



UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA

Escuela de **DERECHO**

Revista Argentina de Teoría Jurídica
Vol. 5, Único Número (Noviembre de 2004)

MELODÍA Y LA CONCIENCIA DEL TIEMPO DEL DERECHO*

Gerald J. Postema

Cuando hablamos de Derecho “la continuidad histórica con el pasado no es un deber, sólo es una necesidad” – decía Oliver Wendell Holmes en 1885 (Holmes 1920, 139). La inevitable ironía de las palabras del honorable Juez es una piedra en el zapato (de la mente). ¿Qué necesidad tiene en mente? queremos preguntar; y ¿qué deber? De hecho ¿por qué no un deber, y por qué es necesaria si no es un deber? Un indicio de lo que el Juez Holmes tenía en mente, que en sí mismo encerraba una gran carga de ironía, puede radicar en el hecho de que Holmes pronunció el discurso en Harvard Law School Association durante una cena en honor de Christopher Columbus Langdell, un reconocido formalista legal y creador del método de casos de educación jurídica en Harvard, y el blanco principal de las críticas de Holmes al formalismo en “El camino del derecho” editado dos años más tarde (Holmes 1920, 167-202).

Holmes tituló su discurso de 1885 “Aprendizaje y Ciencia”, pero un título más exacto hubiera podido ser “Aprendizaje vs. Ciencia”, pues su tesis era que el Derecho –en tanto y en cuanto depende del aprendizaje- sólo es el “gobierno de los vivos ejercido por los muertos”, mientras que el “sistema ideal del Derecho” no mira hacia el pasado sino hacia la ciencia. Holmes parece haberse dedicado aquí a ejercer la antigua práctica de honrar a alguien repudiando públicamente todo aquello que aquél sostenía. No obstante, imagino que Langdell puede muy bien haber aplaudido los sentimientos de su ex colega. Después de

* La traducción de este artículo fue realizada por Federico Wilensky y corregida por Marcelo Ferrante. Esta es sustancialmente una versión revisada y ampliada de “La melodía del Derecho: Tiempo y normatividad del Derecho”. (“Law’s Melody: Time and the Normativity of Law”) que fuera presentado en el 21^{er} Congreso Mundial IVR en Lund, Suecia. Agradezco a los organizadores del Congreso y especialmente al Profesor Aleksander Peczenik, por haberme invitado a disertar en el Congreso, y a los participantes, cuyos profundos comentarios y sugerencias me ayudaron a mejorar el texto.

todo, sus reformas pedagógicas fueron guiadas por el objetivo de someter el caos del common law a los rigores de la “ciencia”, organizándolo dentro de un sistema de simples principios emergentes de “leading cases”, y su método era fundamentalmente “ahistórico”. Los leading cases sirvieron como modelo de profundos principios jurídicos. Por ello, si algo dividía aquí a Holmes y Langell, eran sus puntos de vista sobre lo que constituía una “ciencia” del Derecho, no una discrepancia acerca de la fidelidad hacia ese pasado del Derecho.

En su discurso, Holmes argumenta que el abogado que busca proyectar el avance del Derecho hacia el futuro debería emplear las herramientas de la ciencia e ignorar lo expresado en el pasado por Anuarios y reportes de decisiones de los tribunales. Reconoce, no obstante, que la historia aún nos tiene atrapados –tanto a los abogados como a los ciudadanos comunes- en un puño. Es inevitable que los vivos estén gobernados por los muertos: “El pasado nos da nuestro vocabulario y fija los límites de nuestra imaginación”. Admite que existe “un lógico y peculiar placer en poner de manifiesto la continuidad entre lo que estamos haciendo y lo que ha sido hecho en el pasado”. Pero, se apresura a agregar, esto es un placer y no un deber, pues “el presente tiene Derecho a gobernarse a sí mismo tanto como pueda” (Holmes 1920, 139). Por lo tanto, lo que surge de este discurso luego de una cena es un pensamiento común, común al menos dentro del pensamiento Americano moderno. El pasado es la provincia de los eruditos, esto es, los inútiles, y sus placeres son los placeres del ocio indolente, no de una actividad sólida creadora de progreso. El Derecho siempre tendrá su dinamismo reducido por el pasado, y la sociedad, en tanto deba utilizar al Derecho como herramienta para gobernar, tendrá igualmente reducido su dinamismo. Pero la vida de una actividad libre y progresiva rompe con el pasado, y en la medida en que el Derecho pueda romper sus vínculos, podrá unirse a la feliz multitud.

Sin embargo, aun Holmes, en otro trabajo, expresó un pensamiento más sobrio y maduro. La necesidad de “aprender”, decía, no era meramente una característica incidental del Derecho. El Derecho no puede ser comprendido si se lo representa como un sistema atemporal de principios y normas generales, sin que importe cuán bien encajan esos principios juntos. El Derecho existe y persiste a través del tiempo, sujeto a fuerzas, tanto racionales como irracionales, que operan dentro y a través del tiempo. Inevitablemente –y “por necesidad”- el Derecho camina por una senda que atraviesa la historia de una nación, y una comprensión de ese camino es esencial para entender el Derecho en cualquier punto del

tiempo. “Para saber qué es [el Derecho]”, escribió Holmes, “debemos saber qué es lo que ha sido, y en qué tiende a convertirse” (1963, 5). Rastrear esta continuidad histórica es “necesario” al menos en dos aspectos. El Derecho existe en tanto y en cuanto sea ejercido en alguna sociedad histórica, una sociedad con una historia en la cual necesariamente participa el Derecho. Y es por esta razón que, si deseamos saber cuál es el peso del Derecho en nuestra vida práctica, es necesario saber qué ha sido en el pasado. El conocimiento del pasado del Derecho y del camino recorrido por el Derecho a través del tiempo hasta el presente es pragmáticamente, prácticamente necesario, al menos para aquellos que ejercen el Derecho y asesoran a todos aquellos que requieren de su consejo. Este es el tema principal de las primeras páginas del clásico de Holmes *The Common Law* (1963, 5-6).

Pero puede haber algo más sobre esta afirmación respecto de la necesaria temporalidad del Derecho. No sólo el Derecho está inevitablemente en el tiempo e inevitablemente afectado por el paso del tiempo, atrapado en el devenir de la vida y la actividad vital de una nación. También afecta profundamente el tiempo y la actividad vital de esa nación, entretejiendo partes temporales de su actividad y convirtiéndolas en un todo significativo en la práctica. Ésta no es sólo una tarea entre las muchas que puede emprender el Derecho; más bien, se encuentra en el centro vital del Derecho, en el núcleo mismo de su función distintiva de guía normativa. Esto sugiere un sentido más profundo de la “necesidad” de la continuidad histórica del Derecho. Para parafrasear a Holmes: para comprender qué es el Derecho, debemos comprender cómo el pasado de la nación, fundido en la matriz del Derecho, moldea y es moldeado por aquello en lo que se convierte el Derecho.

Es probable que Holmes no haya tenido en mente este sentido adicional cuando esbozó su bon mot. El retrato del proceso histórico que él estaba inclinado a pintar era distintivamente Darwiniano tanto en forma como en tintes. En su enfoque, la mejor explicación histórica era la que trazaba la selección natural de esta o aquella norma legal, a través de la mortal competencia entre intereses socialmente embebidos. En este proceso histórico el Derecho no era un participante activo y constructivo, sino sólo un subproducto del proceso, si no también, ocasionalmente, una verificación del mismo. No obstante, intencionalmente o no, sus palabras sugieren una tesis que merece nuestra atención: la tesis de que el tiempo –o mejor, una determinada manera de pensar acerca del tiempo- es intrínseco a la forma común en que opera el Derecho, a su modo distintivo de guía

normativa, y este hecho modela cómo concebimos el Derecho. Esta es la tesis que propongo explorar y en cierta medida defender aquí.

No pretendo decir que esta conciencia del tiempo es única para el Derecho y el razonamiento jurídico. Es más, una vez que identifiquemos su perfil, reconoceremos su influencia en gran parte de nuestra vida práctica. Da forma a nuestras experiencias estéticas, especialmente la danza y la música, y en dichas experiencias podríamos encontrar su perfil de la manera más inmediatamente evidente, al menos, así lo entiendo. De acuerdo con ello, propongo utilizar el término melodía como metáfora y modelo. Con este modelo en mente, creo que podremos comprender el rol del tiempo en la normatividad característica del Derecho. Sin embargo, me apresuro a decir que mis objetivos en este ensayo son modestos. Trataré de articular un tipo de conciencia del tiempo y explorar su rol en el razonamiento práctico habitual, y argumentaré que desempeña un rol esencial en el Derecho, pero mi argumento será muy general y sólo comenzará a explorar esta tesis. Ofreceré algunos ejemplos de la temporalidad esencial del razonamiento jurídico, pero el análisis sistemático será una tarea para otro y más ocioso momento.

Modelos de Normatividad

Para comenzar, necesito decir algunas palabras acerca de la normatividad. El Derecho es un tipo distintivo de orden normativo. Decir esto es decir que por su naturaleza el Derecho busca guiar el razonamiento práctico y las acciones de agentes inteligentes que se autodirigen, y proporciona a estos agentes un marco dentro del cual ellos pueden justificar públicamente sus acciones y demandar justificaciones de otras personas, especialmente de aquellas que ejercen poder político sobre ellos. Esta no es simplemente una característica interesante y quizás destacada del Derecho; es una verdad profunda sobre el Derecho, donde sea que se lo encuentre. Desde sus principios, la reflexión filosófica sobre el Derecho se ha preocupado en profundizar esta característica esencial del Derecho, su normatividad.

Podemos distinguir tres (grupos de) preguntas fundamentales sobre la normatividad del Derecho. La más básica es: ¿Qué convierte a algo en una norma y sobre qué se fundan las normas? Esto concierne a las bases de la normatividad en general. En círculos filosóficos contemporáneos ésta suele ser tomada como una pregunta metafísica. Me

preocupa que pensar en ella de esta forma pueda distorsionar la naturaleza de esta pregunta, pero no proseguiré con este tema aquí. La segunda pregunta, más específicamente jurídica, es: ¿Sobre qué se basa y debe basarse la alegada normatividad del Derecho? Esto concierne a las bases de la normatividad del Derecho. Ello presupone que puede darse alguna concepción de la normatividad en general, aunque podría no apoyarse fuertemente en ninguna concepción en particular. Innegablemente, ésta es en sí misma una pregunta normativa práctica, más que una pregunta metafísica. La tercera pregunta es: ¿qué forma adopta la normatividad característica del Derecho? Es decir, ¿cómo se expresa la normatividad del Derecho y cómo se relaciona con, o difiere de, otros tipos de normatividad? En este ensayo pasaré por alto las primeras dos preguntas, sin negar su importancia, y me concentraré exclusivamente en la tercera. No debemos asumir que estas preguntas son independientes en el fondo, pero creo que podemos progresar bastante hacia una respuesta a la tercera pregunta sin dedicarnos en profundidad a responder las dos primeras. De todos modos, a los efectos de una exploración preliminar de este ensayo, no es necesario comenzar desde el principio, o siquiera acordar dónde está el principio.

La pregunta sobre el tipo de normatividad que caracteriza el funcionamiento ordinario y adecuado del Derecho es muy antigua. A lo largo de la historia, los filósofos han desplegado una variedad de imágenes para modelar la normatividad característica del Derecho. Este hecho puede resultar problemático para los lectores de Wittgenstein, quien nos enseñó que los filósofos, incluso quizás más que la gente de la calle, a menudo atrapan imágenes, poderosas imágenes que guían su pensamiento en direcciones que son como mínimo infructíferas, y más a menudo profundamente confundidas. La primera tarea de la filosofía, argumentaba, era liberar a nuestro pensamiento de las garras de dichas imágenes. Sin embargo, las imágenes y las analogías son indispensables para el pensamiento, y aun en filosofía tienen su utilidad. Llamen la atención hacia importantes rasgos de los fenómenos bajo estudio, y nos ayudan a pensar sobre ellos con un orden con sentido. Ayudan a modelarlo. Los modelos, por supuesto, pueden ser engañosos si las características modeladas no son realmente importantes, o si el resaltarlas distorsiona más de lo que ilumina, o si el modelo nos lleva a realizar inferencias que sólo alguien “atrapado por la imagen” se inclinaría a hacer. Por otra parte, negarnos a los modelos deja nuestro pensamiento inarticulado. El pensamiento esquemático, Hegel nos recuerda, es indispensable para el pensamiento humano; nuestra única esperanza es disciplinarlo.

En la historia de los precedentes judiciales han predominado dos modelos de normatividad del Derecho: nomos y thesmos, razón y mandato. Hablando burdamente, nomos modela el Derecho sobre (y arraiga el Derecho en) el supuesto orden racional de la realidad –el Derecho es un ordenamiento normativo de la sociedad, y ofrece a los agentes razones para actuar-. Thesmos modela el Derecho sobre un sistema de órdenes –el Derecho es un ordenamiento normativo para sujetos, con el objetivo de guiar sus deliberaciones y acciones proporcionando otras razones que puedan tener para actuar (Postema 2001). Sin desafiar estos modelos aquí, deseo sugerir un tercer modelo, la melodía (melos), porque resalta las dimensiones temporales de la normatividad del Derecho que los otros modelos dejan en las sombras. Sólo tengo tiempo suficiente para esbozar un borrador de este modelo y algunas implicancias para nuestra comprensión del Derecho. La tarea de conciliar o decidir entre estos tres modelos debe ser dejada para otra ocasión.

Melodía y conciencia del tiempo

La música lleva tiempo, pero no del modo en que curar o dormir llevan tiempo; la música existe en el tiempo, pero no del mismo modo en que las pinturas y las esculturas existen en el tiempo. La música, y en particular la melodía, es un ordenamiento del tiempo. Mientras la Pietá de Miguel Angel existe en el tiempo, y lleva tiempo apreciarla, el espacio es intrínseco a la escultura; la escultura es un ordenamiento significativo del espacio. La interpretación de “Erbarne dich” de Bach debe ser ubicada en el tiempo y el espacio (tal como todo acto de seres humanos debe serlo), pero el tiempo es intrínseco a ella; la música es un ordenamiento significativo del tiempo. Tanto el espacio como el tiempo, cada uno a su modo, ordenan nuestra experiencia estética y a menudo nuestro afecto. Vi una publicidad en un periódico anunciando la presentación de un ballet que decía “Emoción en movimiento”. La danza, así como la escultura y la música, ordena nuestro afecto, pero parece hacerlo ordenando tanto el espacio como el tiempo. Pero este modelo es demasiado complejo para nuestros propósitos; entonces regresemos a la música.

La interpretación del “Erbarne dich” de Bach es una secuencia temporal de golpes, cada uno con una duración específica. Los golpes en sus respectivas duraciones son escuchados no sólo en secuencia, no meramente como una secuencia, sino como una secuencia melódica, un todo musicalmente significativo que se desarrolla temporalmente. El patrón melódico relaciona las notas que suenan a través del tiempo, según un sentido de

significancia musical. Para que este patrón musical significativo tome forma, debe sonar a través del tiempo –las notas representadas en la partitura o interpretadas todas al mismo tiempo no constituyen una melodía-, sin embargo, el objeto de la conciencia de quien escucha es el todo melódico, no simplemente las notas individuales.

Esta conciencia une el pasado, el presente y el futuro. Pero es una conciencia del tiempo ocurriendo en el tiempo, no desde algún punto externo al proceso temporal, como suponía Spinoza. Es tentador pensar que comprender una melodía es tomar retrospectivamente y en una sola oportunidad todo el camino musical que ya ha sido recorrido. ¿De qué otro modo, uno puede argumentar, puede el todo ser comprendido, si se desarrolla en el tiempo y no podemos escucharlo sub specie aeternitatis? Pero esto es un error; no un error acerca de la metafísica o siquiera acerca de la fenomenología del tiempo, sino un error acerca del pensamiento involucrado al comprender una melodía (Husserl 1991; Carr 1986, 21-30).

Para comprender una melodía, el que escucha necesita atención, memoria y anticipación. William James argumentaba que esto es generalmente verdadero respecto de la experiencia. Nuestras representaciones de los objetos siempre involucran “el eco de los objetos del pasado reciente, y... la percepción anticipada de los que están por venir... Estas sensaciones que perduran de objetos antiguos, estas llegadas de nuevos objetos, son los gérmenes de la memoria y la expectativa, el sentido retrospectivo y anticipado del tiempo” (James 1981, 571). Pero comprender una melodía es un caso especial de, y por ende más que simplemente tener, un sentido del engañoso presente. La melodía tiene dirección. “Sólo por la forma, el patrón”, escribió Eliot, “Puede... la música alcanzar/La quietud”, i.e., la completitud y el reposo de un todo significativo (1943, ll. 140-1). El pensamiento musical es una forma de seguimiento de reglas: comprender una melodía in media res es proyectar la dirección del movimiento musical sobre la base de lo que está sonando y de lo que ya ha sonado. El pensamiento-melodía es un pensamiento holístico, esto es, pensar en patrones de sonido temporales y en líneas melódicas mientras las notas están sonando, manteniendo en la mente el trayecto ya recorrido y anticipando adónde irá luego.

En música, el pasado, el presente y el futuro se relacionan internamente por el patrón melódico emergente. Comprender una melodía, especialmente escuchándola las primeras veces, puede ser flexible o revisable en ambos extremos de la línea melódica. En la mitad de su desarrollo, el oyente proyecta la línea sobre la base de su recuerdo de la

secuencia parcial, ya desvaneciéndose hacia el pasado. Si la proyección coincide con la dirección, su comprensión del significado del pasado está confirmada. Si va en una dirección sorpresiva, no sólo se ve forzado a repensar el futuro que anticipó, sino que debe igualmente dar un significado alternativo a la secuencia ya escuchada. Ahora escucha una melodía diferente de la que creyó que estaba escuchando –el patrón es diferente, por lo que el significado musical de los momentos melódicos que ya sonaron es diferente-. El presente y el futuro anticipado de la melodía modifican su pasado. En literatura, Eliot escribió, el presente modifica el pasado tanto como el pasado dirige el presente (Eliot 1950, 5). Lo mismo es verdadero también para la música.

Mi sugerencia, entonces, es que la melodía, o más bien el tipo de conciencia involucrada en comprender una melodía, ofrece un modelo que promete iluminar la normatividad característica del Derecho. Comparada con otras imágenes frecuentemente desplegadas en la historia de los precedentes para iluminar la normatividad del Derecho, la melodía tiene una gran ventaja: nadie tenderá a tomarla literalmente. Nadie intentará buscar música saliendo de tribunales judiciales, estudios de abogados, cámaras parlamentarias o recintos policiales. Aun así, con el modelo de la melodía podremos echar nueva luz sobre características familiares, pero a menudo pasadas por alto, del razonamiento práctico estructurado por el Derecho.

La textura temporal de la acción intencional

Antes de explorar esta imagen de la melodía del Derecho, podemos obtener un mayor entendimiento explorando brevemente el rol de esta distintiva conciencia del tiempo en la experiencia práctica común. La forma de conciencia que se modela al comprender una melodía es una característica dominante de la experiencia humana, especialmente de la acción intencional. Aquino sostenía que “la memoria del pasado, la comprensión del presente y la visión del futuro” son “partes integrales” de la prudencia “tal como las paredes, el techo y los cimientos son partes de una casa” (Aquinas 1981, IaIIae Q57, a6, y IIaIIae Q48 a1). Pocos negarán que la acción intencional inteligente sólo puede ser una acción tomada a través del tiempo, proyectada hacia un mundo extendido temporalmente. Perder la esperanza en el futuro es vaciar al presente de todo significado pues eso es perder el campo sobre el cual los proyectos significativos pueden completarse. Asimismo, el

sentido del pasado es esencial para la acción intencional. La memoria es el medio de transmisión de las lecciones del pasado.

Estos puntos son familiares e importantes, pero deseo llamar la atención hacia una dependencia menos obvia de la acción intencional en un sentido de lo que Eliot denominó “el encadenamiento del pasado y el futuro” (1943, l. 79). Para este propósito me concentraré en la acción deliberadamente intencional, un subgrupo de las acciones intencionales. Incluidas en esta clase más amplia están las acciones que se revelan a sí mismas, acciones cuyos objetivos se revelan al ser realizadas. El rol de la conciencia del tiempo según el modelo de la melodía en las acciones que se revelan a sí mismas es igualmente fuerte, creo, pero no me referiré aquí a este importante tipo de acción intencional.

Algunos filósofos se han visto tentados a concebir la acción intencional del mismo modo que un Deísta concibe la creación: Dios dio un empujón al gran motor y el resto es una cuestión de inercia metafísica. De un modo similar, la intención puede ser concebida como un tipo de empujón psíquico para poner en marcha el motor de la acción, el cual luego llega a la realización mediante un tipo de inercia práctico-causal. Pero, por supuesto, las intenciones no son así. La acción intencional es un emprendimiento, gobernado por un proyecto. Formar una intención es organizar parte del tiempo de uno, para dar movimiento o dirección a la propia implicancia en ese lapso de tiempo.

Bratman (1999) sugiere que veamos las intenciones como planes parciales, relativamente estables, para un accionar presente y futuro. Son parciales en el sentido de que son indeterminadas: necesitan ser completadas a medida que pasa el tiempo. Con esto en mente, podemos ver el rol de la conciencia del tiempo en la acción intencional desde dos puntos en el proceso: ex ante e in media res. El lugar para que comencemos es in media res. El agente en mitad del curso de su plan típicamente enfrenta nuevos problemas para la deliberación. Esta deliberación está enmarcada por tres parámetros: el plan-intención, las circunstancias actuales, y los pasos iniciales en la ejecución del plan. La deliberación con respecto a estos tres parámetros está gobernada por normas de coherencia (tomando este término en un sentido muy amplio). Entre éstas, hay normas de racionalidad instrumental, pero no son las únicas normas de coherencia aplicables. Las acciones también pueden “tener sentido”, por ejemplo, como expresiones apropiadas de sentimientos tales como la gratitud o el respeto, como la afirmación de una relación tal como la amistad, o como

instancias de conductas intrínsecamente valiosas tales como la gracia o la dignidad. Normas como éstas a menudo fundan decisiones de coherencia o significancia normativa.

La ejecución racional de las propias intenciones depende de la integración de estos tres parámetros en la deliberación. Así, el agente in media res no puede limitar su atención a los pasos pasados y a las circunstancias actuales, ignorando el plan-intención, porque tal como ve las cosas, el problema práctico deliberativo que ahora enfrenta está modelado por su intención, y no meramente por los antecedentes causales de su situación y el estado actual del juego en el mundo. Su comportamiento pasado está relacionado a las opciones presentes, no preponderantemente como causa y efecto, sino como partes constitutivas de un proyecto extendido temporalmente –como las notas de la melodía que ya sonaron. La significancia práctica y normativa para el presente de la relevante gama de conductas del pasado depende directamente de este hecho.

De manera similar, el agente no debe centrarse exclusivamente en el plan-intención, o en el plan más los pasos anteriores en su ejecución. El plan-intención no necesita ser (y típicamente no debería ser) fijado rígidamente. Las circunstancias presentes pueden obligarlo a ajustar, o aun a abandonar, el plan. Un agente inteligente que busca coherencia en la acción debe estar en condiciones de formar sub-planes coherentes para la ejecución de su intención, pero también debe valorar el progreso de este plan y ajustar el curso de manera acorde. De la misma manera, los movimientos del pasado también pueden forzar un ajuste, porque la determinación parcial del plan general hasta el presente cerrará algunas opciones para el agente y abrirá otras. También puede forzar un ajuste si las acciones del pasado fueron mal consideradas o ejecutadas en forma inepta, y de este modo pueden no encajar con el sentido original del plan del agente. Finalmente, el agente debe proyectar sus decisiones actuales a lo largo de una línea que se extiende desde su pasado y hacia el futuro, y anticipar determinaciones futuras aun antes de haberlas realizado. Consecuentemente, el agente no puede lograr coherencia sin un agudo sentido de su conducta pasada y de las cadenas forjadas de intenciones que lo ligan a su presente y su futuro. Cuando se trata una acción intencional, podemos decir, la continuidad con el pasado no es un deber, sino que es una necesidad.

Esta conciencia del tiempo es igualmente esencial ex ante, en el momento de dar forma deliberadamente a la propia intención. Por supuesto, vivimos gran parte de nuestras vidas sin formar intenciones explícita y deliberadamente ex ante. Una acción intencional

determinada no necesita ser deliberada, y los objetivos de mucho de lo que hacemos a propósito pueden revelarse a medida que actuamos. (Más arriba, denominé esto “acciones que se revelan a sí mismas”). Hasta podemos imaginarnos viviendo una vida mayormente sin tales intenciones y objetivos, libre de las cargas que inevitablemente traen. Nietzsche pensó que esta fantasía era para los seres humanos tan irresistible como inalcanzable.

Piensen en la manada pastando ante sus ojos. Estos animales no saben qué es “ayer” y “hoy”, pero brincan, comen, descansan, digieren y vuelven a brincar; y así desde la mañana hasta la noche y día tras día, sólo someramente preocupados por su placer y su displacer, dominados por el momento y por ese motivo sin melancolía ni aburrimiento (Nietzsche 1980, 8).

Envidiamos la felicidad del animal que “olvida inmediatamente y ve morir realmente cada momento” (9) pero no lo vive como que está muriendo, pensaba Nietzsche. Queremos vivir como el animal, ni aburrido ni triste, sin experimentar arrepentimiento ni vergüenza. Pero queremos esto en vano, porque no lo “deseamos como el animal” (8). Sin duda, argumenta, es precisamente porque el animal es incapaz de desear una vida así, que él es capaz de vivirla. Paradójicamente, nuestro deseo de esa vida ya la está colocando fuera de nuestro alcance. El niño muy pequeño “jugando entre las cercas del pasado y el futuro en una ceguera llena de dicha” está inevitablemente llamado a “salir de su estado de olvido” (9). El encadenamiento del pasado y el futuro es parte de la estructura de la experiencia humana y de la acción inteligente humana.

No es necesario aceptar la interpretación que Nietzsche concibe de esta fantasía para reconocer que para pensar coherente y efectivamente sobre las propias acciones uno no puede vivir únicamente el momento presente, negando el pasado o el futuro. Neil MacCormick, sin perseguirlo, se hizo eco de Nietzsche (pero igualmente de Kant y Hegel) cuando escribió, “Nuestra capacidad para hacer cualquier cosa, a diferencia de ser nosotros simplemente parte de algún proceso en marcha y no diferenciado, depende de que veamos cómo los actos particulares pertenecen a actividades o proyectos mayores.” (MacCormick 1995, 111). Debemos ver nuestras acciones y nuestro involucramiento holísticamente a lo largo del tiempo, encajando las partes conjuntamente en un todo significativo, donde el plan formado ex ante y los sucesivos intentos de formular sub-planes parciales in media res sean componentes esenciales de este todo significativo. Vivir cada día pensando que ése es el primer día del resto de nuestra vida no es vivir una vida radicalmente libre, sino una

vacía y radicalmente desconectada.

Es posible, por supuesto, ver la propia vida como el revolucionario ve la vida de la comunidad política que lucha por transformar, determinadamente dando la espalda al pasado para construir un futuro radicalmente nuevo. Sin embargo, para triunfar, el revolucionario debe desear fervientemente, y luchar con determinación para asegurar que sus innovaciones sean adoptadas y así perduren en el futuro, de modo tal que para sus descendientes post-revolucionarios lo que fue hecho ahora (esto es, en su pasado) será tratado como significativo al moldear lo que se realizará entonces (en su presente) (Rubenfeld 2001, 37). No puede permitir que su perspectiva, que mira estrictamente hacia delante, sea adoptada por aquellos que en el futuro implementarán sus innovaciones, pues entonces sus esfuerzos serán enteramente en vano. Su legado será absolutamente negativo y destructivo, como en la paradoja de Hegel sobre “libertad absoluta” decretada durante el Terror que siguió a la Revolución Francesa (1977, §§ 582-95).

Por ello, la actitud del revolucionario es impactante por su excepcionalismo explícito. Tal excepcionalismo no es necesariamente o siempre injustificado, pero la justificación será extraña y siempre necesitará un argumento específico y poderoso que tome en cuenta tanto el pasado como el futuro, un argumento que vea la necesidad de una amnesia localizada como una etapa esencial en un proyecto mayor que une el pasado y el futuro de la sociedad en una trayectoria con principios. Nuevamente, nos vemos obligados a admitir la necesidad de la continuidad con el pasado.

La lección que el agente individual debe aprender del compromiso del revolucionario, es que incluso la formación deliberada de una intención es probable que ocurra en el contexto de otras intenciones, planes, o compromisos relativos a los cuales la deliberación aquí y ahora está in media res, aun cuando al principio aparenten estar totalmente ex ante. Es probable que haya un contexto práctico en el cual lo central o lo razonable de la intención deliberada ahora depende en parte de su coherencia con el pasado y el presente del agente.

Podríamos notar una característica más de la acción humana inteligente: se da típicamente en contextos sociales densos. Vivimos en una cercana proximidad social los unos de los otros y nos encontramos atrapados en una compleja red de interacciones entre los unos y los otros. Estas interacciones son valiosas para nosotros ya sea

instrumentalmente –porque nos permiten alcanzar otras metas individuales y colectivas- o intrínsecamente –porque valoramos ser y actuar conjuntamente simplemente por el hecho de hacerlo- y usualmente por ambos motivos. Nuestras interacciones, y las prácticas que las forman, constituyen gran parte de la textura de las vidas humanas con significado. Aristóteles (1985, 1170b11-14) nos recuerda que, para los seres interdependientes como nosotros, la experiencia compartida no es como la de las vacas que comparten una pastura, sino más bien como la de amigos que comparten una comida. Da como resultado una experiencia común porque surge de la percepción común y del discurso común arraigados en una conciencia del tiempo común. Esta experiencia común también posibilita la acción común o conjunta, cuando las partes tienen metas comunes, y una acción coordinada o cooperativa, cuando sus metas son diferentes o hasta conflictivas.

Planear y ejecutar proyectos conjuntos es posible en medida porque la gente ha aprendido cómo pensar holísticamente durante los lapsos de tiempo en los cuales sus proyectados planes conjuntos se despliegan, y puede determinar sub-planes específicos in media res entrelazando sus acciones con las acciones de otros, integrando a la imagen amplia no solamente sus propias acciones del pasado sino también las contribuciones de las otras partes al proyecto conjunto, y anticipando sus respuestas a la historia a medida que se va desarrollando. De manera similar, cuando enfrentan problemas de coordinación en la búsqueda de objetivos privados y potencialmente conflictivos, su experiencia pasada compartida, su necesidad de que sus acciones sean inteligibles a través del tiempo, y las técnicas y estrategias que han desarrollado juntos para lograr esto, les ofrece un campo desde el cual pueden proyectar y coordinar sus interacciones. En consecuencia, la plena conciencia de las dimensiones temporales de nuestras vidas prácticas es una condición absolutamente esencial de la acción humana inteligente tanto en la vida social como en nuestras vidas privadas.

Historias jurídicas

Es el momento de volver a nuestro tema principal, las dimensiones temporales del Derecho. Mi tesis es que el tipo de conciencia del tiempo en el modelo de la melodía es esencial a la naturaleza del Derecho. Pero antes de analizar el argumento a favor de esa tesis muy general y abstracta, haríamos bien en analizar algunos ejemplos relativamente

más concretos de cómo funciona la conciencia del tiempo en el Derecho. Mencionaré sólo dos. Están formulados sólo como ilustración del rol que el pensamiento temporal modelado sobre la melodía desempeña en el Derecho. Con más tiempo para desarrollar la tesis de este ensayo, estos ejemplos podrían ser desarrollados más íntegramente y también podrían explorarse otros contextos del pensamiento temporal, quizás igualmente importantes.

La dimensión temporal de la práctica común del Derecho es obvia. Pensemos en los pleitos. Los casos litigiosos son historias, historias de abogados, o más bien historias de gente contadas en el lenguaje especial del Derecho (MacCormick 1995, 116-8; Twining 2002, 381-423). El carácter narrativo de un pleito ha sido por mucho tiempo parte de nuestra comprensión del Derecho. En los documentos jurídicos ingleses del siglo XIII, el abogado era llamado narrador (o conteur en Anglo-Normando), y el alegato recibía el nombre de “cuento” (narratio o conte). El abogado era considerado “un contador profesional de cuentos de manera vernácula” (Clanchy 1993, 274).

Una tarea importante de los abogados al día de hoy es convertir “la materia prima de la vida...en un cuento que pretenderá decir la verdad en términos legales” (White 1973, 859). El Derecho reglamenta las historias relatadas, y la reglamentación puede a veces destruir la historia original o distorsionarla convirtiéndola en algo que sus personajes no pueden reconocer, pero esto no las hace menos cuentos. Los cuentos relatados en un tribunal tienen un formato, pero esto es siempre verdadero en cierto grado respecto de todos los cuentos. Típicamente, el cuento legal aun tendrá que ofrecer, en palabras de Twining, “una narrativa de acontecimientos particulares dispuestos en una secuencia del tiempo y formando un todo significativo” (Twining 2002, 385), donde la ley fija el estándar de significado que a menudo sonará artificial y distorsionado a oyentes laicos. De hecho, la indagación de los hechos en un juicio recae en gran parte sobre las técnicas y el temple para contar “cuentos”. Los casos litigados no sólo llevan tiempo (a menudo demasiado), sino que su tema central tiene una estructura esencialmente temporal, y están regidos por normas de coherencia narrativa –deben ser historias buenas y verdaderas, buenas como los cuentos con una substancial y creíble pretensión de verdad (Twining 2002, 425-444). Una señal indispensable del “ser bueno” del cuento es que tiene sentido temporal.

Por otra parte, esta narrativa es llevada a cabo en un juicio; la historia narrada lo es acorde al protocolo especial del pleito. El juicio no sólo cuenta una historia, es en sí mismo una historia, una a menudo atrapante, tal como lo han entendido dramaturgos desde

Sófocles hasta los guionistas de cine y televisión. El hecho que el pleito se desarrolla a lo largo del tiempo, según la lógica jurídica y teatral, puede resultar meramente incidental para el Derecho, tal como la temporalidad es meramente incidental para la escultura. Pero también puede señalar una temporalidad más profunda del Derecho y del razonamiento práctico ejercido dentro de las fronteras del Derecho. Hemos notado ya brevemente tal rol del tiempo en el razonamiento jurídico: la determinación de los hechos en un juicio debe estructurarse de acuerdo con una narrativa temporal coherente. La conciencia del tiempo también es esencial para razonar a partir del precedente.

Jano, patrón de los precedentes

Jano era el Dios romano de los inicios. El primer mes del año, como la primera hora del día, el primer día del mes, estaban consagrados a él. Jano también era el Dios de las puertas y los umbrales. Cuidando las casas y supervisando las idas y vueltas de la vida doméstica, miraba hacia adelante y afuera, y miraba hacia atrás y adentro. Jano tiene mi voto como el patrono del razonamiento sensible a los precedentes. En la mayoría de los sistemas jurídicos, hasta los casos más “novedosos” son sólo relativamente novedosos y hay una gran cantidad de material de precedentes o cuasi-precedentes que son relevantes para los casos particulares que llegan al tribunal para ser decididos. El razonamiento legal que es sensible a los precedentes siempre está, como Jano, en el umbral del pasado y el futuro, buscando integrarlos en un todo normativamente significativo. La melodía modela este tipo de integración.

Fallar en casos regidos por precedentes como captar una melodía a medida que es interpretada o llevar a cabo una intención *in media res*. Implica prestar atención a las circunstancias actuales, recordar los fallos pasados y anticipar la dirección en que la regla o ratio se está moviendo. El pasado es esencial para el razonamiento sensible a los precedentes; pero no es simplemente mirar hacia atrás. Algunas telas y metales tienen “memoria”: luego de haber sido estirados o doblados vuelven a su forma original. La memoria del Derecho no es una memoria metálica. La memoria del Derecho siempre está inclinada hacia el presente anticipando el futuro. Igualmente, su enfoque del futuro se da desde el umbral del pasado y el presente. En cualquier punto del arco trazado por la ratio, aquellos que toman las decisiones interactúan con los que tomaron las decisiones antes que

ellos y los que vienen después de ellos.

Así, la fidelidad a los precedentes raramente es sólo una cuestión de aplicar una regla fijada en el pasado a las actuales circunstancias, como si el tribunal que sienta un precedente hubiese puesto las vías y el tribunal actual sólo necesitara saltar al tren mientras que éste se mueve inexorablemente hacia adelante. El razonamiento fundado en el precedente nunca es determinado tan unilateralmente. Juristas contemporáneos atraídos por el “pragmatismo”, por ejemplo Posner (1995), ven al razonamiento judicial como una cuestión de considerar cuál es la mejor regla para el caso actual, tomando en cuenta el impacto de los precedentes sobre esas circunstancias (por ejemplo, el modo en el cual afectan a las expectativas de los litigantes o de terceros). Pero esto no capta la dinámica y las restricciones normativas del razonamiento sensible a los precedentes. El problema no radica tanto en que los pragmáticos ignoran el pasado –seguramente negarían esta acusación. El problema tampoco reside en que no logren ver que el razonamiento sensible a los precedentes mira hacia delante –pues pueden admitir, con Schauer, que: [s]i el futuro debe tratar lo que hacemos ahora como presuntamente vinculante, entonces nuestro actual decisor debe juzgar no sólo qué es lo mejor para el presente, sino también cómo el fallo actual afectará el fallo de otro caso y de otros casos futuros [relativamente similares] asimilables. Por lo tanto, el actual decisor, también debe tener en cuenta qué sería lo mejor para algunos eventos diferentes, pero asimilables, que aún no han ocurrido (Schauer 1987, 589).

El problema, digo, no es que el pasado y el futuro no son considerados, sino que no son considerados de manera apropiada, como partes temporales de un todo normativamente significativo en el que participan, a través del tiempo, diferentes decisores, pero íntimamente relacionados.

El mejor fallo ahora depende, en parte, de cómo el fallo encaja con fallos anteriores en casos similares, de forma tal que el patrón proyectado desde el precedente al caso actual tenga lo que Dworkin (1986) llamaba “integridad” normativa. Pero también depende de cómo será tomada la decisión en el futuro por otros jueces y eso es algo que el tribunal que decide no controla. Para usar la imagen de Dworkin, no se trata simplemente de que el juez complete la novela en cadena haciéndolo lo mejor que puede, dados los capítulos ya escritos. En un sistema jurídico dinámico, tomar una decisión fundándose en precedentes siempre está en la mitad de la novela o, como prefiero, en la mitad de la melodía. La regla

establecida por un tribunal no depende únicamente de lo que el tribunal dice o hace, sino también, en parte, de cómo tribunales futuros (y otros decisores) comprendan lo que un tribunal anterior dijo e hizo. Depende de qué piensan de su exposición razonada y la medida en que ellos consideran que los casos a los que se enfrentan son relevantemente similares al precedente. Estas no son cuestiones que el primer tribunal pueda determinar unilateralmente. Decidir apropiadamente en el caso presente siempre implica anticiparse a qué rol tendrá dicho fallo en futuras deliberaciones y decisiones en la comunidad legal y más allá. Decidir un precedente siempre implica, en alguna medida, anticiparse a la dirección de la melodía decisional.

Esta característica del razonamiento adjudicativo ordinario es, creo, primordial. Puede no ser siempre inmediatamente evidente, pero uno puede fácilmente encontrar opiniones judiciales en las cuales está cerca de la superficie. Tomemos, por ejemplo, *Tobin v. Grossman*, resuelto por el Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva York en 1969. La Sra. Tobin demandó una compensación por daño moral causado por la conducción negligente de Grossman. Grossman atropelló al hijo de la Sra. Tobin, Gregory, de 2 años, quien sufrió graves lesiones. La Sra. Tobin buscó compensación por las lesiones mentales y físicas ocasionadas por el shock y el temor en su hijo. A pesar de que ella no presenció el accidente, se encontraba cerca del lugar y corrió hacia allá cuando escuchó el chirrido de los frenos del automóvil. Para su horror, vio a su hijo gravemente herido tendido en el suelo (611-12).

Había por lo menos tres grados de separación entre los casos estándar de negligencia automovilística y *Tobin*: la demandante solicitó no sólo daño físico o lucro cesante, sino daño moral, que no era el efecto directo sino más bien indirecto de los daños directos a un tercero ocasionados por la negligencia del demandado, y la demandante no estaba presente en el lugar del hecho ni presenció el accidente en sí, sino solamente sus consecuencias. El tribunal no tenía ninguna duda de que el daño moral causado directamente daría fundamento a la demanda; pero consideró que la demanda por compensación por tales lesiones a un tercero (en este caso la madre de la víctima directa) quien no fue un testigo presencial era algo totalmente novedoso (613). El tribunal se negó a reconocer un nuevo deber de cuidado y hecho indemnizable, alegando que “no corresponde ningún hecho indemnizable por daños culposos cometidos por alguien, sólo como resultado de daños infligidos directamente sobre otro, sin importar la relación ni si la persona fue

testigo presencial del incidente que ocasionó los daños directos” (611).

En vista de la general renuencia judicial a crear nuevos deberes desde la magistratura, este resultado no es sorprendente; pero el fallo del tribunal en Tobin no puede ser atribuido únicamente al natural conservadurismo judicial. El tribunal reconoció que, especialmente en el área de responsabilidad civil, los tribunales han expandido los conceptos establecidos y han creado nuevos hechos indemnizables, por ejemplo, el desarrollo del Derecho de responsabilidad por productos defectuosos (613-4). Además, el tribunal parecía estar claramente conmovido por el sufrimiento de la madre y demostraba comprensión por su reclamo, lo que lo llevó a explorar una cantidad de posibles fundamentos de política para apoyar su demanda. Descubrieron que la dificultad consistía en encontrar una regla que trazara una línea media estable entre la merecida compensación por los reclamos de demandantes tales como la Sra. Tobin y la responsabilidad excesiva e injusta de los demandados. Sintetizaron sus problemas en el siguiente párrafo.

El último y más difícil factor es alguna demarcación razonable dentro de los límites tolerables requeridos por la política pública, de una regla que funda responsabilidad. Es probable que todo padre que pierda un hijo, o cuyo hijo de cualquier edad sufra una lesión, sufra un penoso trauma psicológico, con el riesgo agregado de daños físicos resultantes. Cualquier regla basada solamente en el presenciar el accidente podría mantener su vigencia sólo hasta que aparezca el primer caso en el cual el padre está en las inmediaciones del hecho, pero no vio el accidente. Además, el aviso inmediato o incluso con retraso, por teléfono, verbalmente o por cualquier otro medio, de que el hijo de uno ha muerto o ha sido herido tendrá, en la mayoría de los casos, el mismo impacto. Ver sangre derramada y huesos expuestos no es necesario para que un padre sufra un impacto especial. Otra vez, la dificultad lógica de excluir a los abuelos, familiares, u otros *in loco parentis*, y hasta a un concienzudo y sensible tutor, del derecho de ser compensado si, de hecho, el accidente tuvo las graves consecuencias manifestadas, genera riesgos sutiles y evasivos en la elaboración de una regla razonable en este campo. . . De hecho, cualquiera que sea el sentido en que uno vaya para lograr una teoría para la compensación, uno se ve enredado en las inevitables ramificaciones que no permanecerán definidas o limitadas. Existen demasiados factores y cada uno de ellos es demasiado relativo como para permitir la creación de sólo un ámbito limitado de responsabilidad o deber. (617, 619).

Esto puede no impresionarlos como un argumento fuerte en este caso; pero los invito a ver, más allá de la cuestión de su contundencia en este contexto, la naturaleza de esa discusión y, más específicamente, las restricciones que operan en las deliberaciones de los tribunales, como se evidencia en la opinión. En un sentido, la mayoría consideró “las consecuencias” de formulaciones alternativas de una regla que autorizaría a compensar a la Sra. Tobin por los daños. Pero no estaban anticipando las consecuencias de aplicar esta o aquella regla (o la formulación de una regla) al comportamiento de conductores o

aseguradores o la economía y similares. Antes bien, estaban intentando anticipar el impacto de que adoptaran una formulación de una regla para la adjudicación de casos futuros “asimilables” En otras palabras, estaban pensando en el lugar que ocuparía su fallo dentro del razonamiento y deliberaciones de tribunales futuros. Claramente creían que si simplemente declaraban que el fundamento de la demanda por daños emocionales se extendía a terceros, pero estrictamente limitaba la clase de terceros a padres en las inmediaciones más cercanas al accidente, la regla aparentaría ser arbitraria para los tribunales posteriores a la luz del tipo de preocupaciones de fondo que subyacen a la regla y el reconocimiento del tribunal del hecho indemnizable en el caso de la Sra. Tobin. Dado que, aparentemente, aceptaban que el solo hecho de que ellos lo dijeran no podía hacerlo así, se vieron obligados a considerar cómo tribunales posteriores manejarían los casos a la luz de su fallo. Y anticiparon que los tribunales futuros no seguirían meramente la regla como fue formulada, sino que intentarían encajarla en un marco de consideraciones más amplias para captar su razonabilidad y su fuerza en los casos que enfrentasen. Concluyeron que no había modo en el que ellos pudieran consistente y razonablemente reconocer un hecho indemnizable en el caso de la Sra. Tobin sin arriesgar una responsabilidad mucho más amplia para futuros demandados que pudiera ser justificada sobre los fundamentos de justicia.

La tarea que encaraba el tribunal de Tobin no era meramente enunciar una regla general que, a su mejor juicio, cumpliera con las condiciones de razonabilidad y justicia y cuyas consecuencias fuesen, en balance, buenas según lo establecido por algún estándar común. Como lo vio el tribunal, la tarea era, más bien, formular una regla que cumpliera con esas condiciones y que se mantuviera, es decir, una que fuera vista como una solución razonable al tipo de problema que el tribunal de ese momento enfrentaba y que pudiera ser aplicada por tribunales futuros a casos que fuesen vistos como relevantemente similares. Cuando perdieron las esperanzas de encontrar tal regla, abandonaron la búsqueda y rechazaron el hecho indemnizable alegado por la demandante. En sus deliberaciones, el tribunal reconoció un importante problema de coordinación inter-temporal. Lo que un tribunal espera que hagan futuros tribunales (y los ciudadanos y abogados que asesoran a los ciudadanos) y, en particular, cómo razonarán, es un importante, siempre decisivo, componente de las actuales deliberaciones del tribunal, quizás tan importante como sus fallos previos y el razonamiento en las deliberaciones de los tribunales futuros. Pero este

modo de pensar temporalmente integrador, que mira simultáneamente hacia atrás y adelante, es justo lo que Jano ordenaba. Está agradablemente modelado por una conciencia del tiempo que capta la melodía. Esta conciencia del tiempo es un importante, incluso indispensable, componente del razonamiento adjudicativo en cualquier jurisdicción que reconozca la fuerza normativa de los precedentes.

Una nota sobre el rol de la conciencia del tiempo en la interpretación constitucional

He hecho hincapié en el rol de este tipo de conciencia del tiempo en el razonamiento adjudicativo basado en precedentes. Podríamos preguntarnos acerca de su rol en la interpretación constitucional o de las leyes. Este tema merece más dedicación que la que puedo darle aquí. Sólo ofreceré algunos comentarios para bloquear una asociación natural, aunque creo que equivocada, del respeto por el pasado con enfoques originalistas de la interpretación.

La brecha entre la postura que describí anteriormente y el originalismo tal como lo entiendo es fácil de exponer. El originalismo busca anclar la interpretación constitucional o bien en la intención de los constituyentes o bien en los significados originales del lenguaje en uso al momento de redactar la Constitución. El objetivo usualmente es asentar determinado marco de principios, conceptos o reglas, de un modo ampliamente accesible, más allá de las asperezas y tropezones del debate político, y dar argumentos que desplieguen la semblanza de la racionalidad faltante en el debate político. Se piensa que la naturaleza histórica, esto es, temporalmente ubicada, de los materiales constitucionales, es considerada irrelevante para este propósito y manera de concebir su significado práctico. Se supone que la intención de los constituyentes funciona como los puntos de Arquímedes, anclando la estructura racional de la vida política; pero no como puntos temporales dentro de esa vida política. No se hace ningún intento para ubicar los materiales en una explicación coherente de la vida de la política a lo largo de 200 años. De hecho, sospecho que los originalistas considerarían la idea de hacer esto con gran escepticismo. Su escepticismo puede estar justificado; pero sería escepticismo sobre los méritos racionales de la conciencia del tiempo modelada por la melodía, y no una forma de tal conciencia.

Más aún, el tipo de pensamiento temporalmente integrador que he intentado modelar no se parece en nada a un punto arquimedianos fuera de la política. En cierta

forma es política perseguida por otros medios, aunque pienso que la diferencia de medios puede hacer una gran diferencia. Si tomamos seriamente esta forma de pensar debemos asumir la responsabilidad de que nuestras actividades comunes a lo largo del tiempo tengan sentido. Algunas veces eso implicará seguir la melodía familiar hasta su esperada, aunque no inspirada, conclusión. Otras veces, implicará repensar la dirección de la melodía, cambiándola hacia una nueva dirección, explorando nuevas posibilidades o, como sucede a menudo, hacer algo mejor a partir de una serie de decisiones que habían comenzado a ir muy mal. Esta dimensión de “pesar” es una característica esencial del imperativo de la integridad tal como lo entiendo. Es decir que, mantener la coherencia normativa de esta melodía jurídica, la integridad del Derecho a medida que se desarrolla a lo largo del tiempo, nunca es una cuestión solamente de mostrarlo, tal como era y es, a su mejor luz, sino que implica reconocer los errores y las direcciones falsas del pasado y dar pasos para reparar las rupturas y reorientar la trayectoria del todo hacia el futuro (Postema 1997, 829-31).

Por lo tanto, me parece que el tipo de conciencia del tiempo que he ilustrado en este ensayo es muy diferente del originalismo, tanto en la técnica básica como en el objetivo subyacente. Y, si estoy en lo cierto en que dicha conciencia está en la raíz de la pretensión de normatividad del Derecho, entonces, el originalismo, que parece rechazarla, dificultará la integración hacia unas decisiones judiciales generales y plausibles.

El modo distintivo de guiar del Derecho

La temporalidad esencial del Derecho no está limitada al carácter narrativo de los casos en juicio y a la argumentación basada en precedentes. La temporalidad yace en la propia naturaleza del Derecho y en su modo distintivo de normatividad. Mi argumento para esta tesis comienza con la proposición de que la ley es un dispositivo para la guía normativa de la acción humana -es esencial para la naturaleza del Derecho que busca guiar la acción humana normativamente-. En la historia de los precedentes, ninguna teoría seria del Derecho que yo conozca niega esta proposición, aunque desde el principio ha habido fuertes debates acerca de cómo entenderla. Podemos desear que el Derecho haga muchas cosas diferentes; pero las hará (en su mayor parte) en éste, su distintivo *modus operandi*,

guiando normativamente la acción humana.¹

El Derecho es un emprendimiento normativo. Por ende, considera a aquellos que están sujetos a su guía como agentes racionales y auto-orientados con dos habilidades distintivas: (1) pueden captar las normas legales y aplicarlas a las circunstancias específicas de sus vidas diarias sin ayuda adicional, y (2) pueden apreciar las razones para seguir el trayecto descrito por la norma auto-articulada. El grueso de normas legales, entonces, debe ser general. Esto no es sólo porque es un modo de control social más barato y más eficiente que el micro-manejo del comportamiento caso-por-caso, sino también porque es tarea del Derecho guiar, a través del tiempo, a las personas comprometidas con patrones complejos de interacción social. “Con la posterioridad, el déspota, como tal, no tiene ningún medio de comunicación”, Bentham escribió. “No tiene nombres con que llamarlos, no tiene lenguaje en el que conversar con ellos. Pero el tiempo no tiene ninguna barrera que pueda oponerse al poder del legislador” (Bentham 1970, 91).

Dos características clave de los agentes humanos racionales y auto-orientados influyen en el modo distintivo de guiar del Derecho. En primer lugar, vivimos nuestras vidas, planificamos y llevamos a cabo nuestras actividades en ricas redes de interacción social. Entonces, si el Derecho está para guiar a la acción humana, debe asumir la responsabilidad de guiar la interacción social humana. Dada la naturaleza de la vida en sociedad, guiar a agentes humanos racionales y auto-orientados inevitablemente implica guiar sus interacciones. De aquí que el Derecho no sólo debe ser general, sino que debe tener una forma pública distintiva. La forma pública del Derecho hace posible que los individuos (y los grupos de individuos) orienten sus acciones hacia las acciones de otros en la comunidad.

En segundo lugar, los agentes racionales y auto-orientados no sólo pueden cumplir con las normas, sino que también pueden tomar estas normas (al menos algunas de ellas) como estándares para la evaluación y reivindicación de sus acciones y las acciones de otros.

¹ El Derecho también típicamente guía o, por lo menos, influencia intencionalmente el comportamiento social y la interacción en otros modos. Por ejemplo, puede estructurar el mercado de capitales de modo tal que sólo sea razonable para un operador considerar determinados tipos de operaciones e intercambios de información —no porque se sancionen otros tipos, sino porque los patrones de conducta de otros operadores formados en el Derecho harán que esos otros tipos no estén disponibles o sean muy costosos. También puede guiar dando forma a opciones sociales y oportunidades que después de un tiempo raramente se presenten a la gente común, estarán más allá del horizonte de su experiencia ordinaria. Agradezco a Matthew Smith por hacerme notar formas en que el Derecho y otras normas sociales pueden guiar el comportamiento social inteligente que no encajan en mi modelo de guía normativa.

Es importante para nosotros poder juzgar el cumplimiento de las normas como razonable y valioso (al menos en un grado mínimo), y nos juzgamos a nosotros mismos como reflejados en dichas acciones. Y debido a que vivimos gran parte de nuestras vidas en público, utilizamos las normas para juzgar las vidas y (en cierto grado a las personas) de otros también. Las utilizamos para legitimar nuestras acciones ante nuestros propios ojos y ante los ojos de los otros. Esto no es simplemente un subproducto accesorio de nuestra auto-orientación racional, sino más bien es un modo importante en el cual la ejercitamos y expresamos (Postema 1995). Por supuesto, no vemos todo lo que hacemos intencionalmente de esta forma. Algunas veces buscamos distanciarnos de nuestras acciones o nos rehusamos a asumir toda la responsabilidad por ellas; las atribuimos, o atribuimos sus consecuencias, a otros o a la Naturaleza. Pero no podemos proceder así con una gran parte de nuestras acciones sin sufrir una seria alienación y desplazamiento. Para vivir una vida relativamente profunda y extensa debo poder ver lo que he hecho como algo que yo hago. Por lo tanto, es muy importante para nuestras vidas en sociedad que tengamos estándares con los cuales podamos guiar nuestras acciones en público, legitimarlas públicamente y que otros sean responsables por ellas. Este es un aspecto importante del *modus operandi* normativo del Derecho.

Desde aquí sólo hay un pequeño paso para conceder la dimensión temporal esencial de la normatividad del Derecho. Ya hemos visto que la acción intencional no sólo sucede en el tiempo, sino que el tiempo está esencialmente implicado en ella. Nuestras acciones llevan a cabo propósitos a lo largo del tiempo, según patrones temporales regidos por normas de coherencia práctica. Como la melodía, la acción es esencialmente temporal. Esto es tan verdadero de nuestras interacciones con otros como es verdadero de las acciones puramente privadas. Perseguir propósitos en nuestras vidas en sociedad es perseguirlos en compañía de y en compleja interacción con otros. Los patrones de interacción deben proporcionarnos recursos para lograr coherencia en nuestras acciones e interacciones a lo largo del tiempo. Los agentes humanos racionales y auto-orientados encuentran significado inter-temporal de sus acciones, en parte, como una función de los dispositivos y estructuras disponibles en la comunidad para este propósito.

El Derecho es uno de esos dispositivos. No es el único dispositivo disponible para nosotros en una sociedad decente y que funciona apropiadamente; pero es uno de los más importantes, y continúa adquiriendo importancia a medida que aumenta la distancia (en

espacio y en tiempo) entre aquellos que interactúan. John Finnis observó que el Derecho brinda “una guía presente, y siempre la acción y las decisiones así guiadas estarán en el futuro; pero lo que es deseado es una respuesta guiada a una situación que se ha llevado a cabo, a menudo por hombres que en ese momento confiaban en ‘el Derecho’ para guiarlos” (1973, 65). El Derecho es un dispositivo muy importante para orientar a los agentes racionales y auto-orientados hacia sus comunidades y hacia el tiempo, guiando y haciendo posible la acción social y su legitimación pública.

Esto es posible porque el Derecho es, por su naturaleza, una forma social extendida temporalmente. No es temporalmente extendido en el modo en que lo es la escultura, sino más bien de la forma en que la melodía y la amistad son temporalmente extendidas. Es un sistema de normas o, como prefiero, un marco de razones y una práctica o disciplina de deliberación pública con estas razones (Postema 2002b) que permite a los agentes racionales y auto-orientados alcanzar un grado de coherencia en sus vidas sociales temporalmente extendidas, precisamente porque ancla la deliberación y las decisiones sobre las acciones actuales y proyecciones con respecto a acciones futuras, en decisiones pasadas y acciones de ciudadanos y funcionarios. Este no es meramente un beneficio secundario accidental del Derecho; es fundamental para su tarea de guiar a la acción humana inteligente. Finnis observó que “la función más básica y general” del Derecho es “relacionar el pasado con el presente, proporcionando una guía presente a acciones que suceden y tendrán efecto en el futuro (cuando este presente esté en el pasado)” (1973, 65). La normatividad distintiva del Derecho es dependiente de la trayectoria, no por accidente, sino, podría decirse, por designio.

Coherencia normativa y la idea de un sistema legal momentáneo

Si aceptamos la dimensión temporal esencial de la normatividad del Derecho, tenemos razones para reconsiderar dos puntos de vista actuales en los precedentes Anglo-Americanos contemporáneos. Una de estas posturas es que la identidad de un sistema jurídico a lo largo del tiempo es una función de vínculos de mantenimiento de la identidad entre segmentos momentáneos de ese sistema jurídico. El segundo es que este vínculo está proporcionado por un principio formal fundamental de validez (regla de reconocimiento) ejercido por los funcionarios encargados de aplicar el Derecho. Argumentaré que, si la explicación anterior de la temporalidad del Derecho es correcta,

entonces, la idea de un sistema legal momentáneo presupone la idea de un sistema legal con identidad a lo largo del tiempo. También sugeriré, aunque más tentativamente, que la identidad de un sistema jurídico no puede ser explicada simplemente en términos de una sola regla de reconocimiento con raíces en la práctica de los tribunales.

Comienzo con la discusión de MacCormick (1995) respecto del carácter temporal del Derecho. MacCormick insiste en que “la apreciación del carácter temporal del Derecho y de la actividad jurídica es esencial para comprender lo jurídico” (124). Argumenta que los casos legales deben ser estructurados teniendo en mente una coherencia narrativa inter-temporal (115-8). Sin embargo, insiste en que una noción diferente de coherencia es más fundamental para el Derecho que una coherencia inter-temporal (119-24). Esta “coherencia normativa” tiene tres características esenciales: sistematicidad, intencionalidad y sincronicidad. Consideremos primero la sistematicidad. La racionalidad jurídica moderna, argumenta, depende de la ubicación de las normas jurídicas en un sistema normativo más grande. Dichas normas son miembros del mismo sistema dado, ya que se les puede encontrar una fuente u origen común. La sistematicidad, argumenta, es esencial, si no suficiente, para la normatividad del Derecho (la “racionalidad jurídica moderna”). La coherencia normativa de un conjunto de normas es una función de esta validez formal ideal: “Un sistema de Derecho debe ser entendido como un conjunto de normas interrelacionadas, todas con una base común de validez formal” (119). Otra condición necesaria es la intencionalidad: la coherencia normativa estipula que las normas “deberían... mantenerse juntas con una intencionalidad... [tal que] las normas pertenecientes a un sistema puedan ser vistas como determinaciones de valores o principios particulares” (120). Presumiblemente, también deben encajar juntas con un significado.

Finalmente, MacCormick argumenta que la coherencia normativa, a diferencia de su prima “narrativa”, tiene “un carácter esencialmente sincrónico” (119). La coherencia normativa es una propiedad ideal de un sistema jurídico en un momento dado en el tiempo, de un sistema jurídico momentáneo. Sostiene que está enraizado en un principio de justicia formal que demanda que “todos [en una comunidad] sean tratados de la misma manera, de acuerdo con las mismas reglas bajo la misma interpretación y de un modo que tenga algún sentido general, en lugar de ser caprichoso y arbitrario” (121). MacCormick también reconoce una noción semejante a la noción de integridad de Dworkin (Dworkin 1986; Postema 1997), que “exige una cierta coherencia a lo largo del tiempo en el desarrollo de las normas legales y su interpretación” (124). Pero argumenta que la integridad-coherencia suplementa y está subordinada a la más fundamental coherencia normativa sincrónica: “Idealmente, al menos, la coherencia normativa diacrónica que la integridad demanda es una coherencia a través de un sistema que en cada momento durante su desarrollo debería...

exhibir coherencia sincrónica como un sistema momentáneo” (124). En su forma primaria, la coherencia normativa es una propiedad de sistemas momentáneos; la coherencia normativa diacrónica (integridad) se deriva y depende de ella.

Si mi anterior argumento es correcto, esta postura de la normatividad del Derecho es errónea. La noción de un sistema legal momentáneo normativamente coherente, visto aisladamente del sistema a lo largo del tiempo, carece de coherencia en sí. Si tomamos la intencionalidad del sistema seriamente, los problemas surgen inmediatamente. Decir que el Derecho es un emprendimiento con una intención podría significar que tiene sus propios propósitos distintivos, o bien que enuncia o promueve varios propósitos, valores y principios que la gente o sus gobiernos respaldan. En cualquier caso, un sistema legal normativamente coherente no puede ser momentáneo, porque los propósitos se despliegan a lo largo del tiempo y pueden estructurar significativamente la acción intencional sólo si es posible para el agente proyectar la acción hacia el futuro. Los propósitos son extendidos temporalmente, no momentáneos. Las normas legales son como las acciones intencionales: no podemos promulgarlas coherentemente a menos que reconozcamos cómo los sujetos y funcionarios del Derecho *in media res* conectarán componentes momentáneos en un todo intencionalmente coherente.

Los problemas se agravan si consideramos la sistematicidad. Para que haya un sistema jurídico momentáneo debe ser posible identificarlo y distinguirlo de otros sistemas de normas (incluyendo otros sistemas jurídicos). En este punto, la explicación de MacCormick del carácter sistemático del Derecho sigue a la de Hart. Desde este enfoque, la identidad de un sistema jurídico dado es estrictamente una función de su norma fundamental, su criterio formal de validez. A pesar de que los sistemas legales están cambiando constantemente, se considera que una secuencia de conjuntos de normas indexadas en el tiempo cuentan como un sistema legal particular y unificado, porque sus raíces están en la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico. Según Hart, la regla de reconocimiento “remedia” un problema que perturba a las sociedades pre-jurídicas, cuyas normas o reglas sociales están meramente agregadas, y quizás individualmente aceptadas, pero no sistemáticamente interrelacionadas. La regla de reconocimiento es el principio de unidad sistémica (Hart 1994, 94-5, 116, 236). La regla de reconocimiento, a su vez, está enraizada en la práctica de los funcionarios que normalmente interpretan, aplican y ponen en vigencia las normas del sistema. Desde este punto de vista, la identidad de un “sistema

legal momentáneo” está garantizada por el hecho de que está enraizado en la práctica de reconocimiento oficial.

Sin embargo, un sistema jurídico no es una secuencia de conjuntos de normas válidas, así como una melodía no es meramente una secuencia de tonos. El *modus operandi* del Derecho es brindar una guía y un marco para la interacción de agentes racionales y auto-orientados. Esto requiere, como mínimo, un tipo de coherencia normativa a lo largo del tiempo. Cualquiera sea la coherencia que tenga en un momento es y debe ser concebida sólo como una función de su coherencia a lo largo del tiempo. Hart consideraba la práctica de los funcionarios encargados de aplicar el Derecho estrictamente como una cuestión de hecho presente, un hecho que en sí mismo está cambiando constantemente (Finnis 1973, 55, 68). Por ello, la regla de reconocimiento así concebida no puede conferir unidad sistémica a ningún conjunto de normas jurídicas, pues la cuestión de la relación a través del tiempo del hecho de la aceptación oficial de normas jurídicas en un momento deja todo precisamente donde estaba. La cuestión de la identidad del sistema jurídico vuelve con toda su fuerza. Esta cuestión de hecho presente no puede explicar la identidad de un sistema jurídico a lo largo del tiempo y la identidad de un sistema momentáneo sólo puede ser determinada con referencia a otros sistemas momentáneos del mismo sistema legal (Raz 1980, 189). Por lo tanto, contrariamente a MacCormick, debemos concluir que la coherencia normativa de sistemas jurídicos momentáneos es derivada: depende enteramente de su coherencia a lo largo del tiempo.

Más aún, como Finnis (1973, 68) observó, no tenemos razones para asumir que esta coherencia a lo largo del tiempo estará garantizada por ningún elemento individual formal que exista sin cambios a través de los muchos otros, hasta fundamentales, cambios en la práctica oficial. Entonces ¿cómo se puede explicar la persistencia y unicidad de sistemas legales a lo largo del tiempo y a través de vastos cambios en sustancia y estructura? Según Finnis, “la continuidad e identidad de un sistema jurídico es una función de la continuidad e identidad de la sociedad dentro de cuya existencia ordenada en el tiempo participa el sistema jurídico” (Finnis 1973, 69). Raz ofreció una propuesta muy similar: “La identidad de los sistemas jurídicos depende de la identidad de las formas sociales a las cuales pertenecen” (1980, 189). Finnis y Raz están en lo cierto, creo, hasta el punto que ninguna explicación de la unidad y persistencia de un sistema jurídico puede mantenerse sin vincularlo a la continuidad de la sociedad en la cual participa y a las normas informales que estructuran sus actividades cotidianas ordinarias.

Los teóricos clásicos del common law tienen algo que ofrecernos en este punto. Desde principios del siglo diecisiete en adelante hubo un vigoroso debate acerca de la antigüedad del common law (Postema 2002a, 169-76). Edward Coke sostenía extravagantemente que lo esencial del common law podía remontarse hasta los tiempos de los Anglo-Sajones y aun los Romano-Británicos. Matthew Hale, oponiéndose a Coke, argumentaba más modestamente que el origen y la identidad de las leyes a lo largo de un largo período de tiempo no era la base importante de su fuerza o, como podríamos ponerlo, de su validez. Lo que era esencial fue la continuidad de la práctica jurídica y la vida común a través de cambios vastos. La imagen recurrente de esta continuidad era el barco de Teseo que regresaba después de su largo viaje, el mismo barco que había zarpado años antes, aunque cada uno de sus tablones hubiese sido reemplazado (Hale 1971, 40). A pesar de que los términos de este debate fueron diferentes de los que utilizamos arriba, la preocupación subyacente es similar. ¿Sobre qué están basadas la unidad y la persistencia y, por ende, la validez y la pretensión normativa del Derecho?

La respuesta de Hale es que está enraizada en la continuidad del Derecho a lo largo del tiempo; pero esto parece presuponer lo que se quiere comprobar. Sin embargo, en este punto, las apariencias pueden engañar. Para Hale, la continuidad era considerada una función de aceptación o uso prolongado. Por “aceptación” entendía no un mero cumplimiento o incluso un consentimiento o aval activo, ya sea por el tribunal o la comunidad, sino más bien la incorporación de las normas al common law y la vida común de la sociedad “por Uso prolongado y las muchas Resoluciones basadas sobre ellas” (45). Las normas legales encajaron y tuvieron sentido como un todo sustantivo y como un marco de la vida de la comunidad y la interacción a lo largo del tiempo. Esto trajo aparejado el uso de normas o decisiones pasadas como bases para la proyección de una guía normativa a través del tiempo. Por ende, la identidad, la unidad y la persistencia del Derecho a lo largo del tiempo no eran consideradas como el resultado de que todas las normas en un conjunto cumplieran con algunas condiciones formales, sino más bien de que juntas encajaran en un conjunto de normas prácticamente coherente que resultara al menos congruente con -y diera forma a- la vida pública y la interacción social.

Los criterios de integración, en esta postura, eran sustantivos más que formales, y eran pragmáticos en el sentido de que eran congruentes con la vida de la gente en la sociedad. La “aceptación” no era una cuestión de asentimiento, sino de uso, no algo

declarado, sino más bien algo evidenciado en las actividades ordinarias y en la sensación de razonabilidad que acompaña a ese uso. El uso o “utilización” consistía en ordenar sus vidas coherentemente a lo largo del tiempo. La continuidad era algo captado en cada punto del tiempo por funcionarios y (muchos) ciudadanos conscientes de la temporalidad del Derecho. Desde este enfoque, lo que persistió a través de todos los cambios fue la especial conciencia del tiempo y su significado práctico. Esta conciencia, modelada por la melodía y ubicada en el corazón de la pretensión del Derecho de guiar la interacción social, unificó las normas en un sistema.

El tiempo es esencial para la normatividad distintiva del Derecho. El Derecho es capaz de ofrecer una guía normativa efectiva a agentes racionales y auto-orientados y a agentes que interactúan socialmente sólo si es lo suficientemente congruente con sus vidas sociales y las actividades y prácticas que las estructuran a través del tiempo. Los sistemas jurídicos modernos, no menos que las “sociedades pre-jurídicas”, se apoyan finalmente sobre la integración de normas en las interacciones complejas y vidas interconectadas de la gente que convive en comunidades. Por ello, tenemos razones para pensar que la naturaleza sistemática del Derecho moderno no puede ser concebida simplemente en términos de alguna norma formal de validez elaborada en las prácticas de aplicación de la ley de los funcionarios. En el cuadro que Hart y MacCormick ofrecieron, los sistemas legales modernos, como pirámides invertidas, son conjuntos complejos de normas balanceándose en el punto de la regla de reconocimiento. Pero, si tomamos seriamente la dimensión temporal de la normatividad distintiva del Derecho, debemos volver a poner la pirámide sobre su base social y temporalmente extendida.

REFERENCIAS (BIBLIOGRAFÍA)

- Aquinas, St. Thomas. (1981) *Summa Theologica*. Traducido por Fathers of the English Dominican Province. Westminster, MD: Christian Classics.
- Aristotle. (1985) *Nicomachean Ethics*. Traducido por Terry Irwin. Indianapolis: Hackett Pub. Co.
- Bentham, Jeremy. 1970. *Of Laws in General*. Editado por H.L.A. Hart. London: Athlone Press.
- Bratman, Michael. (1999) *Faces of Intention*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Carr, David. (1986) *Time, Narrative, and History*. Bloomington: Indiana University Press.
- Clanchy, M. T. (1993) *From Memory to Written Record: England 1066-1307*. Oxford: Blackwell.
- Dworkin, Ronald. (1986) *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Eliot, T.S. (1943) "Burnt Norton." En *Four Quartets*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.
- , (1950) *Selected Essays*. New York: Harcourt Brace & Co.
- Finnis, John (1973) "Revolutions and the Continuity of Law." En *Oxford Essays in Jurisprudence: Second Series*. Editado por A.W.B. Simpson. Oxford: Clarendon Press.
- Hale, Matthew. (1971) *History of the Common Law*. Editado por Christopher Gray. Chicago: University of Chicago Press.
- Hart, H.L.A. (1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- , (1994) *The Concept of Law* (segunda edición). Oxford: Clarendon Press.
- Hegel, G.W.F. (1977) *The Phenomenology of Spirit*. Traducido por A.V. Miller. Oxford: Oxford University Press.
- Holmes, Oliver Wendell. (1920) *Collected Legal Papers*. London: Constable & Company.
- , (1963) *The Common Law*. Editado por Marcus De Wolfe Howe. Boston: Little, Brown and Co.
- Husserl, Edmund. (1991) *On the Phenomenology of the Consciousness of Internal Time*.

- Traducido por John Barnett Brough. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- James, William (1981) *Principles of Psychology*, vol. I. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- MacCormick, Neil. (1995) "Time, Narrative, and Law." *En Time, Law, and Society*.
- Editado por J. Bjarup and M. Blegvad. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 64, 111-25.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm. (1980) *On the Advantages and Disadvantages of History for Life*. Traducido por Peter Preuss. Indianapolis: Hackett Publishing Co.
- Posner, Richard A. 1995. *Overcoming Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Postema, Gerald J. (1995) "Public Practical Reason: An Archeology." *Social Philosophy and Policy* 12: 43-86.
- _____ (1997) "Integrity: Justice in Workclothes." *Iowa Law Review* 82: 821-55.
- _____ (2001) "Law as Command" *The Model of Command in Modern Jurisprudence*." *Philosophical Issues* 11: 470-501.
- _____ (2002a) "Classical Common Law Jurisprudence: Part I." *Oxford University Commonwealth Law Journal* 2:155-80.
- _____ (2002b). "The Philosophy of the Common Law". *En The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Editado por Jules Coleman and Scott Shapiro. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, Joseph. (1980) *The Concept of a Legal System*. (segunda edición) Oxford: Clarendon Press.
- Rubinfeld, Jed. (2001) *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*. New Haven: Yale University Press.
- Schauer, Frederick. (1987) "Precedent," *Stanford Law Review* 39:571-605.
- Tobin v. Grossman* [1969] 24 N.Y. 2d 609.
- Twining, William. 2002. *The Great Juristic Bazaar*. Aldershot: Dartmouth.
- White, James Boyd. (1973) *The Legal Imagination*. Boston: Little, Brown.