamientos éticos que se demanda de los jueces es el respeto a la integridad, no entendida —por cierto— como una virtud moral (el juez íntegro), sino como la exigencia de un comportamiento consistente.<sup>1</sup> Supongo que no necesito recordar el valor del precedente en los países del *common law*, pero me parece que incluso en los países donde impera el derecho legislado las sentencias judiciales cuentan, especialmente si se trata de decisiones del máximo tribunal de ese país. Es verdad que en Argentina —por ejemplo— las sentencias de la Corte Suprema no son obligatorias respecto de los tribunales inferiores, pero un juez de cualquiera de esos tribunales no sería considerado un buen juez si decidiera ignorar las decisiones de la Corte.

---

<sup>1</sup> No sostengo que la virtud de la integridad no tenga importancia en la ética judicial. Lo que digo es que no me ocupo de ella en este trabajo.

Si los precedentes cuentan, esto significa que el derecho está realizando —en alguna medida— el valor de la integridad, o —al menos— el valor de la coherencia (luego veremos algunas diferencias entre ambos conceptos). Las decisiones judiciales del pasado inciden en las del presente, las cuales —a su vez— pretenden influir en las decisiones futuras. Va de suyo que el ideal de la integridad no pretende consagrar el inmovilismo jurídico, en el sentido de que ninguna decisión judicial del presente pueda contradecir una decisión judicial del pasado. Lo que pretende la integridad —me imagino— es otra cosa: que las decisiones judiciales pasadas sean consideradas por los jueces, sean tomadas en cuenta por ellos, que el tribunal del presente dialogue —al menos— con el tribunal del pasado. Lo que la integridad no acepta —en cambio— es que el tribunal del presente ignore la decisión del tribunal del pasado, o la descalifique sin argumento alguno.

Aunque alguien no esté convencido del valor intrínseco de la integridad, es difícil cuestionar su valor instrumental, porque la integridad conduce —sin duda— a un incremento de la seguridad jurídica. No es sencillo detectar la integridad en la jurisprudencia argentina, jurisprudencia que voy a examinar en la parte aplicada de este trabajo. Uno de los motivos para ello es simple: los tribunales surgidos de los gobiernos constitucionales no suelen sentirse obligados por las decisiones de los tribunales que funcionaron durante los gobiernos de facto. Pero la situación que me interesa examinar es más grave, y ocurre cuando un tribunal de un gobierno constitucional descalifica sin más una decisión

previa de otro tribunal de un gobierno también constitucional. Y la gravedad aumenta, obviamente, si la decisión descalificada es reciente y proviene del mismo tribunal.

Esto es lo que ha ocurrido en Argentina en uno de los párrafos menos comentados del caso *Bustos*, en el que la Corte Suprema fulmina — como veremos — la decisión adoptada dos años antes en el caso *Smith* por la propia Corte. Pero aunque voy a referirme al caso argentino como materia de ejemplo (para compararlo con el norteamericano), el tema no es idiosincrático de ese país, y el problema puede extrapolarse sin temor a cualquier país donde impere el derecho legislado.

La sección 1 se ocupa de las ideas de tres defensores de la integridad, Dworkin, Schauer y Kronman. La sección 2 se entiende con las dudas de Raz acerca de la integridad. La sección 3 examina una posición decididamente hostil a la integridad dworkiniana, formulada por Alexander y Kress (con algunos antecedentes muy prestigiosos). La sección 4 analiza una versión moderada de la integridad, proporcionada por Postema, que tal vez resistiría las objeciones anteriores. La sección 5, a su vez, estudia las circunstancias en las cuales debería buscarse la integridad, siguiendo una idea de Waldron. La sección 6 encara el problema de la retroactividad, que puede ser una consecuencia de adoptar la doctrina del precedente. La sección 7 examina el voto del juez Cardozo en un caso clave para comprender adecuadamente la integridad, *Mac Pherson vs. Buick Motor Co.* La sección 8 compara la técnica de Cardozo con la que adoptó

la Corte Suprema argentina en tres casos claves para la economía del país. Por último, la sección 9 expone las conclusiones del trabajo.

#### 1. BUSCANDO LA INTEGRIDAD EXTREMA

Es muy difícil precisar con exactitud las ideas de Dworkin acerca de la integridad, sobre todo si es con una intención crítica. Por eso, y para evitar algunas objeciones innecesarias, en lugar de la posición de Dworkin voy a referirme a la posición *dworkiniana*, lo cual me permite una mayor libertad de interpretación.

Existen en la posición *dworkiniana* dos tipos de integridad, o dos principios acerca de la integridad política que tienen distintos destinatarios. El primero es un principio legislativo, que requiere que los legisladores intenten que el conjunto total de leyes sea coherente desde el punto de vista moral. El segundo, en cambio, es un principio que se refiere a las decisiones judiciales, y da instrucciones para que el derecho pueda ser visto como coherente en la medida de lo posible.<sup>2</sup>

La primer pregunta que surge frente a esta presentación es casi obvia: ¿se reduce la identidad a la coherencia, o a la consistencia? Y la primer respuesta parecería ser afirmativa. Pero la posición *dworkiniana* es

---

<sup>2</sup> RONALD DWORIN, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, pag. 176.

algo más compleja, porque sostiene que la integridad es — a la vez — algo más y algo menos que la consistencia. Por una parte, la integridad exige que los criterios públicos de la comunidad sean percibidos, en la medida de lo posible, como expresando un sistema de justicia y equidad único y coherente. Por ello, una institución que acepte este ideal puede apartarse del seguimiento estrecho de las decisiones pasadas, buscando la fidelidad a aquellos principios que son concebidos como fundamentales para el esquema como un todo.<sup>3</sup>

Esto no resulta completamente claro, por cierto. ¿Qué tiene que hacer un juez cuando decide, por ejemplo? ¿Debe obedecer a un sistema coherente de justicia o debe apartarse de él en nombre de esos principios fundamentales que he mencionado? ¿Cuál es la directiva que le proporciona la posición dworkiniana? Una directiva parecería ser ésta: no arribar a una decisión simplemente sobre la base del derecho del siglo pasado, o de la generación pasada. Buscar una consistencia horizontal, más que vertical, y preguntarse acerca de los criterios jurídicos que la comunidad impone en la actualidad.<sup>4</sup> Esto tampoco es claro, sin embargo. ¿Cómo se llegó a los criterios jurídicos actuales si no es respetando las decisiones previas? Para alterar una decisión anterior en nombre de la consistencia hay que suponer que, antes de que esa decisión se alterara, el sistema mismo era inconsistente, y que la nueva decisión

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, pag. 219.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pag. 227.

contribuye a aumentar su consistencia. Pero si, de acuerdo al criterio generalmente aceptado, el sistema en cuestión es consistente, no habría argumento en la posición dworkiniana que permitiera apartarse de la consistencia vertical.

Creo que la guía más clara para entender la posición dworkiniana está en los ejemplos. Por caso, la comparación del juez que tiene que decidir un asunto sometido a su consideración con la de un novelista que interviene en la redacción de una novela en cadena, que tiene que interpretar los capítulos previamente escritos por otros novelistas, de modo de escribir su propio capítulo, que se agrega así a la novela. El propósito de todos los novelistas que intervienen en esta empresa es el de crear, de la mejor manera posible, una novela única.<sup>5</sup>

Nuevamente aquí la primer reflexión es casi obvia: los novelistas que redactan los primeros capítulos tienen más libertad que los que redactan los últimos: aquellos tienen muchas más opciones consistentes que éstos. Del mismo modo, un juez que decide un caso novedoso en derecho tiene más libertad que el que resuelve un caso trillado.

La posición dworkiniana se ejemplifica con la novela de Dickens *Cuento de Navidad*. Si usted tiene encargado escribir el segundo capítulo

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, pags. 228 y 229.

de la novela, su tarea es sencilla desde el punto de vista de la consistencia. Scrooge puede continuar siendo un malvado o convertirse en un hombre bueno. Pero si Scrooge ya se convirtió en bueno, ¿qué debe hacer usted si piensa en cambio que debería seguir siendo un malvado? Las alternativas son dos: a) seguir libremente su criterio, ateniéndose sólo a lo que usted piensa que debe ser una novela, y b) ignorar su propio criterio y aceptar el texto de la novela. Yo diría que si el novelista en cadena quiere ser consistente está obligado a seguir la alternativa b), pero la posición dworkiniana no es tan simple (ni tan clara). Ella nos dice que la situación del novelista no es capturada por ninguna de las dos alternativas, porque cada una de ellas está influida por la otra. Pero entonces, ¿cómo debe proceder el novelista, en definitiva? Esto es lo que la posición dworkiniana no nos dice, porque ella cree que la concepción del derecho como integridad tiene más preguntas que respuestas.<sup>6</sup>

Lo que supone la concepción del derecho como integridad es que el juez entiende que el derecho está estructurado mediante un conjunto coherente de principios de justicia y de equidad, y le pide que aplique esos principios en los nuevos casos que lleguen a su consideración, de modo que la situación de cada persona que acude a la justicia sea justa y equitativa de acuerdo a los mismos criterios.<sup>7</sup> El tema sigue sin ser

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, pags. 234 y 239.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pag. 243.



claro. Porque cuando se presupone la autoridad de un precedente, esta autoridad tiene sentido especialmente en los casos en los cuales el juez percibe que el precedente es incorrecto, esto es, cuando la decisión pasada proporciona razones para decidir el caso a pesar de su incorrección, y sólo debido a su precedencia temporal.<sup>8</sup>

Entonces, por una parte es cierto que la concepción del derecho como integridad difícilmente haga sentido entre personas que no se preocupan por la justicia y por la equidad.<sup>9</sup> Pero, por la otra, ¿nos está diciendo la posición dworkiniana que esta preocupación conduce a una respuesta única para cada caso judicial? En cierto modo sí, porque la decisión podría seguirse de la simple aplicación de esos principios coherentes de justicia y equidad. Pero en cierto modo no, porque esos mismos principios deben ser interpretados, y diferentes jueces podrían llegar a diferentes interpretaciones.

¿Cuáles son entonces los límites de la interpretación judicial? La posición dworkiniana piensa que algunos hechos brutos de la historia del derecho limitan el papel que pueden desempeñar las convicciones de justicia de los jueces: la historia política real de la comunidad pone límites a las convicciones políticas de los jueces cuando ellos deben efectuar la interpretación del derecho.<sup>10</sup> Si esto es así, el ejemplo de la

---

<sup>8</sup> Cfr. FREDERICK SCHAUER, "Precedent and the Necessary Externality of Constitutional Norms", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17, Issue 1, pag. 45.

<sup>9</sup> DWORKIN, *cit.*, pag. 263.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pag. 255.

novela nos proporciona ahora directivas más precisas que antes: el autor de uno de los últimos capítulos realmente está sometido a las restricciones que impone la redacción de los capítulos anteriores.

De modo que la posición dworkiniana no es sencilla de precisar. Sin embargo, y aunque las directivas concretas de ella sean algo confusas, existe aquí un elemento central, que es el valor que los jueces deben asignarle a la integridad. Sea cual fuere la manera como el autor va a redactar su capítulo, los capítulos anteriores cuentan.

Yo no diría que la posición dworkiniana propicia una integridad extrema, sencillamente porque no sé muy bien qué es exactamente lo que propicia, pero muchos autores la toman realmente como un ejemplo de búsqueda de la integridad extrema. Otro defensor de la integridad es Frederick Schauer, cuyo argumento es puramente instrumental: lo que él investiga son las consecuencias de adoptar el sistema del precedente.<sup>11</sup> El examen de las consecuencias resulta importante porque, incluso ante la ausencia de un precedente anterior, el juez responsable advierte que su propia decisión va a ser considerada como un precedente por los jueces posteriores, por lo cual él —al decidir el caso— está restringiendo el conjunto de soluciones futuras posibles, está restringiendo el ámbito de opción de los jueces futuros.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> FREDERICK SCHAUER, "Precedent", *Stanford Law Review*, vol. 39 (1987), pag. 588.

<sup>12</sup> SCHAUER, "Precedent", *cit.*, pag. 589.

Como la adopción del precedente provoca por necesidad algunas decisiones subóptimas, una de las consecuencias que compensa este rasgo negativo es la de la predecibilidad de las decisiones judiciales. Cuando el juez debe decidir un caso de la misma forma como fueron decididos en el pasado casos similares, las partes serán capaces de anticipar el futuro, lo que las ayudará a planear sus vidas. Aun asumiendo que la predecibilidad disminuye nuestra capacidad para adaptarnos a un futuro cambiante, cualquier persona con aversión al riesgo debería favorecer la doctrina del precedente.<sup>13</sup>

También está disponible para Schauer el argumento de la equidad, desde luego: tratar igualmente los casos iguales. Lo que interesa en este argumento, sin embargo, es si las categorías de semejanza que se establezcan van a ser amplias y difusas o estrechas y precisas, puesto que cuando aumenta el grado de precisión disminuye al mismo tiempo la libertad del juez para decidir el caso.<sup>14</sup>

El argumento de la eficiencia, en cambio, me temo que convencerá más a los jueces que a los litigantes: si el juez confía en el precedente puede estudiar el caso más superficialmente, lo cual resulta eficiente pues reduce el esfuerzo de decidir.<sup>15</sup> Pero este argumento puede robustecer-

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, pags. 590 y 597.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pag. 596.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pag. 599. En el mismo sentido, Cardozo decía que "la labor de los jueces se vería aumentada casi hasta el agotamiento si cada sentencia anterior pudiera ser reconsiderada en cada caso, y uno no pudiera colocar su propio ladrillo en los fuertes cimientos de las paredes que otros empezaron a construir con anterioridad". BENJAMIN N. CARDOZO, *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1955, pag. 121.

se recurriendo al valor de la estabilidad, que se acrecienta cuando una aureola de similaridad rodea a los jueces.<sup>16</sup>

Equidad, predecibilidad, aversión al riesgo: estos son los argumentos centrales de Schauer, como vemos. Tanto él cuanto Dworkin defendieron la integridad de un modo instrumental. Porque la posición dworkiniana, como vimos, propiciaba la integridad como un medio de alcanzar los ideales de justicia y equidad, y Schauer utiliza una estrategia similar, mostrando al precedente como un medio para alcanzar ciertos valores. El caso de Kronman es muy distinto, en cambio, porque él tiene una convicción más profunda, y defiende a la integridad como un valor intrínseco: nosotros estamos obligados a honrar el pasado por el pasado mismo, a respetarlo sólo porque es el pasado que tenemos. El pasado tiene una autoridad inherente sobre nosotros.<sup>17</sup>

Kronman cree que la identidad específica de los seres humanos debe ser encontrada en el mundo de la cultura.<sup>18</sup> Si es nuestra participación en ese mundo de la cultura lo que nos distingue como seres humanos, entonces el respeto del pasado se sustenta en algo más profundo que una mera valoración instrumental del mismo, porque son las generaciones pasadas las que nos han legado ese mundo de la cultura. Debe-

---

<sup>16</sup> SCHAUER, "Precedent", cit., pags. 600 y 601.

<sup>17</sup> ANTHONY T. KRONMAN, "Precedent and Tradition", *The Yale Law Journal*, vol. 99, number 5, pags. 1037 y 1048.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pag. 1064.

mos respetar el pasado porque el mundo de la cultura que heredamos de él nos ha hecho lo que somos. El pasado no es algo que podamos elegir a nuestro arbitrio respetar o no; es ese respeto el que establece nuestra humanidad.<sup>19</sup>

De modo que la justificación de Kronman nos conduce a defender la idea de que el precedente asevera que algo debería ser hecho ahora de cierta manera, porque se hizo de esa manera en el pasado;<sup>20</sup> la corrección del precedente deriva sólo de su precedencia temporal. Esta es la defensa más fuerte de la idea de integridad: es la integridad misma la que se defiende aquí, y no los efectos que puedan derivarse de ella. Pero, sea como valor intrínseco — *a la manera de Kronman* — o como valor instrumental — *a la manera de Dworkin y Schauer* — es legítimo preguntarse si los filósofos del derecho abogan unánimemente por el respeto de este valor. La respuesta a este interrogante es — por supuesto — negativa, como ahora veremos.

## 2. ESCEPTICISMO SOBRE LA INTEGRIDAD EXTREMA

Uno de los que no aceptan la posición dworkiniana, por ejemplo, es Joseph Raz, aunque algunas de sus críticas, sin embargo, podrían ser fácilmente contestadas por un partidario de Dworkin. Cuando Raz dice — por ejemplo — que mientras algunos sistemas jurídicos exhiben una

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, pag. 1066.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pag. 1032.

considerable coherencia, esta no es una razón para suponer que todos lo hacen,<sup>21</sup> un dworkiniano respondería que la anterior es una afirmación descriptiva, mientras que las afirmaciones de Dworkin son prescriptivas, esto es, son afirmaciones que no tratan de mostrar cuál es el estado en que se encuentran de hecho los sistemas jurídicos sino el estado en el que *deberían* encontrarse.

Raz enuncia de esta forma la tesis de la coherencia para describir la naturaleza del derecho:

*El derecho de un cierto país consiste en el conjunto más coherente de principios normativos los cuales, si hubieran sido aceptados como válidos por una persona perfectamente racional y bien informada, la conducirían, de existir la oportunidad de hacerlo, a promulgar toda la legislación y a dictar todas las decisiones que fueron de hecho promulgadas y dictadas en ese país.*<sup>22</sup>

Esta forma de entender la coherencia tiene la particularidad de que la convierte en una coherencia sin apelación al pasado, puesto que la intención del legislador primitivo no juega ningún papel en la teoría.<sup>23</sup> Pero el aporte principal de Raz a la idea de la coherencia proviene de su caracterización de la coherencia en las decisiones judiciales. Sostiene aquí que dadas

---

<sup>21</sup> JOSEPH RAZ, "The Relevance of Coherence", en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pag. 287.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pag. 295.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pag. 296.

*... las reglas y doctrinas establecidas en el derecho, un tribunal debe adoptar aquella solución en el caso a resolver que sea favorecida por la más coherente de las teorías... que la justificaría si estuvieran justificadas las reglas establecidas del sistema.<sup>24</sup>*

Esta tesis no se interpreta sólo como enunciando una condición necesaria y suficiente para que la decisión judicial sea correcta, sino también de un modo más débil, esto es, como proponiendo un rasgo que sería deseable que poseyeran las decisiones judiciales.<sup>25</sup> Pronto aparece un problema, sin embargo: si suponemos que los principios morales y políticos constituyen una teoría coherente, entonces, si el derecho fuera como debería ser, los jueces alcanzarían el mismo resultado si ignoraran la coherencia y siguieran directamente las instrucciones de los principios morales y políticos. Pero como ningún sistema jurídico es perfecto, los jueces enfrentan una disyuntiva: ¿deberían tratar de arribar al mejor resultado moral, que hubiera podido alcanzarse si el derecho no fuera imperfecto, o deberían seguir la tesis de la coherencia, alcanzando así un resultado peor que el ideal?<sup>26</sup>

Ahora se puede ya vislumbrar la diferencia entre la tesis de Raz y la posición dworkiniana. Raz cree que la coherencia obliga a veces a apartarse de las soluciones dictadas por la justicia y la equidad, mientras que la posición dworkiniana cree que la integridad abarca las

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, pag. 302.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pag. 303.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pags. 304 y 305.

exigencias de la justicia y de la equidad. Raz piensa que es improbable que el derecho sea justo, equitativo y moralmente correcto en todos sus aspectos. Si el derecho habla con una sola voz – si impera la coherencia, en otras palabras – es posible que deban restringirse la justicia y la equidad, restringirse también los derechos civiles y reducir la libertad individual.<sup>27</sup>

Raz es escéptico respecto del valor de la coherencia, y cree que los jueces deberían tratar de producir el resultado moralmente más sólido.<sup>28</sup> Él advierte la posibilidad de tensión entre coherencia y justicia, y prefiere conceder un valor mayor a la justicia. La posición dworkiniana – por contraste – no acepta la posibilidad de conflicto, y en caso de conflicto Kronman se inclinaría – a diferencia de Raz – por la coherencia del sistema.

Lo que Raz cree que puede conseguirse son "bolsones de coherencia" en las distintas áreas del derecho. Dentro de un área determinada, la coherencia otorga un peso al pasado real, a la historia concreta del derecho. Pero no existe en cambio un argumento general en favor de la coherencia, tal que deba aplicarse a la solución de todos los casos a decidir.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, pag. 312.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pag. 313.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pags. 315 y 318.



También Raz pone en duda el valor que la posición dworkiniana asigna a la coherencia, basándose en la dificultad de atribuir a Dworkin mismo una posición definida acerca de la coherencia. Él advierte que cuando Dworkin pasa de examinar la integridad en la legislación a explicar al derecho como basado en la integridad, la coherencia desaparece, silenciosamente y sin comentarios<sup>30</sup> Porque Dworkin descansa más en los principios de justicia y equidad, que son —a su vez— los que proporcionan el mejor conjunto de principios capaces de explicar las decisiones jurídicas adoptadas a través de la historia de esa sociedad, sin pronunciarse acerca de si esos principios despliegan algún grado de coherencia. La integridad es sólo una de las consideraciones que deben tomarse en cuenta para determinar lo que los tribunales están obligados a hacer.<sup>31</sup>

A diferencia de la posición dworkiniana, la tesis de Raz es clara. Hay una tensión entre la coherencia, por una parte, y la justicia y la equidad, por la otra. En caso de materializarse este conflicto, Raz cree que la coherencia debe sacrificarse a las consideraciones de justicia. A su vez, él no cree que Dworkin asigne un valor léxicamente superior a la integridad, sino que piensa que —también en la posición dworkiniana— predominarían la justicia y la equidad por sobre la integridad.

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, pags. 319 y 321

<sup>31</sup> *Ibid.*, pags. 321, 322 y 324.

Raz es escéptico, entonces, respecto de dos cosas. Primero, es escéptico acerca del valor de la integridad cuando se opone a otros valores. Segundo, es escéptico acerca del valor que el propio Dworkin le otorga a la integridad. El segundo problema no debe preocuparnos mucho, sin embargo: si la posición dworkiniana no cuenta como representante de la integridad extrema, sólo tenemos que reemplazarla por la posición de Kronman, que sin duda realza el valor del precedente.

### 3. OPOSICIÓN A LA INTEGRIDAD EXTREMA

Raz no se opone decididamente a la integridad. Lo que hace es otra cosa: es expresar ciertas dudas sobre el valor de la misma como sustento de las decisiones judiciales. Pero hay opositores más drásticos, y muchos de ellos venerables, por cierto.

Hobbes, por ejemplo, denunció con vigor al precedente. El sostenía que en el acto de enjuiciamiento

*... el juez no debe sino considerar hasta qué punto concuerda con la razón natural y la equidad la demanda de la parte.<sup>32</sup>*

Y el juez debe continuar reflexionando en casos posteriores, porque

*... si más tarde y en un caso semejante considera más acorde a la equidad emitir una sentencia opuesta, está obligado a hacerlo. Ningún error de un hombre se convierte*

---

<sup>32</sup> THOMAS HOBBS, *Leviatán*, Madrid, Editora Nacional, 1979, parte segunda, XXVI, pag. 357.

*en su propia ley, ni le obliga a persistir en él. Y (por la misma razón) tampoco se convierte en una ley para otros jueces, aunque hayan jurado seguirla.*<sup>33</sup>

Hobbes rechazaba, así, toda autoridad del precedente, puesto que creía que

*... ningún ejemplo de jueces previos puede justificar una sentencia irrazonable, o descargar al juez actual del trabajo de estudiar qué es equidad (en el caso que ha de juzgar) partiendo de los principios de su propia razón natural.*<sup>34</sup>

En suma:

*... ninguna injusticia puede ser una pauta de juicio para jueces posteriores.*<sup>35</sup>

Oliver Wendell Holmes, por su parte, advirtió que hay preguntas

*... muchísimo más fundamentales, que esperan un respuesta más convincente que aquello de: "nuestros padres ya lo hacían".*<sup>36</sup>

Y continuaba advirtiéndonos que debíamos

*precavernos contra el peligro de caer en la ciega veneración del pasado, y recordar que para nuestros propósitos el único interés que el pasado puede ofrecer reside en la luz que arroja sobre el presente.*<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> HOBBS, *cit.*, pags. 357 y 358.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pag. 358.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pag. 358.

<sup>36</sup> OLIVER WENDELL HOLMES, *La senda del derecho*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1959, pag. 31.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pag. 36.

Contemporáneamente, las críticas al precedente —y a la integridad— se originaron por lo común como resultado de las tesis de Dworkin, y las más agudas provienen de un trabajo de Alexander y Kress, quienes piensan que siempre es mejor seguir los principios morales correctos.

Ellos describen los principios jurídicos dworkinianos como aquellos que justificarían la mayor parte del derecho positivo, y que son los mejores principios morales que pueden encontrarse entre aquellos que alcanzan el nivel necesario de ajuste con el derecho.<sup>38</sup> Son los principios morales los que determinan cuál de los conjuntos de principios jurídicos que se ajustan al derecho existente es el mejor conjunto de principios jurídicos.<sup>39</sup>

La objeción central de Alexander y Kress a los principios jurídicos dworkinianos es que ellos carecen, a la vez, de las virtudes de corrección moral que caracteriza a los principios morales, y de la certeza y autoridad de las normas jurídicas. En la línea del razonamiento de Hobbes, observan que los precedentes sólo establecen una diferencia cuando el juez ha cometido un error. Y se preguntan, consecuentemente, cuál puede ser la justificación de una doctrina que le concede a la gente el derecho a obtener las mismas decisiones incorrectas que se adoptaron en el pasado, pero es al mismo tiempo incapaz de tener influencia

---

<sup>38</sup> LARRY ALEXANDER & KEN KRESS, "Against Legal Principles", 82 *Iowa Law Review* (1997), pag. 744.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pag. 747.

cuando el juez adopta una decisión correcta.<sup>40</sup> Por eso piensan que enfrentamos una alternativa: o los principios jurídicos son principios morales correctos, o no son nada.

Los principios jurídicos dworkinianos, según Alexander y Kress, son los que sustentan la integridad, y constituyen una respuesta poco atractiva respecto de decisiones pasadas erróneas. Voy a resumir sus principales objeciones, las cuales — desde luego — podrían — con cierta adaptación — aplicarse — al menos parcialmente — a la tesis de Kronman.

a) Los principios jurídicos producen resultados diferentes a los que producirían principios morales correctos.

b) Los principios jurídicos ni siquiera tienen las virtudes consecuencialistas de las normas, las cuales — aunque capaces de producir resultados morales incorrectos en casos particulares — pueden producir en balance mejores resultados morales.<sup>41</sup>

c) Los principios jurídicos producen retroactividad en el derecho.<sup>42</sup>

d) El método por el cual los principios jurídicos son derivados requiere el ajuste de ellos con el derecho existente. Pero el ajuste no es

---

<sup>40</sup> ALEXANDER & KRESS, *cit.*, pag. 760.

<sup>41</sup> Un utilitarista de reglas podría defender sobre estas bases a las normas jurídicas, mientras que un utilitarista de actos no podría hacerlo.

<sup>42</sup> Vuelvo luego sobre este tema en la sección 6.

suficiente en sí mismo para producir principios jurídicos (puesto que un número indefinido de principios diferentes pueden ajustarse a cualquier conjunto de materiales jurídicos), ni es capaz por sí mismo de acotar su complemento necesario de aceptabilidad moral.

e) Si los principios jurídicos se comportan igual que los principios morales correctos son superfluos, y si se comportan de manera distinta son moralmente perniciosos.<sup>43</sup>

La consecuencia de estas objeciones es que Alexander y Kress piensan que no hay ninguna razón para extender al futuro decisiones judiciales pasadas que son incorrectas, apartándose para hacerlo de los principios morales correctos. Por lo tanto, se necesita un argumento para abandonar los principios morales correctos cuando ellos entran en conflicto con los principios jurídicos, y no basta la simple afirmación de que los principios jurídicos escuchan el pasado y siguen sus rastros. La decisión del juez debe servir a la justicia, aunque no se ajuste bien al derecho existente.<sup>44</sup>

Hay otra consecuencia que se sigue de las objeciones que he expuesto, la cual, si bien es sólo marginal, me interesa para la idea que desarrollaré en la siguiente sección: si debemos aceptar la integridad como una

---

<sup>43</sup> ALEXANDER & KRESS, *cit.*, pags. 768 y 769.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pags. 769 y 781.

virtud política específica, deberíamos adoptar la versión de ella que sea la más débil posible.<sup>45</sup> A eso voy.

#### 4. ACEPTANDO LA INTEGRIDAD MODERADA

Las objeciones que acabo de examinar se originaron en la tesis dworkiniana, y se aplican también —de alguna manera, y adaptación mediante— a la idea defendida por Kronman. En ambos casos, he descrito las tesis como defensoras de una identidad extrema. Ahora es el momento de acotar la tesis y examinar una propuesta en favor de la integridad moderada.

Esta es la posición que favorece Postema, quien comienza reconociendo el dilema que ya había planteado Hobbes: el precedente pretende fidelidad precisamente cuando menos la merece, lo cual significa que los jueces están moralmente obligados a seguir principios moralmente incorrectos. Y, ¿cómo puede un principio equivocado justificar una decisión posterior?<sup>46</sup>

Para comenzar a resolver este problema, Postema proporciona los que para él constituyen los rasgos centrales de la integridad:

---

<sup>45</sup> ALEXANDER & KRESS, cit., pag. 775.

<sup>46</sup> GERALD J. POSTEMA, "Integrity: Justice in Workclothes", en Justine Burley (ed.), *Dworkin and his Critics*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004, pags. 291 y 292.

a) La integridad es una norma unificadora, la cual es requerida por una unidad social fundamental: expresa la profunda e importante suposición de la unidad de la comunidad.

b) Los principios que busca la integridad son principios de justicia. El concepto de justicia otorga forma y dirección al intento de la integridad de lograr una unidad del pasado y el presente de la comunidad.

c) La integridad requiere de los funcionarios y de los ciudadanos que entiendan su práctica como la expresión de un conjunto coherente de principios, pero entendiendo la noción de coherencia de un modo deliberadamente vago. No se trata de que la coherencia sea deseable en sí misma, de modo que cuanto más coherente sea el conjunto de principios, mayor será la integridad de la práctica en cuestión.

d) La integridad es esencialmente histórica; busca forjar una visión común de la justicia a partir de las decisiones públicas ( y acciones) pasadas de la comunidad.

e) La integridad requiere de los funcionarios y ciudadanos que busquen principios de justicia comunes y públicos en su pasado común. Las decisiones y acciones pasadas proporcionan un fondo común de recursos, una herencia disponible para cada miembro de la comunidad,



no sólo para sus propósitos privados sino para forjar un futuro común que sea justo.<sup>47</sup>

Pero, como he anticipado, la noción de integridad que defiende Postema es una noción moderada, y la moderación se aprecia al examinar la relación que él postula entre la integridad y el arrepentimiento. Lo que la integridad reclama es un balance entre el respeto por las prácticas pasadas y el arrepentimiento por la incorrección de algunas de tales prácticas. Ella se hace evidente en la forma en la cual buscamos restaurar el equilibrio entre la acción y los principios.

La integridad reclama a veces reconocer la violación de un principio, así como resistir la tentación de abandonar el principio, o reajustarlo para acomodar su violación, actuando responsablemente para restaurar el equilibrio. No podemos tomar siempre a las acciones pasadas como fijas, y preguntar luego sólo a qué principios responden. Lo que la integridad pretende es aislar los puntos ofensivos que se encuentran en el cuerpo del derecho, y limitar su influencia, especialmente su influencia en las decisiones presentes. Pretende, asimismo, reconocer — y corregir— el legado de decisiones ofensivas en el cuerpo del derecho. Esta tarea, reconoce Postema, de algún modo compromete la coherencia del derecho.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> POSTEMA, *cit.*, pags. 294 y 295.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pags. 296 y 297.

La noción que Postema tiene de la integridad se vincula con la idea de fidelidad. Parte de la idea de que las decisiones pasadas representan una suerte de capital social en la sociedad política. La fidelidad consiste en mantener la fe respecto de un pasado común, pero requiere sólo un respeto crítico acerca del pasado. Exige una actitud compleja hacia el pasado, una combinación de respeto y arrepentimiento (frente a decisiones pasadas erróneas).<sup>49</sup>

Finalmente, Postema cree que el derecho proporciona un medio natural para buscar la justicia del modo que la integridad prescribe. Porque el derecho es una estructura del razonamiento práctico que relaciona la justificación pública de decisiones y acciones a decisiones y acciones que pertenecen al pasado de la comunidad. Sólo si el derecho está regido por los requerimientos y la disciplina de la integridad puede pretender legitimidad en los casos en los cuales existe un desacuerdo profundo y fundamental acerca de la justicia.<sup>50</sup>

Como puede apreciarse, la principal contribución de Postema está representada por la noción de arrepentimiento, que es la que convierte su posición acerca de la integridad en una posición moderada. El arrepentimiento es lo que separa sustancialmente a Postema de Kronman. No es

---

<sup>49</sup> POSTEMA, *cit.*, pags. 307 y 308. Una idea similar aparece en Cardozo, cuando dice que él está dispuesto a conceder que "la regla de adhesión al precedente, aunque no debería ser abandonada, tendría que relajarse en cierto grado", y cuando recuerda la "tendencia a subordinar el precedente a la justicia". CARDOZO, *cit.*, pags. 122 y 131.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pag. 312.

tan fácil, en cambio, apreciar lo que lo separa de la posición dworkiniana. Por el contrario, sus reiteradas referencias a la justicia, en relación con la integridad, parece identificar a ambas teorías. Pero creo que la diferencia radica en que Postema postula la integridad sólo para determinadas circunstancias, y que en ellas podría resultar natural relacionarla con la justicia. Me ocupo de esto en la próxima sección.

#### 5. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA INTEGRIDAD

Tanto la posición dworkiniana como la tesis de Kronman parecen postular la búsqueda de la integridad en todas las circunstancias concebibles.<sup>51</sup> Para Kronman, esto puede representar una dificultad cuando la justicia está ausente en las decisiones judiciales anteriores. Para la posición dworkiniana la dificultad es muy semejante: ¿cómo vincular la integridad con la justicia cuando la justicia está ausente en los precedentes que se invocan? Postema no enfrenta este problema porque sólo cree que la integridad debe buscarse en determinadas circunstancias.

Hablar de las circunstancias de la integridad, por supuesto, trae de inmediato a la memoria las reflexiones de Hume sobre las circunstancias de justicia. Famosamente, Hume dijo en el *Tratado* que

---

<sup>51</sup> Aunque no me opondría de modo definitivo a una interpretación que dijera que ambos aceptan —implícitamente— las circunstancias de la integridad.

*... si cada hombre tuviera una amable consideración para con los demás, o si la naturaleza supliera todas nuestras necesidades o deseos, no podrían originarse ya los conflictos de intereses que supone la justicia ni serían ya necesarias todas esas limitaciones de propiedad y posesión que al presente usan los hombres. Elevad hasta un grado suficiente la benevolencia de los hombres o la bondad de la naturaleza y haréis que la justicia se convierta en algo inútil, supliendo su lugar mediante virtudes mucho más nobles y bienes más valiosos.<sup>52</sup>*

Las circunstancias en las que tiene sentido preguntarse por la justicia, entonces, presuponen una escasez en los dones de la naturaleza y en la benevolencia de los seres humanos. Pero, en el otro extremo, Hume nos pide que imaginemos una sociedad

*... que ha caído en tal carencia de todo lo que resulta necesario, que la más absoluta frugalidad e industriosidad no puede salvar al mayor número de sus miembros de perecer, y a la totalidad de ellos de la miseria extrema...Creo, se admitirá, que las leyes estrictas de la justicia están suspendidas en una emergencia de tanta fuerza...<sup>53</sup>*

Y agrega:

*Supongamos que fuera el destino de un hombre virtuoso caer en una sociedad de rufianes, alejado de la protección del derecho y del gobierno...(S)u concepción particular acerca de la justicia ya no tiene utilidad para su propia seguridad, o la de los demás, y él debe consultar sólo los dictados de la auto-preservación.<sup>54</sup>*

<sup>52</sup> DAVID HUME, *Tratado de la Naturaleza Humana*, Madrid, Editora Nacional, 1977, libro tercero, parte II, tomo 2, pag. 721.

<sup>53</sup> DAVID HUME, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, La Salle, Illinois, Open Court, 1966, parte III, pag. 18.

<sup>54</sup> HUME, *An Enquiry...*, cit., pags. 19 y 20.

Las circunstancias en las que tiene sentido preguntarse por la justicia, entonces, presuponen también una cierta provisión, tanto de dones de la naturaleza, cuanto de benevolencia en los seres humanos.

¿Cuáles son, a su vez, las circunstancias en las que tiene sentido preguntarse por la integridad? Esta es la pregunta que responde Waldron. Las circunstancias de la integridad no deben ser confundidas con ninguna teoría específica acerca de la integridad: son las condiciones que permiten que se aplique *cualquier* teoría acerca de la integridad.

¿Y cuáles son los rasgos que deben estar presentes en el mundo real para que la integridad sea practicable? Waldron cree que los que deben evitarse son dos extremos, el de la utopía, por una parte, y el de la pesadilla, por la otra. Un mundo utópico es aquel en el cual los funcionarios gubernamentales (incluyendo los jueces) llevan siempre a cabo lo que es justo y equitativo. Es el equivalente del mundo de abundancia y benevolencia, en el escenario de Hume. En cambio, lo que se requiere para que la integridad juegue un papel es variedad y disonancia en materia de concepciones de justicia. Este es el equivalente de la escasez moderada, de la que hablaba Rawls para referirse a las circunstancias de justicia.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, pag. 127: "Los recursos, naturales y de otro tipo, no son tan abundantes como para que los esquemas de cooperación se tornen superfluos".

Un mundo de pesadilla es aquel en el cual las instituciones y los criterios vigentes en la sociedad sean tan caóticos en su origen y tan inconsistentes en su ideología como para tornar imposible la coherencia.<sup>56</sup> Es el equivalente del mundo de miseria extrema de Hume, donde la justicia no desempeña ningún papel. Mientras que si la integridad va a ser practicable, los puntos de vista rivales acerca de la justicia que están vigentes en la sociedad no deben ser directamente contradictorios los unos con los otros.<sup>57</sup>

Desde luego que las circunstancias de la integridad incluyen la existencia de desacuerdos acerca de lo que es justo o injusto. Pero no se trata de que la justicia y la integridad entren en conflicto, porque —según Waldron— la integridad es un valor político que se entiende con la justicia desde una posición definida por la necesidad de enfrentarse con el hecho de que diversas decisiones respecto de las cuales la sociedad se ha comprometido han sido efectuadas sobre la base de concepciones de justicia diferentes y conflictivas. La integridad no compete entonces con la justicia, sino que es un valor que entra en juego cuando el lugar asignado a la justicia en la vida de la comunidad está cubierto por concepciones de la justicia divergentes y en competencia.<sup>58</sup> No necesito resaltar que esta concepción se aparta aquí radical-

---

<sup>56</sup> JEREMY WALDRON, "The Circumstances of Integrity", *Legal Theory* 3 (1997), pags. 3, 6 y 8.

<sup>57</sup> WALDRON, *cit.*, pag. 8.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pag. 12.

mente del modo en que la posición dworkiniana concibe la relación entre justicia e integridad.

Pero las circunstancias de la integridad, como resulta claro, imponen un límite a las concesiones que un individuo está dispuesto a hacer —en nombre de la integridad— frente a su concepción de la justicia. Un individuo, en efecto, puede advertir que sus sentimientos morales frente a alguna injusticia potencial son tan intensos que sobrepasan al sistema político que le exige elaborar un curso común de acción con sus oponentes. Y Waldron piensa que lo mismo puede acontecer al nivel de la sociedad total, al menos si el conflicto acerca de la justicia es tal que los principios usuales de decisión ya no son aceptables para una de las partes, o para ambas. En estos casos puede llegarse a una secesión pacífica, o a una guerra civil, pero no a un caso en el cual se obtengan las condiciones de la integridad. Porque no puede garantizarse que los individuos querrán siempre perseverar en su pertenencia a la comunidad, y compartir el poder con aquellos cuyos puntos de vista acerca de la justicia ellos rechazan.<sup>59</sup>

Ahora creo que disponemos de un panorama más completo de la integridad. Por un lado, estamos en condiciones de distinguir entre la integridad extrema y la integridad moderada, matizada por el arrepentimiento. Por el otro, sabemos cuales son las circunstancias que deben

---

<sup>59</sup> WALDRON, *cit.*, pags. 21 y 22.

estar presentes para que tenga sentido hablar de la integridad. Aceptando, por supuesto, las circunstancias de la integridad, voy a optar por la versión moderada de ella. Desde esta posición, voy a examinar la forma como algunos casos paradigmáticos se han entendido con la integridad en la jurisprudencia norteamericana y en la argentina. Pero antes resta afrontar un problema que solamente me he limitado hasta ahora a esbozar, y que constituye otro obstáculo para la integridad.

#### 6. EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD

Expuse en la sección 3 las dudas de Alexander y Kress acerca de la integridad, y mencioné entre ellas la posibilidad de que ella conduzca a una suerte de retroactividad legal. Este problema merece un análisis más profundo, especialmente porque Dworkin le reprocha al positivismo el tolerar que se le prive a sus individuos de su propiedad "mediante un acto de discreción judicial aplicada *ex post facto*",<sup>60</sup> y la crítica consiste aquí en señalar que la propia teoría de Dworkin conduce a similares —o peores— resultados.

Las decisiones judiciales modifican el derecho establecido, y a menudo ese derecho es modificado en el tiempo que transcurre entre el acaecimiento de los hechos y la decisión judicial acerca de ellos. Esta es una aplicación retroactiva de la ley, y la crítica sostiene que la posición

---

<sup>60</sup> RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, pag. 30.



dworkiniana no respalda al derecho que la parte que prevalece tenía cuando acaecieron los hechos, sino el derecho — posiblemente distinto — existente al tiempo de la decisión judicial.<sup>61</sup>

Más aún: el alcance de la retroactividad es mayor de lo que cabría esperar a primera vista, debido al denominado "efecto expansivo" de las decisiones judiciales. Cada decisión judicial es capaz de modificar los principios en virtud de los cuales deben decidirse nuevos casos, aún no decididos. Cada vez que el precedente desempeña un papel ocurre el efecto expansivo, provocando aplicaciones retroactivas del derecho, porque lo que muestra el argumento del efecto expansivo es que los derechos que existen al tiempo que ocurre el hecho que es juzgado pueden diferir de los derechos existentes al momento en que el caso es decidido.<sup>62</sup>

Y la posición dworkiniana acepta una retroactividad que es todavía más grave que la que ella misma reprocha a Hart. Porque en el positivismo de Hart el litigante que fracasa en su juicio no puede sostener que se le ha *cambiado* el derecho, sino solamente que se ha decidido en contra de él lo que antes era una cuestión abierta. En la posición dworkiniana, en cambio, el litigante es sujeto a una legislación retroactiva que *desplaza*

---

<sup>61</sup> KENNETH J. KRESS, "Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions", *California Law Review*, vol. 72 (1984), pag. 380.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pags. 381, 383 y 384.

al resultado previamente exigido.<sup>63</sup> Este es por cierto un problema para la teoría del precedente, esto es, para la teoría de la integridad.<sup>64</sup>

Una manera de acotar esta crítica consiste en efectuar una distinción entre dos requerimientos diferentes: por una parte, el requerimiento de que los casos iguales deben ser decididos igualmente, y por la otra, los requerimientos que impone la doctrina del precedente. Mientras el requerimiento de que los casos iguales sean decididos igualmente le otorga igual peso a los casos reales que a los casos hipotéticos, la doctrina del precedente impone una exigencia adicional: que los casos reales tengan más peso que los hipotéticos para determinar cómo se deciden igualmente los casos.<sup>65</sup>

Supongamos que entre el momento en que se inicia un juicio y el momento en que va a ser resuelto se dicta una decisión acerca del mismo tema. Si todo lo que nos interesa es que los casos iguales se decidan igualmente no enfrentamos aquí un problema de retroactividad, sen-

<sup>63</sup> KRESS, *cit.*, pags. 389 y 390.

<sup>64</sup> No todo el mundo lo considera un problema, sin embargo Cardozo, por ejemplo, dice que "como quiera que ha surgido una oposición entre temperamentos contrapuestos y debe ser de alguna manera resuelta, no se puede hacer otra cosa, a falta de una norma ya existente, que instituir alguna autoridad que cree esa norma después que el hecho haya tenido lugar. Alguno debe ser el perdedor...". Y agrega que en cada sistema "debe resultar, de vez en cuando, una injusticia como consecuencia de aplazar la regla de acción hasta el momento en que la acción se halla madura", pero recuerda también que "en la gran mayoría de los casos el efecto retrospectivo del Derecho Judicial se siente porque no contiene ninguna injusticia, o porque contiene solamente aquellas injusticias que son inevitables cuando no hay ninguna norma establecida". CARDOZO, *cit.*, pags. 116, 118 y 119.

<sup>65</sup> S. L. HURLEY, "Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, number 2, pags. 234 y 235.

cillamente porque lo más probable es que el caso recién decidido (en la realidad) ya hubiera sido decidido (hipotéticamente) antes de la iniciación del litigio. De acuerdo a este requerimiento, un caso puede estar tan decidido cuando se lo resuelve hipotéticamente (a título de ejemplo) que cuando se lo resuelve en la realidad.<sup>66</sup>

Como puede advertirse, esta no es una defensa de la doctrina del precedente, porque para la doctrina del precedente los únicos casos que interesan desde el punto de vista de su fuerza obligatoria son los decididos en la realidad. Es por eso que la idea de que recurramos sólo a la exigencia de que los casos iguales sean tratados igualmente, y que prescindamos del requerimiento accesorio del precedente de que se trate de casos reales, se presenta a sí misma como una concepción *revisionista* del derecho.<sup>67</sup>

No es mi propósito aquí estudiar las virtudes eventuales de la posición revisionista, puesto que lo que estoy examinando es el atractivo

---

<sup>66</sup> HURLEY, *cit.*, pag. 241. Hart es uno de los autores que más ha enfatizado la idea de que el decidir igualmente los casos iguales es un elemento central en la idea de justicia. Pero él aprecia la dificultad de establecer cuales son las similitudes y las diferencias que deben resultar relevantes para la decisión del caso, y respecto de la aplicación del derecho cree que el derecho mismo las determina. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pags. 159 y 160. Pero Hart parece creer que el decidir igualmente los casos iguales es un rasgo relevante en todas las áreas del derecho, mientras que Winston discrepa con él. Piensa que el principio se aplica, por ejemplo, en situaciones de distribución, en las cuales es muy difícil establecer lo que es justo, y en las que el principio es una protección frente a potenciales arbitrariedades. Y también se aplica en el área del derecho penal, en la cual aumenta la previsibilidad. Pero Winston cree que no se aplica, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Cfr. KENNETH I. WINSTON, "On Treating Like Cases Alike", *California Law Review*, vol. 62 (1974), pags. 36 y 39.

<sup>67</sup> *Ibid.*, pag. 244.

—y alcance— del precedente, y respecto de la doctrina del precedente esta retroactividad que he mencionado puede indudablemente aparecer. Un camino hacia la solución puede consistir en distinguir entre tres tipos de casos: a) litigios civiles y comerciales; b) litigios penales, en los cuales el nuevo decisorio no condena actos anteriormente condenados, y c) litigios penales, en los cuales el nuevo decisorio condena actos anteriormente no condenados.

El caso a) presenta pocos problemas, porque la retroactividad en materia civil no es generalmente condenada. La única previsión que corresponde adoptar es que los gastos del juicio no recaigan íntegramente en quien decidió litigar basándose en la jurisprudencia existente al momento en que se inició la causa. El caso b) tampoco presenta problemas, porque es generalmente aceptada la retroactividad de cualquier legislación penal más benigna. La dificultad, desde luego, aparece en el caso c). La retroactividad de la ley penal más severa es generalmente condenada, y en muchos países está expresamente prohibida por la Constitución. En este caso, no podría condenarse ningún acto que no estuviera condenado por la jurisprudencia vigente al momento en que se lo llevó a cabo. Pero este mínimo ajuste que sugiero no socava, desde luego, la plausibilidad general de la doctrina del precedente.

#### 7. EL JUEZ NORTEAMERICANO FRENTE A LA INTEGRIDAD

Ahora sí llegó el momento de entendernos con la jurisprudencia norteamericana. Un caso paradigmático para apreciar las exigencias de la integridad

es el de *Mac Pherson vs. Buick Motor Co.*,<sup>68</sup> y especialmente en él el voto del juez Cardozo. No es casualidad que se trate de uno de los ejemplos favoritos de Dworkin cuando trata el tema de la integridad.

Los hechos son los siguientes: Buick Motor fabricaba automóviles y vendió uno de ellos a un revendedor, quien lo volvió a vender, esta vez al actor. Estando el actor en el automóvil, el vehículo se rompió, porque una de sus ruedas estaba construida con madera defectuosa. Estos defectos podrían haber sido descubiertos mediante una inspección razonable, pero esa inspección no fue efectuada, aunque nadie alegó que Buick hubiera ocultado deliberadamente el defecto del vehículo. El actor resultó lesionado en el suceso.

El precedente que Cardozo estaba obligado a tomar en cuenta era el de *Thomas vs. Winchester*, en el cual un veneno fue rotulado erróneamente, y vendido luego a un farmacéutico quien — a su vez — se lo vendió luego a un cliente. El cliente demandó al vendedor original y ganó el juicio. Pero el tribunal fue estricto en su examen del caso, pues sostuvo que el veneno podía lesionar a cualquier persona, y el deber de evitar el daño surgía del hecho de que el peligro podía preverse.

Cardozo sostenía que el principio establecido en *Thomas vs. Winchester* no estaba limitado a venenos, explosivos o cosas parecidas, que fueran

---

<sup>68</sup> 217 N.I. 382, 111 N.E. 1050; utilizo la versión que aparece en la traducción de JULIO CUETO RUA, *El Common Law*, Buenos Aires, La Ley, 1957.

implementos normales de destrucción. Enfrentaba sin embargo un problema arduo, porque el presidente del tribunal que decidió *Thomas vs. Winchester* había dicho expresamente que "Si A construye un carro y lo vende a B, quien se lo vende a C y C se lo alquila a D, quien, como consecuencia de la negligencia grave de A al construir el carro, es despedido y lesionado, D no puede demandar daños contra A, el fabricante. La obligación de A de construir el carro fielmente surge solamente de su contrato con B". Es decir que el tribunal de *Thomas vs. Winchester* parecía enunciar el principio de que la responsabilidad extracontractual podía aplicarse solamente en el caso de cosas intrínsecamente peligrosas. Y si el tribunal no consideraba intrínsecamente peligroso a un carro, no podía considerarse como tal a un automóvil.

Cardozo comenzó de manera pausada a expandir los límites del principio en cuestión. Recordó, por ejemplo, que en *Devlin vs. Smith* un constructor había fabricado un andamio para un pintor. Los empleados del pintor resultaron lesionados por las deficiencias del andamio, y el constructor fue declarado responsable, pues sabía que un andamio construido impropriamente era una trampa peligrosa. De allí pasó a *Statler vs. Ray Mfg. Co.*, en el cual la demandada fabricó una máquina de hacer café, que fue luego instalada en un restaurante, donde explotó y lesionó al actor. El tribunal declaró aquí responsable al fabricante.

Sobre la base de estos dos casos Cardozo avanzó afirmando que un andamio no es inherentemente un objeto destructivo, ni nadie piensa

en una máquina de hacer café como si fuera un implemente cuya función normal es la destrucción. Sostuvo entonces que era posible que tanto *Devlin* cuanto *Statler* hubieran extendido la norma de *Thomas vs. Winchester*, y en este punto invoca por primera vez expresamente a la integridad cuando dice: "Si es así, este tribunal se encuentra comprometido por la extensión". La extensión consistía en sostener que si la naturaleza de una cosa es tal que es razonablemente cierto que ha de colocar la vida y los órganos de una persona en peligro cuando es hecha negligentemente, entonces es una cosa peligrosa. Claro está que debe haber un peligro que no sea meramente posible, sino probable, pero si el fabricante es negligente cuando el peligro puede ser previsto, la consecuencia será su responsabilidad.

Hasta aquí Cardozo respeta a la perfección la idea de la integridad. Examina el precedente original, establece su alcance, examina luego precedentes posteriores, y concluye que el alcance del precedente original se ha extendido, y que la integridad obliga ahora al tribunal a respetar ese principio extendido.

Pero Cardozo no desea ocultar que existen precedentes que pueden ser interpretados como contradiciendo este principio. En *Cadillac Co. vs. Johnson*, por ejemplo, el tribunal sostuvo que un automóvil no estaba comprendido en el principio de *Thomas vs. Winchester*. Cardozo trata de salvar la identidad en este caso recordando que hubo en el decisorio una vigorosa disidencia. Respecto de otros casos, cree que ellos pueden

ser reconciliados con su solución sobre la base de que la negligencia fue muy remota, pudiendo haber intervenido otra causa. E intenta todavía una reconciliación más ambiciosa cuando señala que "aun cuando no puedan ser reconciliados, la diferencia se encuentra más bien en la aplicación del principio, que en el principio en sí mismo".

¿Cuál es la moraleja que propongo que se extraiga del voto de Cardozo en *Mac Pherson vs. Buick Motor Co.*? Ciertamente no es la de que el caso fue bien fallado (aunque creo que lo fue). El ejemplo de Cardozo no radica en la solución del caso, sino en la forma en que arribó a ella, en un constante diálogo con el pasado, tratando de reconciliar las decisiones anteriores con la que iba a adoptar en el tema que estaba resolviendo, buscando un principio armónico que abarcara todas las decisiones, intentando explicar incluso algunas decisiones que parecían contradecir al principio, respetando siempre —en otras palabras— a la integridad.

Es muy posible que Cardozo se hubiera negado a aceptar —desde un comienzo— una solución distinta a la que él propiciaba. Pero hizo el esfuerzo de dialogar con los jueces anteriores, y fue un esfuerzo exitoso: el resultado fue una decisión que podía ser exhibida como respetando el pasado. Si no hubiera tenido éxito en esta tarea, tampoco hubiera sido necesario que Cardozo ignorara el pasado. Le quedaba el recurso de adherir a una versión moderada de la integridad, recurrir al arrepentimiento, y afirmar que el precedente que lo obstaculizaba estaba mal



decidido. Claro que esta solución no está disponible para los jueces en la mayoría de los casos, porque si el arrepentimiento judicial fuera la regla la integridad quedaría destruida en todas sus versiones, extremas y moderadas. Pero lo que quiero mostrar es que recurrir al arrepentimiento no es descreer de la integridad, porque el juez no rehúsa el diálogo con el pasado, no desdeña tomar el pasado en cuenta.

#### 8. EL JUEZ ARGENTINO FRENTE A LA INTEGRIDAD

En Argentina el panorama no es el mismo. Voy a examinar tres fallos de la Corte Suprema que tuvieron una gran importancia para entenderse con dos graves crisis económicas, que afectaron al país con aproximadamente doce años de distancia entre ellas. Para simplificar las cosas, voy a suponer —lo que no es exacto— que la primera situación carecía de antecedentes, de manera que no intentaré mostrar si el primer fallo que comentaré respetaba o no la integridad. Lo que haré —en cambio— es analizar el tema de la integridad a partir de ese fallo.

El primero de esos fallos fue el caso *Peralta*.<sup>69</sup> En una época de expectativas hiperinflacionarias, muchos argentinos depositaron su dinero a corto plazo en los bancos, a fines del año 1989, atraídos por tasas de interés enormemente elevadas. Una decisión del Poder Ejecutivo dispuso retener los depósitos en los bancos y restituir bonos a

---

<sup>69</sup> Peralta, Luis A., "Estado Nacional", 27/12/90.

cambio de ellos, que se cobrarían en un plazo de diez años. La Corte comenzó recordando que una crisis económica podía poner en peligro la unión nacional, por lo que para salvaguardar los intereses generales se podía — sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales— postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos.

Pero la Corte puso repetido énfasis en que debía tratarse de una medida temporal, y limitada al plazo indispensable para que desaparecieran las causas que hicieron necesaria la moratoria. Esto es: las leyes no eran inconstitucionales cuando se limitaban a "no suspender indefinidamente la ejecución de los derechos del acreedor", siempre — a la vez— que no dificultaran "el cumplimiento de las obligaciones con plazos excesivamente largos". La suspensión, entonces, debía ser temporal; la postergación de los derechos, dijo la Corte, debía ser sólo transitoria, debía tratarse de una norma que no privara a los particulares de los beneficios legítimamente reconocidos, y que sólo limitara "temporalmente la percepción de tales beneficios". Uno de los argumentos que la Corte enunció explícitamente fue el que tales normas no constituían una "quita" respecto de la propiedad de los actores.

En resumen: lo que la Corte sostuvo en Peralta fue que: a) Debíamos estar en presencia de una crisis, y de una crisis de magnitud. Por eso se preguntó en el fallo qué beneficio hubieran obtenido los actores llevándose su dinero hacia la vorágine del proceso inflacionario; b) En ese

contexto el Estado estaba autorizado a inmiscuirse en el patrimonio de los actores, pero únicamente con medidas que constituyeran una postergación de sus beneficios, pero no una quita de ellos.

Así las cosas, la Corte se enfrentó con un problema similar doce años más tarde en el caso *Smith*.<sup>70</sup> Esta vez, una ley autorizó al Poder Ejecutivo — por un plazo cercano a los dos años — a "reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución", lo que incluía un cronograma de vencimientos reprogramados de los depósitos existentes en el sistema bancario", lo que implicaba — en definitiva — mantener la indisponibilidad de esos depósitos.

La Corte no discutió que el país enfrentaba una crisis económica, ni tampoco el fundamento de las normas de emergencia (por el contrario, en este último aspecto mencionó como precedente el caso *Peralta*). En cambio, sostuvo que el derecho a disponer de los fondos invertidos o depositados en entidades bancarias y financieras se sustentaba en los principios de la Constitución, por lo que condicionar o limitar ese derecho afectaba la intangibilidad del patrimonio.

A continuación la Corte señaló que las circunstancias de *Smith* "exceden en mucho las que se presentaron por cierto en la causa *Peralta*", pero no mostró exactamente cuáles eran esas diferencias. Porque, de

---

<sup>70</sup> Smith, Carlos A., "Poder Ejecutivo Nacional", 1/2/02.

acuerdo al razonamiento de la Corte, en ambos casos parecía estarse ante una reprogramación de la forma como los depositantes recuperarían su dinero. Sin embargo, existía una diferencia importante entre *Peralta* y *Smith*: en *Peralta*, los depositantes recuperaban su dinero, tarde –sí– pero en moneda estable. En *Smith*, en cambio, recuperaban su dinero pero en moneda devaluada. Pero la mayoría de la Corte se privó de emplear este argumento, porque expresó que la modificación del régimen cambiario (centro –como he dicho– de la diferencia entre *Peralta* y *Smith*) era un "extremo que a esta Corte no le compete juzgar desde que no es materia de debate en el presente". No obstante, si no se otorga un papel en el debate al régimen cambiario (el dólar triplicó su valor en Argentina en los tres primeros meses del año 2002) es difícil afirmar que *Peralta* es un caso distinto a *Smith* y que no puede ser empleado como precedente de éste.

El que indicó con todo acierto la diferencia entre *Peralta* y *Smith* fue el juez Fayt en su voto. Allí dijo que, a diferencia de lo que ocurría en *Peralta*, en *Smith* no se preservaba, sino que se destruía el valor de la moneda, que "es lo que interesa y no puede perderse de vista sin riesgo de incurrir en conclusiones equivocadas".

En suma: si no tomamos en cuenta el valor de la moneda, *Peralta* es igual a *Smith*. No respetar *Peralta* requiere una explicación, mostrando que *Smith* es un caso de arrepentimiento respecto de *Peralta*. Si se toma en cuenta el valor de la moneda, *Peralta* no es igual a *Smith*, y el

Tribunal, al mostrar la diferencia, está eximido de considerar al primero de ellos como precedente. Si se incluye en el razonamiento el valor de la moneda, entonces la decisión de *Smith* no es violatoria de la integridad.

Por último, y de los tres casos que dije que iba a considerar, *Bustos* es el más difícil de reconciliar con la integridad,<sup>71</sup> porque se trata de un caso que es consecuencia de la misma crisis que motivó *Smith*, de modo que no puede invocarse ninguna diferencia en los hechos entre ambos casos. No hay estrictamente una "opinión de la Corte" en *Bustos*, sencillamente porque los cinco jueces que constituyeron la mayoría en ese caso necesitaron cuatro votos para expresar sus argumentos. De un modo algo artificial, entonces, voy a entender que la opinión de la Corte está representada aquí en el único voto que logró dos adhesiones.

En él nuevamente se hace referencia a la crisis económica, sosteniéndose que ella justifica una interpretación más amplia de las facultades atribuidas constitucionalmente al legislador. El problema es ahora —nuevamente— el del valor de la moneda, que el voto mayoritario en *Smith* había soslayado. La Corte en *Bustos* mantuvo que la restitución de los depósitos en pesos era razonable "mientras que el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario", y afirmó que los peticionantes no habían demostrado que el reintegro ofrecido por el Estado "no alcance a cubrir el mismo

---

<sup>71</sup> Bustos, Alberto R., "Estado Nacional", 26/10/04.

poder adquisitivo del dinero depositado". Recordó también el Tribunal que los bonos con los que el Estado pretendía reemplazar los dólares depositados tenían plazos "bastante más cortos" que los bonos ofrecidos en *Peralta*.

El juez Fayt volvió a mostrarse escéptico en este aspecto, y recordó otra vez que aquí no se preservaba, sino que se destruía el valor de la moneda, lo que no podía perderse de vista. Dijo Fayt que "la conversión en pesos de los depósitos en moneda extranjera...permite que el depositario —deudor de la obligación de devolver el mismo bien que le fue entregado— cumpla con ella, entregando un bien de valor sensiblemente inferior". Mientras que para la mayoría de la Corte parecía no haber una quita, para el juez Fayt claramente la había.

Esta semeja ser una divergencia predominantemente empírica, por lo cual —en principio— no sería fácil decidir si la integridad estaba o no afectada. Pero hay un aspecto de la opinión de la mayoría de la Corte que contradice frontalmente las exigencias de la integridad: es cuando el Tribunal se refiere al caso *Smith* y dispone de él en dos palabras, limitándose a calificarlo de "funesto precedente". La integridad —incluso en su versión moderada— demanda aquí un diálogo con el pasado, una explicación detallada de los eventuales errores del precedente así descartado.

El juez Fayt fue el único integrante de la Corte Suprema que votó en los tres casos que he considerado: *Peralta*, *Smith* y *Bustos*. Sus opiniones

en los tres son congruentes, e hizo el mismo esfuerzo que ha podido apreciarse que efectuó el juez Cardozo en *Mac Pherson vs. Buick* para obtener coherencia en sus fallos. La actuación del juez Fayt respetó sin duda alguna las exigencias de la integridad.

#### 9. CONCLUSIÓN

No estoy sosteniendo, desde luego, que la situación argentina semeje una utopía que torne innecesaria la integridad, pero me resisto a creer que haya alcanzado el nivel de pesadilla caótica que torne a la integridad imposible. Y lo mismo pienso, por supuesto, de la mayoría de los países que integran la comunidad internacional. Afortunadamente, así como la mayoría de los países se encuentra dentro de las circunstancias de justicia, la mayoría de ellos se encuentra dentro de las circunstancias de la integridad. Desafortunadamente, sin embargo, no todas las opiniones de la Corte Suprema argentina que he estudiado han observado estrictamente los requerimientos de la integridad, por lo cual son seguramente perfectibles. (No estoy sosteniendo — desde luego — que el apartamiento haya sido flagrante, o pernicioso, sino que lo juzgo sólo contrastándolo con un comportamiento ideal).

Creo que la integridad debe defenderse en la versión más débil posible. Así, la integridad que debe procurarse en una decisión judicial es la integridad moderada, esto es, la integridad reforzada con el arrep-

timiento. Y aun la integridad moderada creo que debe defenderse primariamente sobre bases instrumentales, esto es, por su contribución a la seguridad jurídica. No obstante, la integridad *per se*, como el trabajo ha tratado de mostrar, posee un valor residual, lo que convierte en importante al diálogo con el pasado.

Lo que la integridad moderada exige de los jueces actuales es que ellos tomen en cuenta el pasado. Tomar en cuenta el pasado no equivale —ciertamente— a seguir en todos los casos las decisiones judiciales anteriores. Tomar en cuenta el pasado es escucharlo, es dialogar con él, es indicar en qué punto lo encontramos deficiente, y por qué, es explicar los motivos por los cuales acotamos al precedente en ciertos casos, que son aquellos casos en los cuales prima el arrepentimiento. Lo que la integridad moderada prohíbe es ignorar el pasado, decidir el caso actual como si el pasado no existiera.

Lo que la integridad moderada requiere es que los jueces proporcionen dos tipos distintos de justificación para sus decisiones: a) que justifiquen por qué deciden el caso sometido a su consideración de la forma en que lo hacen, y b) en caso de que lo decidan de manera distinta a los precedentes, que justifiquen por qué se apartan de los precedentes. En otras palabras: que expliquen, a la vez, qué hay de bueno en su decisión, y qué hay de malo en los precedentes, si la decisión se aparta de ellos. En esto consiste el diálogo con el pasado.



El respeto a la integridad que requerimos de los tribunales no es distinto del que exigiríamos en otras situaciones.<sup>72</sup> Supongamos que un padre permite regularmente a su hijo salir los sábados por la noche. Súbitamente, y sin advertencia, un domingo lo castiga por haber salido la noche anterior. Lo que se demanda al padre, en ese caso, es que le explique al hijo: a) en qué difirió su salida ese sábado de sus salidas anteriores, o b) por qué el padre se arrepiente ahora de sus permisos anteriores. En el primer caso, lo que hace el padre es mostrar que los permisos anteriores no pueden servir como precedente, debido a las distintas circunstancias de este sábado especial. En el segundo, lo que hace el padre es expresar su arrepentimiento por esos permisos previos, explicando por qué estaba equivocado anteriormente y por qué su decisión actual es mejor, al par de asegurar al hijo que esta conducta nueva en materia de permisos es la que va a continuar aplicándose en el futuro. Esta conducta — a la vez — proporciona seguridad al hijo respecto de las consecuencias de su conducta futura, y tiene un propósito educativo, al indicar los motivos de la nueva actitud del padre. Desde luego que el padre no tendría nada que explicar si hubiera continuado otorgando su permiso, esto es, si hubiera respetado el precedente. Pero no hay nada tampoco que reprocharle si muestra que los precedentes que el hijo invoca no eran aplicables, y tampoco su conducta es reprochable si funda

---

<sup>72</sup> La comparación que sigue es del mismo tipo que la que efectúa Schauer: "Pensemos en el chico que insiste en que no debería usar pantalones cortos porque a su hermano mayor le permitieron usar pantalones largos desde los siete años". SCHAUER, "Precedent", *cit.*, pag. 572

adecuadamente su arrepentimiento respecto de sus decisiones anteriores. En otras palabras, el padre puede: a) respetar los precedentes (integridad extrema); b) mostrar que no había precedentes respecto de esta decisión en particular, o c) exhibir –y fundar– su arrepentimiento acerca de las decisiones previas (integridad moderada). Lo que se le pide al buen juez, en definitiva, no es distinto de lo que se le pide a aquel arquetipo que nos mostraba el derecho romano: el buen padre de familia.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en octubre de 2005 en los talleres de Editorial Color, S.A. de C.V. Naranjo núm. 96-BIS, Col. Santa María la Ribera, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06400, México, D.F. Se utilizaron tipos Book Antiqua de 8, 10, 11 y 15 puntos. La edición consta de 1,500 ejemplares impresos en papel couché mate dos caras de 100 grs.