

La Declinación del Derecho como una Disciplina Autónoma: 1962-1987

RICHARD POSNER(*)

I. EL DERECHO COMO UNA DISCIPLINA AUTÓNOMA

La idea del derecho como disciplina autónoma, es decir, como tema solamente confiado a personas entrenadas en el derecho y en nada más, fue originalmente una idea política. Los jueces de Inglaterra la usaban para evitar la interferencia del rey en sus decisiones, y los abogados, desde tiempos inmemoriales la han usado para proteger su monopolio en la representación de las personas en materias legales. Langdell en 1870 la hizo una idea académica. Él propuso que los principios del derecho podían ser deducidos e inferidos de las opiniones judiciales, por lo tanto un entrenamiento importante para los estudiantes de leyes era la lectura y comparación de estas opiniones y un conocimiento relevante era el conocimiento de lo que estas opiniones contenían, él pensó que este procedimiento era científico; pero no lo era, no en ningún sentido moderno. Era una forma de platonismo, así como Platón había relacionado sillas particulares como manifestaciones o aproximaciones al concepto de una silla, Langdell había relacionado decisiones particulares sobre el derecho contractual como manifestaciones o aproximaciones al concepto legal de contrato.

Esa perversa o al menos incompleta forma de pensar acerca del derecho fue tontamente atacada por Holmes, quien apuntó que el derecho es un arma

para obtener fines sociales, entonces el entendimiento de la ley requería el entendimiento de condiciones sociales; Holmes pensó que el futuro de los estudios legales les pertenecía a los economistas y a los estadísticos, y no más que a los hombres de letra negra. Pero debido a que los economistas y estadísticos; sin mencionar a los sociólogos, los filósofos, los científicos sociales, los historiadores, los psicólogos, los lingüistas y los antropólogos con la notable excepción de Henry Maine, no estuvieron muy interesados en el derecho, el ataque de Holmes sobre Langdell, no socavó la autonomía del derecho como una disciplina, Holmes mismo estaba empapado del pensamiento filosófico, tanto ético como epistemológico de la última parte del siglo XIX, en particular el Darwinismo social y el Pragmatismo de Charles Pierce. Sin embargo, la lección sugerida por su trayectoria, y la de tantos otros notables pensadores como Benjamín Cardoso, Louis Brandeis, Roscoe Pound, Félix Frankfurter, John Wigmore, Karl Llewellyn, Learned Hand, Jerome Frank, Henry Hart y Lon Fuller; fue que el pensador legal debía ser culto, con una educación amplia e intelectualmente de un desarrollo amplio, (en lugar de simplemente excelente en el análisis doctrinal enseñado por Langdell y sus sucesores) y no que una de las llaves para entender el derecho estuviera sostenida por una disciplina diferente a ésta.

Esa era la atmósfera de la Escuela de Derecho de Harvard cuando era estudiante, con un puñado de excepciones tales como: Donal Turner, en derecho del antimonopolio. La facultad creía o al menos lo aparentaba que la única cosa que los estudiantes necesitaban estudiar eran los autoritativos textos legales, judiciales y opiniones administrativas, estatutos y reglamentos y, que la única esencial preparación para un estudiante de derecho era el conocimiento de qué eran esos textos además del poder de la discriminación lógica y la argumentación que pro-

(*)El autor es Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos y el Conferenciante más antiguo, de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago.

El autor desea reconocer la investigación de su asistente Paul Eberhardt, y los útiles comentarios de Paul Bator, Frank Easterbrook, Philip Elman, Edward Levi, Richard Porter, Geoffrey Stone, y Cass Sunstein a los borradores previos.

N.E.: El presente artículo fue redactado en conmemoración de los 100 años de la Revista Harvard Law Review.

venía del crítico y cercano estudio de ellos. La diferencia desde los días en Langdell -una diferencia que fue el legado de Holmes y de los realistas legales- era que entonces el derecho ya era reconocido como un deliberado instrumento de control social, por lo tanto, uno debía conocer algo sobre la sociedad para poder entender el derecho, criticarlo y mejorarlo. Ese “algo” sin embargo, era que cualquier persona inteligente con un poco de educación general y algo de sentido común, conocía, o podía deducir de los textos legales por sí mismo, (vistos como ventana de costumbres sociales); o fallando estas fuentes de entendimiento, adquiriría naturalmente en pocos años de práctica legal, un conjunto de valores éticos y políticos básicos, algún conocimiento sobre instituciones y algún conocimiento sobre el trabajo de la economía.

Ud. podrá pensar que lo siguiente que debe ser dicho acerca de esta fe en la autonomía del derecho como una disciplina es que esta fe era una fe complaciente; pero si Ud. lo piensa está equivocado. Esta fe estaba empíricamente fundamentada. En 1965 parecía razonablemente que cualquier deficiencia en el sistema legal podría ser rectificado por los abogados entrenados y practicantes en la tradición de la autonomía. Por un período de 25 años, los abogados habían, eso parecía, con una pequeña ayuda de otras disciplinas, reformado el sistema procesal de las Cortes Federales (y por fuerza de ejemplo, tuvieron éxito en su reforma de los sistemas procesales de las Cortes Estatales; habían corregido el profundo error epistemológico que había dejado que la Corte Suprema reclamara autoridad para crear un general Derecho Común Federal en diversidad de casos de nacionalidad; habían armonizado el Derecho Comercial con las prácticas modernas a través del Código Uniforme de Comercio; habían (bajo considerable presión política, de seguro) salvado la Corte Suprema al abandonar la “libertad contractual” como un derecho constitucional sustantivo; habían completado (o al menos casi completado) el trabajo de la Guerra Civil derogando la segregación racial en las escuelas públicas y otras

instituciones gubernamentales tanto estatales como federales; habían en el caso del segundo saludo a la bandera resucitado la Constitución como un capítulo de las libertades civiles; habían sistematizado y regularizado los procedimientos administrativos y usado estos procedimientos como el fundamento para crear nuevos e imaginativos sistemas de regulación legal de las relaciones laborales y de los mercados de valores; habían tomado pasos sustanciales para civilizar los procedimientos penales; habían superado la tradicional hostilidad de las cortes ha-

cia los estatutos; habían ordenado el derecho común a través de la Declaraciones del Instituto de Derecho Americano; habían repensado el Derecho Penal sustantivo en el Modelo de Código Penal ALI; habían eliminado varias barreras arbitrarias en la responsabilidad legal (como aquella de la limitación privada en responsabilidad por productos); habían llegado a un acuerdo con el *New Deal*; y tuvieron éxito al desmantelar los residuos de las arcaicas, formalistas o disfuncionales reglas legales, tales como las intrincadas normas que gobernaban la responsabilidad de los propietarios de tierras frente a las personas dañadas por las condiciones de las tierras. En perspectiva, algunos de estos logros pueden ser cuestionados y habrán siempre detractores, pero en general la tradicional fe de los abogados en la autonomía de su disciplina parecía tener fundamento en 1960.

Esta fe se apoyaba en la aparente incapacidad de otras disciplinas para generar algún entendimiento significativo acerca del Derecho. Por ejemplo, hasta la publicación en 1961 de los artículos de Ronald Coase y Guido Calabresi, los economistas parecían tener muy poco que decir acerca del Derecho fuera del campo de la libre competencia (en retrospectiva, es difícil entender como el trabajo de Henry Simons sobre la economía de la tributación puede haber sido ignorado). Aun en el campo de la libre competencia habían bases para el escepticismo. La disciplina de la Libre Competencia era el dominio de una corriente de los economistas conocida como “organización industrial” -en esa época una corriente

*“... no podemos descansar sólo
en los conocimientos legales para
proporcionar soluciones definitivas
a los problemas legales”.*

“suave”, incapaz de impresionar a los abogados con su rigor, por la simple razón que no era rigurosa. En particular, los economistas habían hecho pequeños progresos hacia el entendimiento de los oligopolios, que parecía ser el problema central de la economía de la Libre Competencia. Como consecuencia, fue posible para el profesor Bok (como él entonces era) escribir un artículo en 1960 desbaratando las pretensiones de los economistas de poder guiar la aplicación del derecho de antifusiones. Aún entonces como ahora los economistas entendían que tenían más relevancia en el derecho que cualquier otra disciplina. La filosofía política y la ética se habían desplomado, y virtualmente la única relevancia que tenían las entonces dominantes filosofía analítica o lingüística sobre el derecho era en el viejo debate entre los positivistas y naturalistas sobre la pregunta de ¿Qué es el derecho? (una pregunta que tiene poca significancia práctica sin perjuicio de que es definitivamente una pregunta importante).

Una razón adicional para la prevaeciente fe en la autonomía del derecho era el extraordinario consenso político de finales de los 50 y comienzos de los 60. Desde 1940, y especialmente desde 1952, habían existido sólo pequeñas diferencias ideológicas entre los principales partidos. Al menos en la academia, la derecha radical estaba desacreditada, primero por su aislacionismo y luego por su racismo, y la derecha radical había sido diluida por la Guerra Fría. Secular, humanista, patriota, y centrista, la escena intelectual americana en los finales de los 50 y comienzos de los 60 estaba extraordinariamente libre de todo aspecto ideológico. En tal período era natural pensar el derecho no en términos políticos sino técnicos, como una forma de “ingeniería social” con los abogados como ingenieros. Así como la sociedad ha dejado el diseño de los puentes a los ingenieros civiles, podría dejar el diseño de las instituciones legales a los abogados. Si los ingenieros civiles tienen desacuerdos fundamentales sobre la resistencia al viento, la sociedad no podrá dejar el diseño de los puentes íntegramente a ellos; de la misma forma, si los abogados tienen desacuerdos fundamentales sobre los objetivos, naturaleza y consecuencias del derecho, la sociedad no podrá dejar que ellos diseñen las instituciones legales. Pero, en el período del cual estoy escribiendo había poco de ese desacuerdo y por lo tanto poca oposición al reclamo de los abogados de tener una

disciplina autónoma. Y a pesar que en un último sentido, a diferencia de los ingenieros civiles, el derecho es inevitablemente político, este hecho es difícil de ser notado -dejando de tener relevancia práctica- en un tiempo donde todo el respetable espectro profesional se encuentra de acuerdo sobre las cuestiones políticas básicas que son relevantes para el derecho. Sin que existan diferencias políticas que infecten el análisis legal, el derecho parecía ser una disciplina técnica y objetiva.

No había sido siempre así. Los realistas legales en los años 20 y 30 creyeron todo lo contrario y montaron un poderoso ataque sobre las doctrinas, prácticas e instituciones legales. Ellos creían que mucho del derecho reflejaba una motivada hostilidad política por los jueces y por la profesión legal generalmente hacia la legislación estatal y federal sobre el comportamiento social, agencias administrativas, sindicatos, radicales y propuestas de cambiar las doctrinas del derecho común. Por los años 50, sin embargo, cuando muchos de los cambios reclamados por los realistas legales habían sido adoptados y muchos de los principales realistas habían sido captados por la judicatura, por el diseño de leyes uniformes y otras importantes actividades legales, era ampliamente creído que el derecho había recuperado su posición de neutralidad política.

II. LA DECLARACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS LEYES

El soporte para la lealtad en la autonomía de las leyes es una disciplina que tiene que ser sacada lejos en el último cuarto de siglo. Primero, las opiniones políticas asociadas con el “fin de la ideología” están hechas pedazos. El espectro de la opinión política en las leyes colegiales en la década de los 60 ocuparon un estrecho margen entre un manso liberalismo y un manso conservatismo, ahora son las carreras del marxismo, feminismo y el ala izquierda del nihilismo a la izquierda de la economía y la política liberal y el fundamentalismo cristiano a la derecha. Igualmente, si nosotros truncamos los extremos, ampliamos el área en medio, pasando de Ronald Dworkin a la izquierda a Robert Bork a la derecha -ambos enteramente respetados, “establecidas” figuras que sin embargo son ideológicamente distantes, de modo que no hay fundamento común entre ellos. Ahora sabemos que si entregamos un problema legal a dos igualmente distinguidos

pensadores legales escogidos al azar, debemos llegar a soluciones completamente incompatibles, entonces evidentemente no podemos descansar sólo en los conocimientos legales para proporcionar soluciones definitivas a los problemas legales.

El quebrantamiento del consenso político podría no importar si la ley americana fuera confinada a conclusiones apolíticas; la química no ha cesado de ser una disciplina autónoma sólo porque hay diversidad política entre la química de hoy que la que había hace 30 años. Pero lejos de ser confinada, algunos campos de la ley de hoy están profundamente enmarañados con las cuestiones políticas. En parte, este embrollo se debe a la agresividad con la que la Corte Suprema ha creado los derechos constitucionales en áreas políticamente controversiales, tales como el aborto (y otros temas que involucren al sexo), la redistribución, el patrocinio comercial y el colegio y las condiciones carcelarias. En parte, esto se debe a la expansión de un gobierno general, el cual ha traído más y más temas, con frecuencia las políticas intensas, dentro de las Cortes -los temas como la pobreza, campaña financiera, protección ambiental, y la condición de personas incapacitadas. Más aún, la Corte Suprema ha explorado un estilo agresivo de activismo judicial que, imitado por las Cortes Estatales y mediante las Cortes Federales inferiores en diversos casos, ha prestado a las extensiones de derecho políticamente controversiales en tales campos no federales como el daño y la leyes contractuales. Hay aún campos de la ley políticamente incontrovertidos, tales como el fideicomiso y tasación (este último un campo donde el detalle estatutario deja una pequeña pieza para la discreción judicial), pero menos que en la década de los 50.

Coincidiendo con la declinación del consenso político ha habido un segundo descubrimiento: el boom de disciplinas que son complementarias a la ley, particularmente económicas y filosóficas. La Economía no sólo ha sido más rigurosa desde los años 50, también se ha ramificado en un mercado a un comportamiento de no mercadeo, así tomamos en la materia que más interesa a los pensadores legales. Esto también se ha convertido en más empírico. No sólo existe ahora un buen descubrimiento de la teoría económica del crimen, sino que los economistas han medido el efecto del castigo en la tasa de crimen más rigurosamente que lo que otros científicos sociales o abogados, lo han hecho. Hay una econo-

mía de accidentes y una ley de accidentes, de familia y ley familiar, de derechos de propiedad y ley de propiedad, de finanzas y corporaciones, hasta de libre opinión y la primera reforma, y por tanto a través de casi todo el currículum de leyes colegiales. En varios campos importantes -el antifideicomiso, la ley comercial (inclusive la quiebra), la regulación de corporaciones y aseguradoras, industrias reguladas y tasación- la perspectiva económica es ya dominante y lo será cuando el viejo profesor o los practicantes se retiren. En otro campo importante, como los perjuicios, la ley de propiedad, la ley ambiental, y la ley de trabajo, la proximidad económica esta dando zancadas rápidas. En otros aún, como la ley criminal y la ley familiar, los tradicionalistas ajustan la mano más alta -pero por cuánto tiempo, ¿quién puede decirlo?.

La Filosofía también ha hecho notables progresos en áreas relacionadas al derecho. El renacimiento del interés en la filosofía moral y política, un interés que se debe al trabajo de John Rawls, que ha generado perspectivas filosóficas en una variedad de conclusiones de gran importancia para el derecho, incluyendo la pena capital, el aborto, las obscenidades, los derechos de la mujer, los derechos de los pobres y el papel de una correcta y distributiva justicia en la teoría y práctica de la ley. Desarrollados en la filosofía Continental y en la teoría literaria (para los presentes propósitos mejor considerados como una rama especializada de epistemología) ha expuesto una seria veta de profundo escepticismo acerca de la posibilidad de interpretaciones autoritarias de textos. Este escepticismo ha sido cargado con radicalismos políticos e infantilismos puros, el movimiento contemporáneo en conocimientos legales conocido como "estudios críticamente legales". El impacto combinado de radicalismo y filosofía en conocimiento de leyes constitucionales ha sido especialmente dramático, algunos podrían decir desastroso. Falto de una real autonomía intelectual, la ley puede ser abierta también a la incursión de otros campos de pensamiento.

La teoría de elección pública, un híbrido de economía y ciencias políticas, está comenzando a ser usada en el análisis del derecho; entonces, también es teoría del juego, una teoría estadística (particularmente en relación a la ley de evidencia), estadísticas empíricas) como en las discriminaciones y los casos de antifideicomiso), teoría racional pero no económica social, y simple criticismo literario. La

historia legal se ha vuelto rigurosa y profesional. Algunos campos que una vez vieron prometer importantes aplicaciones a la ley; tal como la psicología, la lingüística y la sociología, no han tenido muchos progresos recientes más allá de mejorar nuestra comprensión de la ley. No obstante, el progreso de otras disciplinas sobre la ley en una ley alumbrada ha sido llamativa y no puede socavar la fe del abogado (especialmente del abogado académico) en la autonomía de su disciplina.

Tercero, la confianza en la habilidad de los abogados en su deber de mejorar la mayoría de problemas del sistema legal, ha colapsado. Algunos de los supuestos triunfos de la década del 30 hasta los años 50 han sido revalorados y no tardaron mucho en ser vistos como triunfadores; esto es verdad, por ejemplo, de las Reglas Federales del Procedimiento Civil y del Acto de procedimiento Administrativo (y de los juicios y procesos administrativos generales). Esta razón se relaciona a la segunda declinación de la autoconfianza del abogado, se debe en parte a la elevación de otras disciplinas a una posición donde pueden competir con las demandas de ley a la perspicacia privilegiada dentro de sus materias. Más importante que cualquier revaluación de las viejas hazañas legales, sin embargo, es una serie de eventos de confianza - quebrantamientos desde inicios de los años 60. Todas las clases de reforma adoptadas en este período, reformas maquinadas por abogados, parecen haber salido mal. Esto incluye un Código de Quiebras, una expansión fugitiva de la tendencia al perjuicio que podría destruir la institución de compromiso asegurado, añadiendo a los resultados frustrantes (y los letales efectos colaterales) del movimiento de compensación automóvil sin falla; un movimiento de divorcio sin falla que ha apuntado en contra de los movimientos de las mujeres

que estimulan esas adopciones, la creación de un sistema de regulación ambiental en un increíble compuesto a la vez perverso o no efectivo en muchas de sus operaciones, la destrucción de la convicción en los campos de conflicto de leyes (especialmente en casos de accidentes) como un resultado de reempla-

zo de reglas mecánicas (tales como la regla de *lex loci delicti*) mediante el "análisis de intereses" y sus variantes, el mejor desatino de las Cortes Federales dentro de la inmensidad litigante, analíticamente insolubles cuestiones éticas-políticas como la pena capital, las condiciones carcelarias (¿cuán confortables deben ser?), sexuales y de familia, y patrocinio político; el crecimiento accidental de las contiendas, a través de una aparente menor enmienda de reglar 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, dentro de lo que algunos observadores creen es una máquina para coercionar el establecimiento de los casos que no tienen real mérito aunque los exponga el defendido a unos compromisos astronómicamente potenciales, la creación de un intrincado Código de Procedimientos Federales criminales en el nombre de la Constitución, y la imposición al por mayor del Código en este estado criminal, procediendo a través de la doctrina de incorporación.

En parte como un resultado de estos descubrimientos, el último cuarto de siglo ha observado una sorprendente subida en la cantidad de litigios en el país, al cual la profesión legal ha respondido con la imaginación de un ingeniero de tráfico que sólo responde a la congestión de carreteras construyendo más carreteras, o de una establecimiento político que sólo responde a las demandas incrementadas por los servicios gubernamentales, imprimiendo más dinero. Mejor sería que se levanten Cortes Honorarias a las demandas apagadas para los servicios de corte, los poderes que administra el sistema judicial

de este país (abogados todos) han bajado en términos reales. Nuestra sociedad a más litigios -debido a que en muchos de esos litigios- han habido más jueces, más abogados, más subsidios de litigación, más burócratas, y más leyes clericales y otras

adjunciones judiciales. Respondiendo al final al sentido de que el recargo de las leyes ha sido sumamente criticado, abogados y jueces están ahora ocupados proponiendo reformas (colectivamente referidas a la "resolución alternativa de disputa") que eleven cuestiones substanciales ambas de eficacia y

*“La economía y la filosofía son
dos disciplinas complementarias a
la ley que hacen declinar la idea
de autonomía del derecho”.*

legalidad. La razón fundamental de que esta explosión del litigio no haya sido observada es que nada en una educación legal convencional -nada rebuscado de un libro de opiniones, estatutos y reglas judiciales cerrado- equipa a las personas a darse cuenta, que dejar sólo a la medida explica, modera y ajusta a, un incremento en la demanda de servicios judiciales. Cualquiera sean las razones, la performance de la profesión legal en responder a los restos del cuarto de siglo pasado han socavado la confianza en que la reforma del sistema pueda ser dejada a los abogados.

El debilitamiento de los soportes tradicionales de fe en la autonomía de la ley como una disciplina no es la única (o varias razones) razón para el declinamiento de la fe. Otras razones puramente internas para la empresa académica de la ley es la misma que llevó a sus autores a escribir una música particular, la misma que llevó a los poetas eventualmente a cansarse del verso heroico. Cuando una técnica es perfeccionada, hasta los profesionales más imaginativos se vuelven inquietos. Ellos quieren ser innovadores en vez de imitadores, y este deseo requiere que apunten en una nueva dirección. Por la década del 60 la mayoría de estos cambios en el tema de la autonomía de la ley han sido escuchados. Holmes y Cardozo entre ellos han dicho las cosas más importantes; Henry Hart Jr. and Albert Sacks en sus renombrados libros sobre procesos legales, and Edward Levi en su clásico *Introduction to Legal Reasoning* han concretado la edificación de lo que podría ser denominado un pensamiento clásico legal. Por supuesto, con la ley en un flujo continuo existen y existirán siempre nuevos casos, nuevas doctrinas, inclusive campos completamente nuevos a los cuales se pueden aplicar las técnicas del razonamiento legal tradicionalmente autónoma, mayormente con resultados espléndidos, a decir del Juez Henry Friendly. No obstante, esto después de un tiempo estaba destinado a parecer, al menos en los más altos rangos académicos, y ya sea correcta o incorrectamente, tarea para los seguidores y no para los líderes. Debido a esta percepción, y también al crecimiento de otras disciplinas, en los años 60 un nuevo tipo de corriente legal empezó a resurgir en las principales escuelas de leyes - la aplicación conciente de otras disciplinas, como la filosofía política y la filosofía moral y económica para los problemas legales tradicionales. Un notable ejemplo además de los ya mencionados es el artículo de Frank

Michelman acerca de indemnización, el cual usa la filosofía y la economía para examinar la doctrina legal en un espíritu más científico que el desarrollado tradicionalmente. Entre un Barton Leach y un Frank Michelman en las leyes de propiedad, como entre un Warren Seavey y un Guido Calabresi en las leyes de daños y perjuicios, hay un gran vacío abierto.

Otra razón relacionada con el declinamiento de la fe en el derecho como una disciplina autónoma es el continuo crecimiento prestigioso y con autoridad de modos científicos y otros modos exactos de cuestionar en general, esto es, aparte de cualquier aplicación directa que pudieran tener para el análisis legal. Avances en la ciencia médica, en la tecnología del espacio y de las armas, computación, matemáticas y estadística, cosmología, biología, economía, lingüística, y muchas otras áreas de avances tecnológicos y científicos están haciendo que el tradicional análisis legal doctrinal -el corazón del pensamiento legal cuando la ley es concebida como una disciplina autónoma- parezca para muchos jóvenes estudiosos como desfasado, tedioso y pasado de moda. Algunas áreas en situaciones similares como la crítica literaria, no les ha importado en tomar prestado cosas de otras mucho más rigurosas, innovadoras y argumentables; en retrospectiva es obvio que la ley académica hará lo mismo. Aunque el trabajo clásico de los conocimientos legales tradicionales pueden aún ser leídos con provecho y admiración, ya no es tan fácil para abogados académicos que quieren ser considerados en la "cutting edge" del pensamiento legal como para imaginarse escribir con el mismo humor. Este punto es distinto del anteriormente presentado, porque el estilo ha sido perfeccionado (lo cual no ha sido mencionado). Una pureza verbal, un conocimiento puro de las leyes, en los cuales las categorías de análisis son las mismas, o bastante parecidas, aquellas usadas por jueces o legisladores cuyos trabajos están siendo analizados -como en las colegiaturas cuyo consenso político es asumido y los conocimientos de otras disciplinas ignoradas- actualmente no encajan adecuadamente dentro del colegial *Zeitgeist*(*).

El último motivo del declinamiento de la fe en la autonomía de la ley que debo considerar es el aumento en importancia de los estatutos y de la Cons-

(*) Nota de redacción:
Nombre del espíritu de los tiempos.

titudin comparada con la ley común como fuente de ley. La particular destreza aguda por la educación legal cultivada por los estudiantes de leyes es la extracción de la doctrina legal de una serie de casos y ensayos conjuntos con otras doctrinas similarmente derivadas. Es particularmente valiosa esta habilidad en el tratamiento con el *common law*, es decir, la ley hecha por el juez. Ahora es verdad que más estatutos y más leyes constitucionales como el *common law* tienen un sentido práctico, toda vez que después de un tiempo un estatuto o una Constitución provisional llega a incrustarse con decisiones interpretativas que el texto original casi desaparece, y la tarea principal del analista legal se dirige a la interpretación de las decisiones. Esta descripción es dramáticamente cierta para las leyes de antimonopolio, la primera, cuarta, sexta, y octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, el debido proceso y la igual protección de las cláusulas, entre otras cosas más. Sin embargo, el cuerpo de un caso legal construido en base a un estatuto o en base a una constitución no puede nunca liberarse enteramente de sus raíces, porque por último su legitimidad depende, al menos en parte, en la fidelidad del texto original, en un modo que la doctrina de la ley común no lo haga. Además, nuevos estatutos están siendo continuamente superados, los cuales deben ser interpretados, y para esta tarea interpretativa no hay soporte en el caso legal.

El crecimiento importante de los estatutos y de la Constitución como recursos de la ley no sería significativo para mi presente cuestionamiento si los abogados tuvieron buenas herramientas para interpretar los textos legislativos; pero, aunque nos cueste decirlo, nosotros no lo hacemos. Este hecho fue opacado en la interpretación influyente de los estatutos de Hart y Sacks por ciertas posiciones cuyas arbitrariedades no fueron percibidas en su momento. Escribiendo en el despertar de un Nuevo Negocio, que estaba ya aprobado, Hart y Sacks trataron implícitamente la legislatura (incluyendo la convención constitucional original y ratificando las legislaturas del Estado) como una mente singular, una inteligencia y una mente emprendedora, y además una mente que estuvo dedicada a servir al interés público, y tuvo una concepción idéntica del interés público para los jueces los cuales serían llamados a interpretar la legislación (el último punto fue un aspecto del consenso político que existió cuando ellos

escribieron). Esta concepción de la legislatura hizo del trabajo de interpretación de los estatutos no más problemático que interpretar un contrato -en realidad, menos problemático porque siempre ha sido reconocido que las partes de un contrato tengan diferentes objetivos y también diferentes entendimientos de lo que han pactado.

Desde que Hart y Sacks escribieron, un gran número de factores se han combinado para infligir un soplo mortal en el comfortable punto de vista de la interpretación de estatutos que ellos han expuesto. Dentro de estos factores, el principal ha sido el rompimiento del consenso político, y el crecimiento de la teoría social sobre la fundación del Teorema de Imposibilidad de Arrow, el redescubrimiento de grupos de interés por economistas y científicos políticos por ambos lados: la izquierda y la derecha, la crítica del "Interés Público" de la legislación por movimientos conservativos y desreguladores. El levantamiento de las "reglas de la construcción estatutaria", y los ataques hechos por filósofos continentales y sus seguidores americanos sobre la objetividad de la interpretación.

El problema inherente de la interpretación estatutaria es bien ilustrado por la decisión unánime de la Corte Suprema -y el primer rubor formal, técnico, no extraordinario e irrecusable- en *Leo Sheep Co. vs. United States*. En 1862 el Congreso otorgó tierras a la Union Pacific Railroad como un medio para subsidiar la construcción de un ferrocarril transcontinental. El otorgamiento no fue limitado a un lado del camino sino que incluyó ambas partes del camino. Esta tierra fue dividida en secciones llamadas "checkboxboard", cada una con 640 acres, las secciones con números impares los cuales estaban dadas al ferrocarril, mientras que las secciones con números pares fueron retenidas por el gobierno. La idea detrás de este acuerdo fue que la construcción del ferrocarril iba a incrementar el valor de las tierras adyacentes y el gobierno podría obtener un beneficio directo del otorgamiento dado a la Union Pacific por la retención de parte de esta tierra. El caso *Leo Sheep* se originó más de un siglo después de haber sido entregadas la tierra. La tierra que eran poseídas por los solicitantes del caso, sucesores interesados en la *Union Pacific Railroad*, bloqueaban el acceso a un reservorio propiedad del gobierno desde el sur y el este. El gobierno quería hacer un camino accesible a través de las tierras de estos solicitantes para conectar el área del reservorio

(que había sido utilizada como área recreativa) a una ruta de la ciudad. El asunto en este caso era si el Congreso había implícitamente reservado (ya que no había una reservación expresa) un fácil acceso cuando otorgó las tierras a la *Union Pacific Railroad* en 1862. La Corte sostuvo que no lo tuvieron.

La Corte empieza su análisis notando que el estatuto de 1862 contenía varias reservaciones específicas para el otorgamiento de las “checkerboard”, como la reserva de los derechos minerales y los comentarios que “dada la existencia de excepciones explícitas, esta Corte en el pasado rechazó añadir esta lista aludiendo algunos intentos implícitos del Congreso. Aunque la Corte no explica por qué la existencia de excepciones explícitas debería negar una excepción implícita, debe haber sido aludido el tan conocido canon de la construcción estatutaria de *expressio unius est exclusio alterius* - la expresión de una cosa es la exclusión de otras. Recientes decisiones de la Corte Suprema han aprobado en algunos casos el postulado, pero en la mayoría de casos lo rechazaban. La doctrina debería ser rechazada. El Congreso debe querer crear una excepción a un otorgamiento general sin querer prevenir a las Cortes en reconocer excepciones adicionales en relación con el espíritu del estatuto.

Además, la Corte recogió el argumento del gobierno por el cual lo que todo los gobiernos quieren es una servidumbre necesaria, y porque tal servidumbre sería implícita en cualquier convenio privado inmobiliario, esto también debería ser implícito en uno público. La Corte rechaza este argumento por diversos motivos. Primero, declara que “cualquiera sea el derecho de paso que el propietario de una tierra privada pudiera tener, no es nada claro que ello incluiría el derecho a construir una ruta para el acceso público a un área recreacional”. Decir que una proposición “no es nada clara”, no es lo mismo que decir que es falsa; pero la Corte puede pensar que estas son equivalentes, porque se mueve inmediatamente a su segundo motivo: que “la servidumbre no es actualmente materia de necesidad en

este caso, porque el Gobierno tiene un poder de dominio absoluto. Existe, sin embargo, una gran diferencia, no remarcada por la Corte, entre tener un “libre” derecho de acceso y tener que pagar un justo valor de mercado por este derecho de acceso.

La Corte señala que algunos Estados no reconocen esta necesidad de facilidad en favor del Gobierno, y que otros han abolido la doctrina en favor de otorgar a todos los propietarios de las tierras adyacentes un poder de dominio absoluto; la Corte no hace un esfuerzo sin embargo, para conectar estos desarrollos aparentemente recientes con el Congreso de 1862. Luego, la Corte señala inesperadamente que la aplicación de la doctrina de la servidumbre necesaria tiene *ultimadamente una significancia*

pequeña. El requerimiento pertinente en este caso es el intento del Congreso cuando otorgó estas tierras a la Union Pacific en 1862. El Acta de 1862 específicamente citó las reservaciones de la concesión, y nosotros no encontramos la relevancia sutil de la doctrina del common-

law de caminos suficientemente necesarios para sobrellevar la interferencia surgida por la omisión de cualquier referencia al derecho reservado, defendido por el Gobierno en este caso.

Este argumento es solo contra *expressio unius est exclusio alterius*. La Corte señala luego: “es posible que el Congreso haya dado al problema del acceso algunos aportes, pero es al menos posible que estas posturas estaban enfocadas en la negociación, en consideraciones recíprocas y el poder de dominio absoluto como medios obvios para aminorar las disputas. De todos modos suponen que estas dos posibilidades están igualadas; ¿cuál sería la inferencia que se debería obtener?”

Luego, la Corte confronta una objeción basada en “la regla de interpretación familiar que, cuando se otorga tierras federales se tiene como resultado, en caso de duda que “son resueltas por el Gobierno, y no en contra de este”, pero esto se dispensa anotando que “esta Corte mucho tiempo atrás declinó aplicar esta regla en todo su vigor para otorgarles bajo el ferrocarril Actas. En apoyo de esta posición

“Entre la década del 50 y 60 era natural pensar el derecho no en términos políticos sino técnicos como «una forma de ingeniería social» con los abogados como ingenieros”.

la Corte citó dos decisiones antiguas pero olvidó mencionar el caso *Union States vs. Union Pacific Railroad*, en el cual la Corte en 1957 ha aplicado la regla del estatuto envuelto en *Leo Sheep*.

Nótese que aparte de sus repetidas alusiones al canon *expressio unius est exclusio alterius*, la Corte invirtió todo su tiempo destruyendo los argumentos del Gobierno en vez de construir un caso afirmativo -hasta el final de la opinión señala "no estamos dispuestos a concertar contrariando expectativas para acomodar algún poder mal definido para construir vías públicas sin ninguna indemnización. Este es un buen argumento, pero no tiene nada que hacer con la intención del Congreso en 1862. La verdad es que nadie sabe como el Congreso hubiera resuelto este tema, si se hubiera realizado en 1862.

Desafortunadamente, tal indeterminación es un problema frecuente de la interpretación de los estatutos y de las provisiones constitucionales, especialmente las antiguas. Con el envejecimiento de la Constitución y la expansión de normas estatutarias relativas al derecho común, abogados y jueces están constantemente comprometidos en una forma de consulta o averiguaciones -la interpretación de textos no muy claros- para el cual un entrenamiento legal convencional, con énfasis en el análisis de la doctrina hecha por el juez, no los prepara muy bien. Y, desafortunadamente los argumentos de la economía, sociología y la teoría interpretativa (hermenéutica) que ha disminuido la fe de los inocentes abogados en la fase de interpretación de estatutos y provisiones constitucionales no ha puesto nada en su lugar. Los escépticos no han tenido éxito en crear un método alternativo de interpretación ampliamente aceptado, ni en la persuasión de que debemos olvidarnos de la interpretación -que deberíamos llamar a lo que hacemos "construcción" y decirlo literalmente. Cuanto más seguros se vuelvan los abogados académicos en defender la objetividad de sus interpretaciones de los estatutos y la Constitución, menos condescendientes serán, inclusive cuando atenten la forma tradicional del conocimiento legal.

III. SUGERENCIAS Y DIAGNÓSTICO

Espero que el lector no piense que por describir el decline a lo largo de los últimos veinticinco años del derecho como una disciplina autónoma, estoy prediciendo o dando la bienvenida a la desaparición

del pensamiento legal tradicional y su conocimiento. Como un juez de apelación, soy un consumidor y productor de análisis doctrinal. Aunque creo que, la ley fue tan parroquial hace veinticinco años atrás y que a pesar de todos los falsos inicios y tontos caprichos que han mermado su deseo de alcanzar a otros campos, el crecimiento del análisis legal interdisciplinario ha sido algo bueno, lo cual debe (y tiene) que continuar. Un análisis legal-doctrinal desinteresado de una clase tradicional se conserva como algo indispensable en el pensamiento legal, y no hay un exceso de estos análisis hoy en día. Supongo que muchos estudiosos de la ley quienes hoy respiran los humos del estructuralismo, filosofía moral, y la teoría del segundo mejor podrían ser mejores empleados estudiando los orígenes de la doctrinal *Enelow-Ettelson* o sintetizando la Ley de Seguros. Sin embargo, parece improbable que nosotros retornemos pronto (si nunca) a una creencia calmada en la autonomía del derecho.

El reconocimiento de la ley es un campo interdisciplinario y en crecimiento que tiene muchas implicancias, que mencionaremos sin tratar de detallarlas:

1. Economistas, estadistas, y otras ciencias sociales, deben tener un rol más prominente en los esfuerzos para la reforma legal tradicional -como los esfuerzos de la Comisión Sentenciadora (cuyo director de investigación y dos miembros más, me alegra decirlo, son científicos sociales en vez de abogados) para revisar sentencias federales, y esfuerzos en proceso o para venir a revisar las Reglas Federales de Procedimiento Civil, el Código de Quiebras, el Código de Impuestos y la Ley de Daños.

2. El tipo de conocimiento de la "abogacía" en el cual la agudeza política está oculta en un discurso legal formalista -una estampa de la revisión escrita de la ley moderna- que debería ser reemplazado por una literatura más inocente en los méritos políticos de las doctrinas legales en competencia. En esta literatura, casi desconocida, el autor reconoce el punto en el cual los materiales legales autorizados desaparecen y justifican el lapso de fe necesario para cerrar el espacio entre estos materiales y sus conclusiones.

3. Un punto relacionado es que necesitamos un nuevo estilo de opinión judicial escrita (realmente un retorno al estilo antiguo) en el cual los soportes formales -como las reglas de interpretación de los

estatutos y el pretexto de precedentes determinantes- que exageran los elementos autónomos en el razonamiento legal están siendo reemplazados por un compromiso más inocente con las premisas reales de decisión. Al realizar decisiones judiciales debe también volverse más receptivo a los conocimientos de la ciencia social. Abogados y jueces deben sobrellevar el prevalente (y desagradable) bloqueo matemático que aflige a la profesión legal.

4. Las escuelas de leyes necesitan estimular el campo académico de la ley, que lo denominó "Teoría Legal", visto como un camino distinto al análisis legal, educación clínica, y a otras tradicionales, campos prácticos orientados al entrenamiento legal y al saber. Por Teoría Legal, quiero decir el estudio de la ley no como un medio convencional de adquirir una competencia profesional pero "desde fuera", sino usando los métodos científicos y humanísticos para aumentar nuestro conocimiento

del sistema legal. Debe haber departamentos legales, donde se puedan lograr programas doctorales en la Teoría Legal, o programas alternativos de diversas universidades, facultades de derecho, entrenamiento doctoral en otras disciplinas dentro de un curso de estudios integrado que tome menos de un mínimo de diez años después de la secundaria. Tres años de universidad, dos años en la facultad de derecho, y tres años de estudio de doctorado, si estas etapas de entrenamiento son integradas, equipan al estudiante para contribuir creativamente al entendimiento y progreso del sistema legal del siglo veintiuno. Espero que no se entienda que estoy sugiriendo o que la instrucción e investigación en la Teoría Legal reemplace el análisis doctrinal, o que la Teoría Legal sea igualada con aquella, o más aún que se piense que deba ser incluida, la abogacía de los nuevos derechos constitucionales. DYS