

Una introducción al pensamiento legal: cuatro aproximaciones al Derecho y la disposición de partes del cuerpo^(*)

Guido Calabresi^(**)

1. Introducción

A lo largo de este siglo, en los Estados Unidos, cuatro escuelas de Derecho han pugnado por el dominio entre los académicos del Derecho. Aun cuando han existido muchas más que estas cuatro “escuelas” o “movimientos”, muchos de estos, pienso, representan únicamente una variante, una forma particular o una aplicación específica, de uno de estos puntos de vista mencionados. En otras instancias, las escuelas jurídicas o movimientos particulares han rescatado elementos de más de una de mis aproximaciones. Incluso, en tales casos, las escuelas han solido ser criticadas por su vaguedad y carencia de coherencia, pero ello será desarrollado con posterioridad. Así, cada una de estas aproximaciones está mucho más vigente e influyente en la actualidad, y cada una se encuentra en una forma o manifestación relativamente reciente.

En este artículo quisiera describir brevemente estos cuatro puntos de vista, indicando cómo las actuales manifestaciones de ellas se relacionan con versiones previas, para finalmente sugerir cómo debe ser analizado un tema que es, y se convertirá cada vez más, en un aspecto cada vez más relevante del Derecho, como lo es el determinar si somos propietarios de nuestro cuerpo y de las partes del mismo; o si ellas pertenecen, de cierta forma, a quienes la necesiten.

2. Doctrinarismo o autonomismo

La primera aproximación que ha sido dominante a principios de este siglo, y que probablemente se mantenga de tal forma en la Europa actual, puede ser llamada formalismo, doctrinarismo, o autonomismo⁽¹⁾. Si bien ha tenido dificultades este último siglo en América⁽²⁾, está disfrutando

(*) Publicado originalmente bajo el título: *An introduction to legal thought: four approaches to Law and to the allocation of body parts*. En: *Stanford Law Review*. Volumen 55. Número 6. Junio, 2003. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor, estuvo a cargo de Lorena Sarmiento Aguirre y Yésica del Carpio Castro, miembros de la Asociación Civil **ius et veritas**.

Agradecemos especialmente al profesor Alfredo Bullard González por su colaboración en la gestión del presente artículo.

(**) Juez de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos; Profesor Emérito Sterling y Conferenciante Profesor. Este artículo deriva de una serie de conferencias y talleres que he dictado a lo largo de los años. Una versión previa de este artículo fue la base de la conferencia Brandies que dicté en la Academia de Ciencias y Humanidades de Israel el 1 de noviembre de 1995. La actual rendición fue presentada como una conferencia en la Facultad de Derecho de Stanford el 2 de mayo de 2003. Estoy particularmente agradecido a Roberto González, Michael Halberstam, Edgard Loya y los editores del *Stanford Law Review*, quienes ayudaron de gran manera y elegantemente en convertir las divagaciones de un juez en un artículo académico.

(1) La versión americana del doctrinarismo es usualmente rastreada a la ciencia legal de Langdell. Véase: LANGDELL, C.C. *A Summary of the Law of Contracts*. 1980. Para una discusión de las premisas del sistema de Langdell, véase: GREY, Thomas C. *Langdell's Orthodoxy*. En: *University of Pittsburg Law Review*. Número 45, 1983. p. 1. La ciencia legal americana fue fuertemente influenciada por los pandectistas alemanes, cuyo trabajo consistía en la sistematización conceptual de los principios descubiertos en sus estudios sobre el Derecho Civil romano en El Digesto y que eventualmente

actualmente una suerte de renacimiento. Esto está ocurriendo especialmente entre un extenso grupo de académicos contemporáneos que, si presionados, probablemente se describirán a sí mismos como miembros de escuelas o movimientos jurídicos diferentes, pero todos los que, de hecho, comparten esta manera de hacer Derecho⁽³⁾.

Su característica fundamental es que ve al Derecho como autónomo y distinto de otros campos del saber⁽⁴⁾. El análisis legal, dentro de esta aproximación, al menos en una forma primitiva, podrá desarrollarse sin referencia de otras disciplinas u otras fuentes de valores. El trabajo principal de tal análisis será el de brindar reglas jurídicas coherentes y consistentes entre sí, de forma tal que dichos casos sean tratados de forma similar⁽⁵⁾. De esta forma, lo que sería un “caso

similar o análogo”, deriva por sí mismo de valores inherentes al propio sistema (cualquiera sea la manera en que llegaron ahí), antes que llegar de una fuente exógena⁽⁶⁾. En su forma europea tradicional, este asegura estudiar, *de jure condendum*, e intenta por su cuenta, racionalizar y proporcionar reglas coherentes que deriven de los grandes códigos jurídicos (por ellos mismos, como sucedió, principalmente con los grandes códigos jurídicos del siglo XIX)⁽⁷⁾. Actualmente, en los Estados Unidos de América, el sistema, el panorama legal, realiza una búsqueda compleja para alcanzar consistencia y racionalidad. Su conformación está dada por una mezcla de precedentes del sistema del *Common Law*, así como normas estatutarias y constitucionales, ambas con un nivel estatal y federal⁽⁸⁾. Esta

culminó con la promulgación del Código Civil Alemán de 1896 (el BGB). MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition; An Introduction to the Legal System Of Western Europe and Latin America*. 1985. pp. 57-67. Aun en la actualidad, el BGB es admirado por los expertos por su precisión y rigurosidad de pensamiento. La ciencia legal del Código Civil alemán proporcionó una fuerte influencia en los códigos austriaco, brasileño, checo, griego, húngaro, italiano, suizo, yugoslavo y japonés. La literatura legal italiana como aquella en muchos otros países del Derecho Civil hacen eco del método pandectista alemán. Véase: ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. pp. 105 y 144-156.

(2) Véase: infra Parte II.

(3) El formalismo está floreciendo en muchos campos legales como el Derecho de los Contratos, véase: CHARNY, David. *The New Formalism in Contract*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 66, 1999 p. 842; MURRIA JR., John E. *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*. En: *Fordham Law Review*. Número 71, 2002. p. 869; para una interpretación constitucional y estatutaria, véase: SCALIA, Antonin. *A matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. 1998 (“Larga vida al formalismo, es aquello que hace que un gobierno sea del Derecho y no de los hombres”). CALABRESI, Steven G. y Saikrishna B. PRAKASH. *The President Power to Execute the Law*. En: *Yale Law Journal*. Número 104. p. 544; MANNING, John. *Legal Realism and the Canons’ Revival*. En: *Greenbag*. Número 5, 2002. p. 283; jurisprudencia, véase: ALEXANDER, Larry y Emily SHERWIN. *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. 2001; COLEMAN, Jules L. Coleman y Brian LEITER. *Determinacy, Objectivity and Authority*. En: *University of Pennsylvania Law Review*. Número 142, 1993. p. 549; SCHAUER, Frederick. *Formalism*. En: *Yale Law Journal*. Número 97, 1998. p. 509; y el Derecho Internacional, véase: FISS, Owen M. *The Autonomy of Law*. En: *Yale Journal of International Law*. Número 26, 2001. p. 517.

(4) El formalismo frecuentemente se refiere al Derecho como a una ciencia, con sus propios principios, procesos de razonamiento y hechos propios. Véase: GREY. *Supra* nota 1, pp. 9-19 y 29-31 (describiendo la percepción peculiar de Langdell de lo científico en la clásica ciencia legal). Dependiendo de la concepción de ciencia, tal autonomía puede ser obtenida de diversas formas. La “ciencia normativa” de Hans Kelsen del Derecho se levanta tal vez en las bases de una teoría del Derecho “pura (...) que se preocupa individualmente con la parte del conocimiento que trata con el Derecho, excluyendo de tal conocimiento de todo de lo que no pertenece estrictamente al Derecho jurisdiccional (...) para liberar a la ciencia del Derecho de elementos externos”. KELSEN, Hans. *The Pure Theory of Law*. 1934.

(5) Véase: WEINRIB, Ernest. *The Idea of Private Law*. 1995. pp. 12 y 13 (“El Derecho Privado surge para evitar la contradicción, eliminar las inconsistencias, y darse cuenta de la propia armonía de sus principios, reglas y estándares (...) internos al proceso del Derecho en transformación y reinterpretación o incluso de rechazo a decisiones específicas para que conformen un panorama más amplio y coherente. En la clásica frase de abogados del *Common Law*, la ley se puede hacer a sí misma pura”). DWORKIN, Ronald. *No Right to Answer?* En: *New York University Law Review*. Número 53, 1978. p. 1 (argumentando por la relativa completitud de los sistemas legales maduros y contra la indeterminación de resultados en los casos difíciles).

(6) MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. 1978. p. 186 (“No se puede dibujar una línea de distinción entre argumentos de principios legales y argumentos de analogía. Las analogías solo tienen sentido si hay razones de principios subyacentes”).

(7) Véase: ZWEIGERT & KÖTZ. *Supra* nota 1. pp. 74-179 (describiendo el gran Código del Romanticismo francés y las tradiciones legales germanas).

(8) Véase: CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. 1982. pp. 1-7.

complejidad en sus fuentes normativas hace el trabajo de las modernas doctrinas americanas mucho más complicado e interesante, pero no constituye una diferencia real en la aproximación de sus antiguos predecesores o de su contraparte europea.

Algunos han descrito este acercamiento como inherentemente conservador⁽⁹⁾. En cierto sentido este lo es, en tanto que no contempla una introducción de nuevos o distintos valores en la escena de los roles de la academia legal. Como resultado, estas escuelas, mientras estén nominalmente comprometidas en la dilucidación de valores preexistentes y no de su justificación, a pesar de todo, se encuentran listas para tomarse como defensores de los valores que encuentran integrados en el sistema. Sin embargo, algunas formas son mucho más conservadoras que otras. Si este acercamiento negase el derecho de cualquiera -ya sea legislativamente como a través de las cortes- a cambiar estos códigos (como en cierto momento se hizo en Europa), o de cambiar las relaciones jurídicas fundamentales establecidas a través de una extraña mixtura del Derecho del *Common Law* con el Derecho estatutario, y las normas constitucionales que configuran nuestro actual panorama legal (como ocasionalmente parece corresponder incluso a los Estados Unidos), volviéndose en efecto, extremadamente conservador. Si en cambio, solamente afirmáramos que la introducción de una serie de nuevos valores, (o la crítica de un sistema basado en valores exógenos) no es el rol de las escuelas jurídicas (o quizás de sus cortes), estas simplemente removerían uno o más actores de la escena de

reforma y renovación. Ello, no niega por sí mismo que “otros” -algunas veces con nombre propio y en otras no- tengan ese trabajo por hacer⁽¹⁰⁾. De esta forma, este conservadurismo se encuentra mucho más limitado.

De cualquier forma, el conservadurismo, en ese sentido, no significa “el ala derecha” (en la moderna oratoria política). Ello es, los valores por los que el sistema puede optar (los cuales el formalismo no cuestiona) pueden ser de “izquierda” o “derecha”, siendo estos últimos en algunas ocasiones llamados “valores tradicionalmente liberales”, o de cualquier otro establecimiento que de forma alguna estén enraizados en los códigos o del panorama legal. De esta forma, es tan conservador contra lo reformista o lo radical en su perspectiva respecto de los roles de las escuelas legales, pero lo que conserva es un tema distinto⁽¹¹⁾.

Esto puede ser apreciado de una forma más dramática cuando observamos la época fascista de Italia. Estas escuelas, las que eran en sí mismas políticamente antifascistas, estaban conformadas por las personas que provenían de las fuentes más extremas del “formalismo”. Los códigos “antiguos” no fueron alterados por nadie, y el hecho de que dichos códigos fueran un estancamiento del pensamiento del siglo XIX (político tanto como económico) pudo ser o no coincidencia⁽¹²⁾. Los “sociólogos del Derecho”, como sus oponentes los llamaron despectivamente en aquella época en Italia, eran quienes en cambio, usualmente eran simpatizantes fascistas (o al menos los que no se oponían al régimen) para quienes la introducción de nuevos valores en el Derecho italiano, frecuentemente sindicalistas, se

(9) Véase: POUND, Roscoe. *Mechanical Jurisprudence*. En: *Columbia Law Review*. Número 8, 1908. pp. 605 y 606 (“El efecto de todo sistema debe ser la petrificación del sujeto sistematizado. La perfección del sistema científico y su exposición tiende a eliminar la iniciativa individual en el futuro, consideración independiente de nuevos problemas y de nuevas fases de antiguos problemas, y la imposición de ideas de una generación sobre otra”).

(10) H.L.A. Hart, Joseph Raz, Robert Summers, Neil MacCormick, Jules Coleman y otros miembros de la (no tan) “New Analytical Jurisprudence” toman esta postura. Véase: MACCORMICK, Neil. *Contemporary Legal Philosophy: The Rediscovery of Practical Reason*. En: *Journal of Law and Society*. Número 10, 1983. SUMMERS, Robert S. *The New Analytical Jurists*. En: *New York University Law Review*. Número 41, 1966. p. 861.

(11) Efectivamente en algunas de sus versiones, pueden volverse muy revolucionarias. Si no una, ni legislaturas ni cortes ni académicos pueden alterar la ley; si su trabajo es meramente aclarativo y hacerlo más consistente, no es posible que la ley pueda convertirse totalmente coherente e intolerantemente absurda, en cuyo caso, cuando ocurra, puede ocurrir mediante una rebelión.

(12) Véase: CALABRESI, Guido. *Two Functions of Formalism*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 67, 2000. pp. 479 y 482.

(13) El más famoso de estos fue Giorgio Del Vecchio, decano de la Escuela de Leyes en Roma, y luego presidente de la Universidad de Roma. Del Vecchio fue un amigo cercano del decano de “Jurisprudencia Sociológica” americana y de la Escuela de Derecho de Harvard, Roscoe Pound. Ambos compartían un acercamiento antiformalista de la ley que debería hacer que la ley responda a las metas sociales del presente. *Ibid.*; p. 482.

encontraban lejos de ser un anatema⁽¹³⁾. La reacción de las distintas escuelas después del fascismo es una historia interesante⁽¹⁴⁾. Pero para los propósitos del presente artículo es suficiente anotar que en las décadas de 1920 y 1930, aquellos que probablemente tildaríamos de “liberales”, fueron realmente “doctrinalistas”, y de ahí conservadores de una estructura legal preminentemente liberalista propia del pensamiento del siglo XIX, mientras que a quienes llamaríamos el “ala derecha” resultaron siendo los reformadores funcionalistas.

Los autonomistas en la actualidad suelen hacer una reverencia a los valores exógenos, y esto los distingue de sus antecesores⁽¹⁵⁾. Esta reverencia puede interpretada de diversas formas:

a) Desde luego, los valores nuevos o exógenos deben entrar de alguna forma en el sistema, pero no es labor de las escuelas legales (algunos agregarían “o de las cortes”) el alcanzarlas. En tanto, estas deben estar a cargo de las “legislaturas” o de las “personas” (o de alguna construcción equivalente)⁽¹⁶⁾.

b) En algunas áreas del Derecho, la certeza es lo que más importa, de ahí que es inapropiado

hacer otra cosa que abandonar los campos más coherentes y predecibles⁽¹⁷⁾.

c) Los valores exógenos entran y deberían entrar al sistema para alterarlo, no solo a través de acciones legislativas, sino que también lo hacen a través de formas misteriosas (casi místicas). Es por ello mejor que las cosas sucedan como deben suceder, y para las escuelas jurídicas que analicen las implicancias de aquello que encuentren en lugar de buscar, el criticarlo⁽¹⁸⁾.

d) Cualquier intento de las escuelas de alcanzar una posterior reforma resulta elitista e inevitablemente refuerza, en su mejoría, el orden existente. Nuestro trabajo consiste en hacer el orden actual lúcido, consistente y claro como el cristal y así dejar a la (inevitable) revolución, cuando venga, establecer el nuevo orden⁽¹⁹⁾.

Todas estas son modernas justificaciones “previas” para las distintas clases de las actuales escuelas neodoctrinales.

Resulta difícil de describir si estas en realidad reflejen terrenos controvertidas para el acercamiento (que se encuentra basado en valores,

(14) Lo digo en mayor detalle en: *Ibid.*; p. 483.

(15) Considere, por ejemplo, el valor pluralista y el rechazo de la estricta tesis autonómica exhibida por la jurisprudencia analítica contemporánea. Véase: LUCY, William. *Adjudication*. En: COLEMAN, Jules y Scott SHAPIRO (editores). *The Oxford Handbook Of Jurisprudence and philosophy of Law*. 2002. pp. 206 y 233-240.

(16) Cfr. MACCORMICK. *Supra* nota 6. p. 63 (“Es bueno que el crear leyes sea confiado a los representantes elegidos por el pueblo, no usurpado por jueces no- elegidos y no-removibles”).

(17) Cfr. SCHAUER. *Supra* nota 3. pp. 539-542 (describiendo formalismos virtudes de predictibilidad, seguridad, y estabilidad y observando que para operar en este “inherente modo conservador” es “rendirse ante la posibilidad de mejora en cambio de cuidarse en contra del alguna posibilidad de desastre”). Véase también: EDWARDS, Harry T. *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*. En: *Michigan Law Review*. Número 91, 1992. pp. 34 y 43 (discutiendo que los académicos legales deberían dedicarse primordialmente a la “práctica” académica, donde el tratado es caso paradigmático; estos crean un cuadro interpretativo, categoriza la masa de autoridades legales en términos de este marco, interpreta de cerca los varios textos autoritarios dentro de cada categoría, y por lo tanto demuestra para los jueces o practicantes que es “la ley”); *Ibid.*; p. 44 (estableciendo que estos académicos del Derecho solo deberían comprometerse en teoría y ofrecer prescripciones tomando en cuenta los “casos difíciles” y que estas prescripciones deberían ser doctrinales, en contraste, teorizando y ofreciendo prescripciones acerca de “casos fáciles” [por ejemplo, aquellos que salen de los determinados doctrinalmente] es el lamentable marco de “impracticabilidad” académica).

(18) Cfr. MILSOM S.F.C. *Studies In The History Of The Common Law*. 1985. p. 150 (Los jueces, en comparación con el Parlamento, no hacen cambios de confecciones en la ley en respuesta al argumento de las necesidades sociales. Ellos no confiesan cambios en absoluto, y ese es el punto. El cambio legal bajo estas condiciones tiene la apariencia de un truco conjurado: del sombrero viejo sale el conejo nuevo”).

(19) Cfr. SCHROEDER, Jeanne L. *The Stumbling Block, Freedom, Rationality, and Legal Scholarship*. En: *William and Mary Law Review*. Número 44, 2002. p. 263 (usando la “teoría lacanianiana” para condenar a la academia legal políticamente orientada en el discurso opresivo de la “universidad”, y el doctrinarismo campante como raíz en el discurso de la “histeria” como se ve en la en la ley de la perspectiva del gobernado -el que está sujeto a el poder de la ley y no desde la perspectiva del gobierno- aquellos sujetos a el poder de la ley no son desde la perspectiva de la poderosa administración que busca manipular el gobierno); *Ibid.*; p. 371 (discutiendo que, a pesar de la escuela políticamente orientada, el doctrinarismo produce “conocimiento” en el sentido que “una gran comprensión de las relaciones entre ley y sujeto” que tal vez eventualmente le lleve a cambiar la ley: “Si la doctrina (...) académica llega a la conclusión de que la ley afecta al sujeto de manera injusta o incluso sin intención, esto sugiere que la ley debe cambiar. El conocimiento sin embargo puede ser algo peligroso. Algunas veces uno aprende verdades dolorosas que algunos no quieren encarar. El cliente puede perder el caso, y algunas veces este es el “derecho” resultado de una perspectiva legal”).

o basado empíricamente y por ende criticable), o si ellas solo son racionalizaciones (como un homenaje a la visión del Derecho predominantemente no autonomista) para una arraigada creencia en el sistema, de una profunda perspectiva de lo que es el Derecho (como aquellas de anteriores doctrinalistas). Resulta en todo caso totalmente irrelevante en tanto que ambas posturas pueden ser igualmente defendibles.

3. “Derecho y...”

El segundo acercamiento se levantó largamente en oposición al primero⁽²⁰⁾. Este buscaba un rol mayor para las escuelas, y frecuentemente también para las cortes⁽²¹⁾, durante el criticismo y reforma del Derecho. Ellos usualmente llaman a su visión

del Derecho “funcionalista”⁽²²⁾, a pesar que decía poco sobre las funciones que debía de cumplir. Su énfasis era y es resquebrajar los valores legales del sistema que no fueran cambiantes, o que lo fuera de forma mística, revolucionaria o en las manos de los legisladores -carentes de una escuela jurídica crítica y sugerente-. ¡De esta forma, las escuelas legales deben estar en las bases de la reforma de la ley y la producción del Derecho⁽²³⁾! Pero si así lo fuese, ¿por qué alguien debía de prestar mayor atención a los puntos de vista de dichas escuelas jurídicas que cualquier otro ciudadano⁽²⁴⁾? ¿Qué de especial tenía la visión de las escuelas jurídicas en sus valores que de alguna forma pudiera ser privilegiada a fin de criticar el Derecho o proponer reformas e indicar las funciones que servicio del sistema legal debería ofrecer?

- (20) Véase por todos: HORWITX, Morton. *The Transformation Of American Law, 1870-1960: The Crisis Of Legal Orthodoxy*. 1992 (describiendo el progresivo ataques real y legalista contra la teoría legal clásica durante la primera mitad del siglo). Mientras la jurisprudencia progresiva y realismo legal son frecuentemente acreditados de “revueltas en contra del formalismo”. Véase: WHITE, Morton. *Social Thought In America: The Revolt Against Formalism*. 1947; subsecuentemente escuelas han considerado la tarea por terminada. Por lo menos dos prominentes movimientos académicos de los últimos treinta años, los Estudios Críticos Legales, y el “Nuevo Análisis Económico del Derecho”, véase: CALABRESI, Guido. *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?* En: *Proc. British Academy*. Número 68, 1982. p. 85; a dado pie a reclamos del lagado contra el formalismo del realismo legal. Véase por ejemplo: KITCH, Edmund W. *The Intellectual Foundations of “Law and Economics”*. En: *Journal of Legal Education*. Número 33. pp. 84 y 184 (identificando el Análisis Económico del Derecho como una continuación de la agenda del realismo legal); TUSHNET, Mark v. *Perspectives on Critical Legal Studies: Introduction*. En: *George Washington Law Review*. Número 52, 1984. pp. 239 (“El ataque contra el formalismo hace que los estudios críticos legales el heredero del realismo legal , que por sí mismo fue un ataque de una o dos versiones del formalismo”). En la variedad de antiformalismos en el pensamiento legal estadounidense, véase por todos: STONE, Martin, *Formalism*. En: *The Oxford Handbook Of Jurisprudence And The Philosophy Of Law*. Supra nota 15. p. 166.
- (21) Los “juristas sociológicos” de Pound debían “habilitar y compeler la creación de leyes, y también la interpretación y aplicación de reglas legales, para tomar más en cuenta y de manera más inteligente, los factores sociales sobre los cuales la ley debe proceder y sobre quien debe ser aplicada”. POUND, Roscoe. *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence (pt III)*. En: *Harvard Law Review*. Número 25, 1912. pp. 489, 512 y 513. Incluso para alguien tan crítico del sistema judicial del XIX como Pound, el rol creativo del judicial es promover los fines sociales todavía estaban en primera línea. Véase: POUND, Roscoe. *Liberty of Contract*. En: *Yale Law Journal*. Número 18, 1909. p. 454.
- (22) POUND, Roscoe. *Philosophy of Law*. 1954. pp. 42 y 43 (“La atención giraba en torno a la naturaleza de la ley para su propósito, y una actitud funcional, una tendencia a la mesura legal de las reglas y doctrinas e instituciones por la extensión por la que fue creada”). COHEN, Felix S. *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*. En: *Columbia Law Review*. Número 35, 1935. pp. 809 y 821 (nombrando a Colmes, Gray, Pound, Brooks, Adams, M.R. Cohen, T.R. Powell, Cook, Oliphant, Moore, Radin, Llewellyn, Yntema, Frank, y otros como los líderes de lo definido abstractamente como una “aproximación funcionalista”). POUND, Roscoe. *Philosophy of Law*. 1954. pp. 42-43 (“La atención giraba en torno a la naturaleza de la ley para su propósito, y una actitud funcional, una tendencia a la mesura legal de las reglas y doctrinas e instituciones por la extensión por la que fue creada”). COHEN, Felix S. *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*. En: *Columbia Law Review*. Número 35, 1935. pp. 809, 821 (nombrando a Colmes, Gray, Pound, Brooks, Adams, M.R. Cohen, T.R. Powell, Cook, Oliphant, Moore, Radin, Llewellyn, Yntema, Frank, y otros como los líderes de lo definido abstractamente como una “aproximación funcionalista”).
- (23) Jerome Frank describió el “vínculo mutuo” entre los funcionalistas como un “escepticismo” para con algunas de las teorías legales convencionales, un escepticismo estimulado para reformar, en los intereses de la justicia, algunos casos. FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. 1949.
- (24) Previamente hice la pregunta en referencia a una no escolarizada tendencia en el Análisis Económico del Derecho que una serie de normas distribuidas, que terminaron reflejando nada más que el valor personal del autor (en el contexto particular, el mío) fue tácitamente confiado con poca atención a su estructura o justificación. Véase: CALABRESI. Supra nota 20. p. 98.

Las escuelas y los movimientos son siempre identificados o se auto identifican y llaman a sí mismos de formas en las que le pueden causar el compartir un solo pensamiento de acercamiento teórico solo por suerte.

La respuesta para los funcionalistas del siglo XX, recaía, (así como lo sostuvo Bentham mucho antes) en otras disciplinas⁽²⁵⁾. Las escuelas jurídicas deben mirar como suyos los aspectos económicos, filosóficos, históricos, psicológicos, sociológicos, literarios, o cualquier otro campo de estudio o combinaciones de ellos para encaminar el desarrollo de la crítica de las diferentes escuelas del panorama legal actual o de determinadas partes de este. El Derecho no puede ser apreciado de forma autónoma o independiente, pero tampoco como dependiente de estos otros campos de estudio⁽²⁶⁾. La fuerza del Derecho recae en que pueda obtener la sabiduría (y valores) de estos campos de estudio, en tanto fueran relevantes al tema bajo análisis para convertirlos en un sistema complejo y riguroso por tradición⁽²⁷⁾. Debido a estas razones, las escuelas jurídicas no necesitaban

sentirse atadas a los límites impuestos por ellos mismos de las otras disciplinas; sin embargo, estas pudieran ser útiles para los practicantes de esa disciplina. Ellos deben, en cambio, seguir la esencia de estas disciplinas más allá de los puntos de vista a los que lleguen los economistas, sociólogos, entre otros y juntarlos con la esencia de otras disciplinas hasta conseguir un altamente imperfecta guía para reformar (o confirmar) el sistema legal en su intento por cubrir las necesidades actuales de las personas.

Únicamente de esta forma el Derecho podría evadir las tiranías de los conservadurismos místicos de ardores revolucionarios y de una mayoría simplista. Solo en este camino la actuación de las escuelas legales podrán representar una función importante en la reforma o el fortalecimiento de esas reglas que también estaban llamados a elucidar.

No necesito referirme a las tantas críticas que han sido, no impropriamente, dirigidas a esta postura. Ellos han sido el blanco de ataques que van desde la confianza ingenua respecto de disciplinas específicas relacionadas (por ejemplo sociológicos o económicos) por los muchos puntos ciegos que esta disciplina ha manifestado⁽²⁸⁾, a través de un ataque mucho más general a la capacidad de las más compleja mixturas de dichas disciplinas para indicar cualquier valor que "científicamente" podía usarse como base para las críticas jurídicas⁽²⁹⁾. Como Arthur Corbin, el más

(25) La famosa *brandeis brief* en *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908); que contenía dos páginas de argumentos legales y 95 páginas de datos sociológicos y económicos sobre la condición de la mujer trabajadora en fabricas, ejemplificando el nuevo enfoque interdisciplinario. En Yale donde su trabajo era profundamente apreciado por Arthur Corbin y Walter Wheeler Cook, Wesley Hohfeld vio su altamente abstracto "analítico" o "fundamental" jurisprudencia como el hecho a mano para el nuevo funcionalismo que vio "un más comprensivo, coordinado y sintética consideración de las causas psicológica, ética, política, social y económicas subyacentes y los propósitos de las varias ramas y reglas específicas del Derecho". HOHFELD, Wesley Newcomb. *A Vital School of Jurisprudence and Law: Have American Universities Awakened to the Enlarged Opportunities of the Present Day?* En: *Assoc. Am. L. Sch. Proc.* Número 1914. pp. 76 y 102. Y como el decano Pound lo puso (recapitulando el éxito del nuevo funcionalismo más de 50 años después de que aparecieran sus primeros ensayos), "la ciencia del Derecho hoy en día (...) ha dejado de lado su exclusividad y busca lo que se puede decir jugar en equipo con otras ciencias sociales". POUND, Roscoe. *Jurisprudence*. 1959. p. 349.

(26) En los últimos años veinte, los profesores de Derecho en Columbia, Yale y Johns Hopkins, como John Clark, Walter Wheeler Cook, William Douglas, Leon Marshall, Underhill Moore, Herman Oliphant y Hesse Yntema estaban intensamente interesados en las ciencias sociales. En Yale científicos sociales como el economista Leon Marshall y Walton Hamilton unieron la facultad de leyes, el antropólogo Bronislaw Malinowski enseñó un curso de antropología legal y el decano Robert Hutchins reunió fondos para investigaciones interdisciplinarias en psicología, medicina, y leyes para el Institute of Human Relations. FISHER, William W. III y otros. *American Legal Realism*. 1993. Véase generalidades: SCHLEGEL, John Henry. *American Legal Realism and Empirical Social Science*. 1995.

(27) Véase por ejemplo: COOK, Walter W. *Scientific Method and the Law*. En: *American Bar Association Journal*. Número 13, 1927. p 305.

(28) Véase por ejemplo: KELMAN, Mark. *A Guide To Critical Legal Studies*. 1987. pp. 114-150 (criticando escuelas Análisis Económico del Derecho en su fracaso para confrontar el problema conceptual en bienestar de la normativa).

(29) Robert Maynard Hutchins, quien fue sumergido en el movimiento realista legal y se convirtió en decano del la Escuela

renombrado de la escuela Realista, quien sugirió en su sorprendentemente escéptico discurso de salida al dirigirse a la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, quienes esperan encontrar las respuestas en las Ciencias Sociales que están condenados a fallar, así como ocurrió con los formalistas quienes buscaron respuestas en la compleja estructura del Derecho mismo⁽³⁰⁾. A pesar de haber señalado esto, Corbin indicó que la incierta búsqueda de guía de las Ciencias Sociales, hacia otras “disciplinas subyacentes” e incluso de la, en ese momento más maligna, estructuras del Derecho mismo, no eran para ignorar la posibilidad de que ella podría ayudar a la mejora del Derecho, mientras que estemos dispuestos a olvidarnos de un resultado “científico” o indisputable⁽³¹⁾. Ello puede ayudarnos a guiar a las cortes y a los legisladores para tener mejores aproximaciones. Lo señalado no es un punto pequeño, como

firmemente pienso, si la providencia de buenos gobernantes -cortes o legisladores- se ilustran en parte de las escuelas jurídicas, es para que se den correctas aproximaciones.

En los primeros años de este siglo, este acercamiento se enfocaba en la Sociología⁽³²⁾. Posteriormente, en una suerte de renacimiento durante el *New Deal*, este se apoyó rudimentariamente en la Economía así como en la Sociología⁽³³⁾, y de alguna forma después, en la Psicología y el Psicoanálisis⁽³⁴⁾. Durante el sorprendente éxito del “redescubrimiento” de los años sesenta, el cual amenazó por cierto tiempo, tontamente, con dominar todas las escuelas jurídicas de los Estados Unidos, al concentrarse en una sofisticada perspectiva desde el interior de la Economía⁽³⁵⁾. Actualmente, en el nuevo Análisis Económico del Derecho -de 1960- (de alguna forma menos vanagloriosa que en tiempos anteriores)

de Derecho de Yale, se convirtió en uno de los principales críticos del llamado “relativismo” implícito en el acercamiento de las ciencias sociales para con el Derecho, después que asumió la presidencia de la Universidad de Chicago en 1929. HUTCHINS, Robert Maynard. *The higher learning in America*. 1936. Véase: PURCELL, Edward A. *The crisis of democratic theory: scientific naturalism and the problem of value*. 1973. pp. 139-158; para un recuento detallado del debate entre los realistas legales y sus críticos de la Escuela de Chicago, tales como Mortimer, Adler y Hutcheson, con el fondo de la gran depresión y la amenaza totalitaria durante la década del 30. Luego, los pensadores del proceso legal cuestionarían la habilidad de las ciencias empíricas para acercarse al Derecho para proveer una restricción a las indeterminaciones que los realistas reales habían puesto en descubierto.

- (30) CORBIN, Arthur. *Retirement Talk Delivered to the Faculty of the Yale Law School*. 1942 (en archivos personales del autor).
- (31) *Ibid.*
- (32) Véase por ejemplo: POUND. *Liberty of Contract*. Supra nota 21; POUND, Roscoe. *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*. En: *Harvard Law Review*. Número 24, 1911. p. 591.
- (33) Los realistas legales expandieron considerablemente su ataque contra el formalismo en los últimos años veinte y treinta a través de discutir la indispensabilidad de reformas estatutarias y administrativas en una sociedad y economía rápidamente cambiante. Véase por ejemplo: LANDIS, James M. *The Administrative Process*. 1938. Luego redujeron el autonomismo formalista a través de sus mucho mayores concertaciones como un intento para cambiar la toma de decisiones en concordancia con el surgimiento de las ciencias empíricas (considere el trabajo de Underhill Moore), Economía y teoría organizacional (Adolf Berle y Gradner Jeans), el psicólogo (Joseph Hutcheson), el psicoanalista (Jerome Frank) y mayor atención a la actual institución y prácticas sociales (Karla Llewellyn). Véase: HORWITZ. Supra nota 20. pp. 193-247.
- (34) Véase por ejemplo: KATZ, Jay y otros. *Psychoanalysis, Psychiatry, and Law*. 1967; GOLDSTEIN, Joseph. *Psychoanalysis and Jurisprudence*. En: *Yale Law Journal*. Número 77, 1968. p. 1053; GOLSTEIN, Joseph y Jay KATZ. *Abolish the Insanity Defense - Why Not?* En: *Yale Law Journal*. Número 72, 1963. p. 853. Al mismo tiempo el acercamiento psicológico continuó floreciendo. Véase por ejemplo: FRIEDMAN, Lawrence M. y Stewart MACAULAY. *Law and the Behavioral Sciences*. 1969.
- (35) Véase, por ejemplo: CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. 1970; POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 1973; CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. En: *Yale Law Journal*. Número 70, 1961. p. 499; CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. *Property Rules, Liability Rules and Inalienability. One View of the Cathedral*. En: *Harvard Law Review*. Número 85, 1972. p. 1089; véase también, KUPERBERG, Mark y Charles BEITZ (editores). *Law, Economics and Philosophy*. 1983 (coleccionando los primeros artículos de Análisis Económico del Derecho). En los inicios de los ochenta, observé que el Análisis Económico del Derecho había sido tomado con entusiasmo por jóvenes estudiantes en muchas facultades de Derecho y Economía y ha sido descrito (de manera algo ruda) por muchos académicos antiguos como la única guía segura para una promoción y volverse profesor principal”. CALABRESI. Supra nota 20. p. 85. Para una medida de la expansión de las escuelas de *Análisis Económico de Derecho*, véase: BOUCKAERT, Boudewin y Gerrit DE GEEST (editores). *Bibliography of Law and Economics*. 1992 (abarcando 600 páginas y siendo publicado en 13 países).

permanece viva y bien, de igual forma que lo hace el Derecho y la Filosofía, el Derecho y el Psicoanálisis, el Derecho y la Historia, el Derecho y la Literatura, así como cualquier número de permutaciones y combinaciones del tema del “Derecho y...”⁽³⁶⁾. Por toda la crítica que se presentó en torno a este tema, esta aproximación continuó siendo una significativa fuente para las escuelas jurídicas, así como lo es actualmente para los EEUU. Este probablemente continúa siendo el camino principal en que las escuelas jurídicas, cuyo deseo normativo -crítico o confirmatorio- sobre las reglas, aún permanece a prueba.

4. La escuela de Proceso Legal

El tercer enfoque surgió y se desarrolló hasta su máximo punto, en parte por la reacción al extremadamente simple uso que se hizo de las Ciencias Sociales que caracterizaba el “Derecho y ...” de las escuelas jurídicas de la década de 1930, especialmente aquellas que también se

llamaban así mismos como escuelas realistas⁽³⁷⁾. Este tuvo su florecimiento en la Universidad de Harvard en la década de 1950⁽³⁸⁾, aunque tal vez su trabajo más fuerte y maduro fue aquel de Alexander Bickel, Harry Wellington, y John Ely en la Universidad de Yale en la década de 1960⁽³⁹⁾. Si, como Corbin sugirió, uno no podría encontrar respuestas a los temas legales en los principios subyacentes⁽⁴⁰⁾, y si uno se encontraba insatisfecho con apenas realizar un sistema autónomo previo más riguroso y consistente internamente, ¿qué podía hacer una escuela legal? La respuesta que la postura del proceso legal defiende recae en el análisis comparativo institucional. Las escuelas jurídicas podrían examinar las cortes, legislaturas, agencias administrativas, ejecutivas, judiciales, etcétera, y arrojar una luz en los atributos particulares de cada uno de estos que haría que una institución encaje especialmente para la decisión de algunos temas en vez de otros⁽⁴¹⁾. En efecto, esta aproximación ayudaría a seleccionar quienes deberían ser los

(36) Por ende, entre los actuales periódicos legales además de los muchos diarios de Análisis Económico del Derecho, encontramos: *Behavioral Sciences and the Law*; *Cardozo Studies in Law and Literature*; *Columbia Journal of Law and Social Problems*; *Cornell Journal of Law and Public Policy*; *Criminal Justice and Behavior*; *Criminal Justice Ethics: An International Journal of Social, Political & Legal Philosophy*; *Georgetown Journal of Legal Ethics*; *Harvard Journal of Law and Public Policy*; *Harvard Journal of Law and Technology*; *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*; *Issues in Law and Medicine*; *Journal of Law and Contemporary Health Law and Policy*; *Journal of Law and Education*; *Journal of Law and Politics*; *Journal of Law and Religion*; *Journal of Legal Studies*; *Jurimetrics*; *Law and History Review*; *Law and Human Behavior*; *Law and Psychology Review*; *Law, Politics and Society*; *Legal Studies Forum*; *New York University*; *Review of Law & Social Change*; *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*; y el *Yale Journal of Law & the Humanities*.

(37) Para esta historia, véase: HORWITZ. Supra nota 20. pp. 247-272.

(38) Véase: HART, Henry M. y Albert M. SACKS. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. 1994 (preparado de la edición tentativa de 1958); HART, Henry M. Y Herbert WECHSLER. *The Federal Courts and the Federal System*. 1950. Aunque no fue formalmente publicado hasta después de tres décadas, *The Legal Process* de Hart y Sack (supra nota), fue leído y enseñado en docenas de escuelas de leyes. Alexander Bickel, por ejemplo, enseñó desde sus inicios a fines de los cincuenta en Yale. Véase: Cartas de Alexander Bickel para Albert M. Sacks. 18 de marzo 1957 (llamándolo “extremadamente provocativos” y diciendo “justo la medicina para mí”, citado en: ESKRIDGE JR., William N. y Philip P. FRICKEY. *An Historical and Critical Introduction to The Legal Process*. En: HART y SACKS. Supra en li, ciii n. 229.

(39) Véase: BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 1962; BICKEL, Alexander M. *The Morality of Consent*. 1975; BICKEL, Alexander M. *Politics and the Warren Court*. 1965; BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. 1970; HART ELY, John. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial review*. 1980; BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court, 1960 Term – Foreword: The Passive Virtues*. En: *Harvard Law Review*. Número 75, 1961. pp. 40; BICKEL, Alexander M. y Harry H. WELLINGTON. *Legislative Purpose and Judicial Process: The Lincoln Mills Case*. En: *Harvard Law Review*. Número 71, 1957. p. 1; WELLINGTON, Harry H. *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*. En: *Yale Law Journal*. Número 83, 1973. p. 221; WELLINGTON, Harry H. y Lee ALBERT. *A Statutory Interpretation and the Political Process: A Comment on Sinclair v Atkinson*. En: *Yale Law Journal*. Número 72, 1963. p. 1547. En contraste con Hart y Sacks, Bickel y Ely se concentraron en el Derecho Constitucional y particularmente en el tema de “dificultad contra mayoritaria”. Discutieron que las cortes podían conservar su legitimidad ejerciendo las “virtudes pasivas” para evadir conclusiones innecesarias sobre reglas constitucionales (Bickel) o interviniendo solamente cuando hay algún mal funcionamiento en el proceso político, así como el entrometimiento de infiltrados o en contra del sistema prejuicioso de los intereses minoritarios (Ely).

(40) Véase: CORBIN. Supra nota 30.

(41) Para un ejemplo reciente de este tipo de razonamiento, considere la opinión separada del juez Breyer en Ring v.

que definan y determinen los valores que guiarían el sistema legal. Esto sería así, de manera neutral, amparándose en la capacidad institucional.

Nadie puede dudar que mucho de lo que tiene gran valor se hizo y se continuó haciendo a través de esta postura⁽⁴²⁾. Fue, sin embargo, exitosamente criticada en dos terrenos distintos, y quizá como resultado, a fines de los años sesenta, otorgaron su predominio al resurgimiento de la postura “Derecho y ...”, en la forma del nuevo Análisis Económico del Derecho⁽⁴³⁾. La primera, y quizá menor crítica reposa en la tendencia de las escuelas del Proceso Legal de enfocarse demasiado en las cortes y legislaturas, escuelas encaminadas a enfocarse más en las cortes y en las legislaturas, antes que en incluir un análisis serio de agencias ejecutivas y agencias administrativas, dejando solo con tal importante valor a la defensa del cuerpo como jurados, iniciativas, y la refrenda⁽⁴⁴⁾. Aún más, al hacer esto el análisis de la capacidad legislativa fue fácilmente criticado como *panglosiano* y también enfocado en el Congreso, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América y/o las cortes y legislaturas de Massachussets. Un poco de atención fue agregada a las serias limitaciones de

las legislaturas como representantes de la voluntad de la mayoría, y desde el valor preponderante de la sociedad⁽⁴⁵⁾ o de la existencia de jueces electos en muchos Estados⁽⁴⁶⁾. Y ninguna atención fue dada a esas jurisdicciones (como la del distrito de Columbia) cuyas “legislaturas” no podían ser vistas como los representantes de los deseos de sus ciudadanos⁽⁴⁷⁾.

Tan serio como resultó este criticismo práctico no fue tan importante porque no era tan fundamental como la segunda postura. Algunos críticos decían que el proceso legal fueron intentos poco ingeniosos y desorientados de volver a las escuelas legales a su estado autónomo del pre-realismo legal. Estudios de comparación de capacidades institucionales no pueden ser independientes de los valores que uno busca alcanzar. Uno no puede decidir si las cortes o las legislaturas eran las llamadas a hacer un mejor trabajo en abstracto. Uno debía saber qué trabajo es, que valores y metas están tratando de alcanzar o proteger⁽⁴⁸⁾. Solo después de ello uno puede discutir si quienes habían sido seleccionados y protegidos -como son los jueces- hacen decisiones vinculantes preferibles de aquellas personas electas y expuestas, -como

Arizona, en el que argumenta que el jurado tiene un “importante ventaja comparativa sobre los jueces” en determinar si es que la imposición de la pena de muerte en un caso particular puede servir al final porque el jurado esta “más en sintonía con la sensibilidad moral de la comunidad”. 536 U.S 584, 615. 2002 (J. Breyer concurre en el juzgamiento). La importante opinión de Breyer implícitamente aceptaba que la Corte Suprema de Estado Unidos, no de la legislatura de Arizona, era lo correcto en la octava y décimo cuarta enmienda para tomar dicha determinación.

(42) Véase: ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. 1991; FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. 1978; véase también: CALABRESI. Supra nota 8.

(43) Véase: CALABRESI. Supra nota 20.

(44) El proceso legal, por ejemplo, incluye menos de cincuenta páginas (de 1300) en iniciativas populares, la elección de oficiales públicos y citas. Véase: HART y SACKS. Supra nota 38. Capítulo 4 (“Lawmaking and the political Process”); *Ibid.*; pp. 677-680 (expresando dudas sobre el rol judicial en cita).

(45) La miopía del proceso legal sobre la ineffectividad de representación política es tal vez reflejada en su falla total para mencionar a *Brown v. Board of Education*, 347 U.S 483 (1954).

(46) Véase: ABRAHAMSON, Shirley, S. *The Ballot and the Bench*. En: *New York University Law Review*. Número 76, 2001. pp. 973 y 976 (“Cerca del 87% de los juicios estatales y cerca del 82% de apelaciones judiciales representan elecciones de algún tipo). El juez principal Abrahamson observó que “jueces elegidos tiene el mayor dilema: en un gobierno cometido al constitucionalismo y la protección de derechos, ¿cómo los jueces le responden al electorado, a la mayoría, y protege a la minoría?”. *Ibid.*; p. 978.

(47) En conversaciones con varios de los primeros líderes propuestos del proceso legal, estaba sorprendido por cómo el juez David Bazelon era sujeto del más intenso criticismo por su “activismo” que no encajaba en sus estructuras. Que, en ese momento, gran parte de su trabajo fue como juez principal del Circuito, que fue en la práctica, la Corte Suprema del Distrito de Columbia (la corte de apelaciones para el Circuito de D.C.) nunca pareció notarse menos aun como parte de una evaluación de su trabajo.

(48) El valor neutral de las teorías de proceso de Harvard pueden haber estado basadas en el valor del “consenso” de 1950, una percepción en que si alguna vez existió, se derrumbó en 1960. Biográficamente por lo menos, es raro, dado el hecho que ambos Hart y Sacks estaban envueltos en batallas de derechos civiles en los cincuentas. Véase: ESKRIDGE y FRICKEY. Supra nota 38 en cvii-cxii (también notando que años después, en 1967, Sacks fue bombardeado con bombas lacrimógenas en una protesta Vietnamita en Washington, D.C.). Para una discusión del proceso legal escolar en el periodo, véase: SELLER, Gary. *Neutral Principles in the 1950's*. En: *University of Michigan Journal of Law Reference*. Número 21, 1988. p. 561.

son los legisladores. Este criticismo permanece válido, a pesar de cuan sofisticado sea el análisis del Derecho Legislativo y Judicial.

Aun cuando alguno respondiera completamente y satisfactoriamente al primer grupo de críticos, a través de mayores escuelas jurídicas sofisticadas, el acercamiento del proceso legal fracasaría porque este todavía no nos dice nada de los valores del sistema, los derechos que busca fortalecer a través de una institución u otra. ¿Deberán ser estas tomadas por sentado y por encima de cualquier análisis crítico? ¿Son ellos, en otras palabras, simples de ser encontrados, autónomos en el paisaje legal, como implicaba el trabajo doctrinalista?⁽⁴⁹⁾ ¿O son ellos exógenos y

subjetivos al criticismo por las escuelas jurídicas? Y si así lo fuere ¿cuáles son y de dónde vienen? Sin respuestas a estas interrogantes, los críticos afirmaron que una seria discusión sobre qué institución puede hacer lo mejor, probaría ser inconclusa o insignificante. En efecto, ello puede ser peor, y esconder su verdadero significado detrás de presuposiciones no analizadas ni sustentadas.

A pesar de este criticismo, las posturas del proceso legal son bastante comunes en las escuelas jurídicas actuales. Algunos escritores han incluso anunciado la existencia de una “nueva escuela del Proceso Legal” que está llamado a ser una fuerza mayor en el Derecho moderno⁽⁵⁰⁾. Este se encuentra caracterizado de lejos por una

Aunque luego escuelas del proceso como Ely abiertamente enfatizaron ciertos valores, como participación política, su acercamiento procedural para definir ilegitimidad en derogaciones de este tipo fueron atacadas como inadecuadas por críticos que sostenían tácitamente “introducía de contrabando” un monto sustancial de derechos fundamentales o que requería un recuento tal para evitar una indeterminación fatal. Véase: BREST, Paul. *The Substance of Process*. En: *Ohio State Law Journal*. Número 42, 1980. p. 131; TRIBE, Laurence H. *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*. En: *Yale Law Journal*. Número 89, 1980. p.1063. Escuelas de republicanismo cívico se levantaron en parte como reacción a la normativa de los procesos basados en teorías constitucionales. Véase, por ejemplo: MICHELMAN, Frank I. *Law Republic*. En: *Yale Law Journal*. Número 97, 1988. p. 1493.

(49) Véase: Supra nota Parte I.

(50) Una cara del nuevo proceso legal es el resurgimiento de intereses en la interpretación estatutaria. Véase: ESKRIDGE, William N. y Philip P. FRICKEY. *Legislation Scholarship and Pedagogy in the Post-Legal Process Era*. En: *University of Pittsburg Law Review*. Número 48, 1987. p. 691 (describiendo una nueva agenda para el estudio de la legislación que construye la escuela de Proceso Legal y sus críticas al Análisis Económico del Derecho y los estudios críticos legales); RODRIGUEZ, Daniel A. *The Substance of the New Legal Process*. En: *California Law Review*. Número 77, 1989. p. 919 (revisando la legislación de Eskridge y Frickey en el contexto de un nuevo proceso legal); véase también: ESKRIDGE, William y Gary SÉLLER. *The New Public Law Movement: Moderation a Postmodern Cultural Form*. En: *Michigan Law Review*. Número 89, 1991. p. 707 (describiendo un nuevo “género” de pensamiento legal en el que se basa el proceso legal).

Otra cara del nuevo proceso legal es el trabajo que va bajo el nombre de “The Columbia School”, que abarca el espíritu “experimentalista” de Deweyn centrándose en el desarrollo de nuevas instituciones. Michael Dorf argumenta que: “Hart y Sacks estaban muy al tanto que un juicio sobre lo justo en lo procedural descansaba sobre e implica sustanciales juicios de valor, como por ejemplo la aceptación del “purposivism” en la interpretación estatutaria claramente refleja. Donde fallaron fue en su presunción -tal vez razonable para la época- que los Estados Unidos habían generado todas las instituciones necesarias para resolver los conflictos que podrían surgir, o peor aun, que las instituciones necesitadas podían ser encontradas en el menú de arreglos alrededor del mundo”.

DORF, Michael C. *An Institutional Approach of Legal Indeterminacy*. En: *New York University Law Review*. Número 78, 2003; véase también: DORF, Michael C. y Charles F. SABEL. *A Constitution of Democratic Experimentalism*. En: *Columbia Law Review*. Número 98, 1998. p. 267 (avocando a la descentralización de la resolución de problemas como mayor participación democrática y efectivo que acercamientos centralizados); DORF, Michael C. y Charles F. SABEL. *Drug Treatment Courts and Experimentalist Government*. En: *Vanderbilt Law Review*. Número 53, 2000. p. 831; STURM, Susan. *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*. En: *Colombia Law Review*. Número 101, 2001. p. 458 (proponiendo un acercamiento en “regulación estructural” dirigido a lugares de trabajo con sutiles desigualdades).

Desde la última vez que evalué el terreno, véase: CALABRESI, Guido. *Supreme Court, 1990 Term - Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork - Brennan debate ignores)*. En: *Harvard Law Review*. Número 105, 1991. pp. 80 y 81 (discutiendo por más uso limitado del acercamiento supremacista y avocando la adopción del pensamiento, ideas y técnicas de Elyean y Bickellian), ha habido un incremento notable en la credibilidad de la corte con juicios claros, reglas y otras formas de invalidar una ley sin decidir concluyentemente en una pregunta constitucional substantiva. Al mismo tiempo, la corte ha decidido adoptar otras técnicas de este tipo. Véase, por ejemplo, Quill v. Vacco, 80 F. 3d 716, 731-743 (2d Cir. 1996) (J. Calabresi concurre), 521 U.S 793 (1997). Todo esto generó un nuevo dialogo en temas de proceso legal. Véase por ejemplo: COENE, Dan T. *The Rehnquist Court, Structural Due Process, and Semisubstantive Constitutional Review*. En: *Southern California Law Review*. Número 75,

gran sofisticación en su perspectiva de capacidades legislativas (interesantemente, suele confiar para esta gran sofisticación sobre estudios relativos a disciplinas relacionadas y Ciencias Políticas, como aquellas que Robert Dahl y sus distinguidos seguidores propugnaban⁽⁵¹⁾), a través de un mayor énfasis en los valores afirmados que rodean las instituciones creadoras de Derecho, aparte de las cortes y las legislaturas⁽⁵²⁾, y más importante, por un abierto reconocimiento de las necesidades de considerar separadamente el tema de los derechos y la formación de valores⁽⁵³⁾.

No más inconscientemente autónomo, el nuevo proceso legal examina comparativamente las capacidades de las instituciones demostrando el deseo de alcanzar ciertos valores y proteger ciertos derechos. Sin embargo, ello abiertamente reconoce la naturaleza tentativa de su análisis, y admite que todas sus conclusiones deben depender últimamente en una defensa de la validez de los valores y derechos afirmados. Ello en cambio parece requerir un giro interno (y reflejando a los doctrinalistas) o fuera, y buscando exógenamente en otras disciplinas la defensa de los valores y derechos afirmados (como lo harían los protagonistas de las posturas del "Derecho y ...").

5. Derecho y Estatus

Llamo al cuarto acercamiento que jugó un rol mayor en las escuelas jurídicas norte americanas, "Derecho y ...". Su tesis era que las escuelas jurídicas debían analizar como las leyes y el sistema legal afecta específicamente a ciertas categorías de personas. Ello pregunta si es que todo el Derecho debe ser criticado y cuestionado en base al tratamiento de ciertos grupos preseleccionados. Mientras que en teoría ello podía ser realizado con respecto a toda categoría, por ejemplo, el electo o la nobleza, en la práctica de América de este siglo, la concentración se ha dado en grupos que han sido vistos como explotados, desventajados, o de alguna forma dominados. Como las leyes -incluso las leyes que no se enfocaban expresamente en estos grupos- los afectan, como llegan a ser, y lo que les hacían a estos "pequeños" es, el contenido de esta aproximación, el objeto apropiado de las escuelas jurídicas.

Este acercamiento usualmente comenzaba tomando como ciertos los valores subyacentes del sistema. Aún cuando fuera una perspectiva religiosa la que insistía en un tratamiento favorable para aquellos elegidos o uno que exigía igualdad

2002. p. 1281 (categorizando exhaustivamente estos temas); SUNSTEIN, Cass R. *Supreme Court, 1995 Term-Foreword: Leaving Things Undecided*. En: *Harvard Law Review*. Número 110, 1996. p. 4 (describiendo las virtudes de la forzada democracia de "decisión minimalista"); TUSHNET, Mark. *Subconstitutional Constitutional Law: Supplement, Sham, or Substitute?* En: *William and Mary Law Review*. Número 42, 2001. p. 1871 (preocupados que esto tienda a concluirse en hecho).

(51) Los primeros trabajos de Dahl pueden ser descritos como soporte del pluralismo optimista de los procesos teóricos, véase: DAHL, Robert. *A Preface to Democratic Theory*. 1956; su trabajos siguientes, sin embargo, eran un acercamiento más pesimista de participación política en América, véase: DAHL, Robert. *Democracy in th United States*. 1976. Por una discusión de un desenvolvimiento en la literatura científica política y sus implicancias para la teoría práctica. Véase: PARKER, Richard Davies. *The Past of Constitutional Theory-and Its Future*. En: *Ohio Street Law Journal*. Número 42, 1981. pp. 223, 243 y 252.

(52) Véase: supra nota 50.

(53) Por ejemplo, Eskridge y Peller dijeron que la academia del nuevo Derecho Público (que en funcionalidad es la misma que el nuevo proceso legal) rechaza la neutralidad del antiguo proceso legal y por el contrario acepta el "normativismo", que es "antipluralista", "antiformalista", y fuertemente enraizado en valores. ESKRIDGE y PELLER. Supra nota 50. pp. 745 y 746. Los valores que mencionan son la amalgama de visiones asociadas al republicanismo, antirracismo, feminismo y cadenas del postmodernismo. *Ibid.*; pp. 759-762. Al mismo tiempo, sin embargo, quieren aferrarse a "la idea central que la justicia reside en el proceso" y aciertan que "el procedimientos está separado de la política". *Ibid.*; p. 762. Reconocen esta tensión "entre una atracción al proceduralismo y (...) una convicción que todas las decisiones están normadas". *Ibid.*; pp. 762 y 763; pero es mucho más claro el intento de lograr un "centralismo ideológico" entre derecha e izquierda podría permitirles escapar del dilema. Similarmente, Sunstein debe poner valores afirmativos en juicios minimalistas desde su acercamiento proceduralista. Mientras admite que "el caso del minimalismo no es separable de una evaluación de controversias subyacentes", dice que "el autogobierno democrático es uno de los derechos que las personas tiene derecho a tener, y a menos que el proceso democrático no esté funcionando bien puede no resultar en una reivindicación de derechos pero una elección controversial de un derecho sobre otro". SUNSTEIN. Supra nota 50. pp. 30-33. Pero por supuesto, escogiendo minimalismo sobre vindicación judicial como un derecho por sí mismo, una elección de un derecho sobre otro.

de trato o poder para quien se encuentre explotado; de esta forma, su análisis traía luces y enfatizaba las desviaciones en las normas sobre los valores del sistema legal⁽⁵⁴⁾. Al hacer esto, el acercamiento frecuentemente hace uso de cada una de las posturas anteriores al derecho en discusión. Ello puede señalar, por ejemplo, como el daño, el sistema tributario, el derecho de daños, las doctrinas del derecho de propiedad afectan a la mujer de forma distinta al hombre. Luego puede utilizar el sofisticado Análisis Económico para demostrar estas diferencias y sus valiosas consecuencias. Luego podrá describir cómo el poder fue usado (y mediante qué instituciones) para conseguir ese resultado. Finalmente, podrá o no dejar abiertas interrogantes respecto a si el resultado fue bueno o atrayente tanto en las bases de la topografía legal más general o en los términos de valores derivados de un análisis particular del "Derecho y (...)".

En este siglo ha tenido diversas manifestaciones: creo que mucho de la discusión del Derecho y el trabajo organizado, y la labor

organizada durante el *New Deal* fue de esta naturaleza⁽⁵⁵⁾. Ciertamente los estudios de raza y Derecho que de alguna forma ensombreció *Brown v. Board of education*⁽⁵⁶⁾, y que ha surgido desde ese entonces, con ejemplos de ello⁽⁵⁷⁾. No es sorprendente que la raza y Derecho mismo pronto se dividieran entre unas cuantas variantes subsidiarias⁽⁵⁸⁾. El corto florecimiento del Derecho del pobre a fines de la década de 1960 y principios de 1970 (fue el renacimiento de la manifestación que había tenido gran fuerza durante el *New Deal*, o -como intento pensar- ¿fue su enfoque suficientemente diferente para ser debidamente visto como una nueva subespecie?) es otro⁽⁵⁹⁾. Recientemente, el importante trabajo en "Orientación Sexual y Derecho"⁽⁶⁰⁾, y, probablemente más significativo de todo, el surgimiento del Derecho de Género, y más precisamente, la jurisprudencia feminista, que refleja variantes en este tema que parecía afectar las escuelas jurídicas por un buen tiempo a venir⁽⁶¹⁾.

Las críticas de esta forma de ver el Derecho, -algunas de las cuales cuestionan si es una teoría

(54) YOUNG, Iris Marion. *Justice and the Politics of Difference*. 1991; provee de una buena exposición del valor del sistema sobre muchos de los actuales estatutos escolares legales.

(55) Para mayor información sobre esta historia, véase: CHRISTOPHER L., Tomlins. *The State and the Union: Labor Relation, Law and the organized Labor Movement in America, 1880-1960*. 1985.

(56) 347 U.S. 483 (1954).

(57) Importantes trabajos en la línea de escolaridad son: ROSTOW, Eugene v. *The Japanese American Cases -a Disaster*. En: *Yale Law Journal*. Número 54, 1945. p. 489; y BLACK, Charles L. *The Lawfulness of the Segregation Decisions*. En: *Yale Law Journal*. Número 69, 1960. p. 421. Recientes eventos en el desarrollo de este campo incluyen el curso y caso de Derick Bell. BELL, Derick. *Race, Racism, and American Law*. 1973; y las protestas estudiantiles en la escuela de leyes de Harvard que llevaron a la creación de un "curso alternativo" de Derecho y raza en 1981. Estos eventos combinados con la influencia de los estudios críticos legales, llevaron al nacimiento del movimiento de la Teoría de la Crítica Racial.

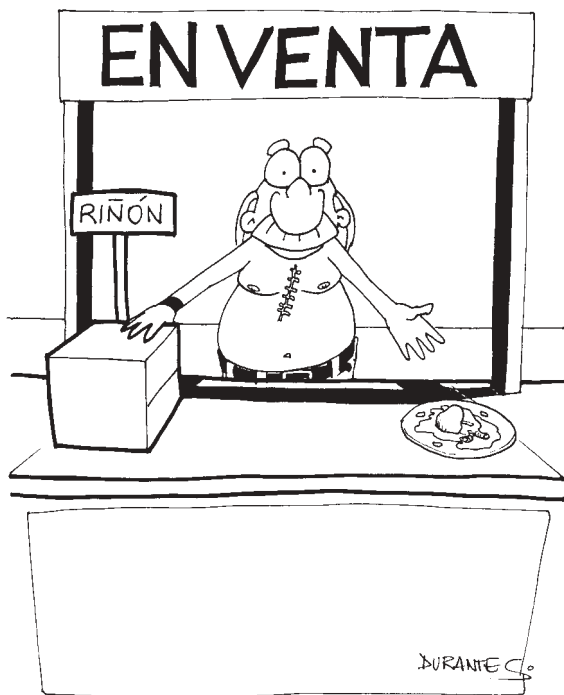
(58) Por ejemplo, compárese el trato de raza y discriminación en: KENNEDY, Randall. *Race, Crime and the Law*. 1997; con los trabajos de la Teoría de la Crítica Racial descritos en supra nota 57.

(59) Los pininos teóricos de este alcance incluyen a MICHELMAN, Frank I. *The Supreme Court, 1968 Term- Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*. En: *Harvard Law Review*. Número 83, 1969. p. 7, y REICH, Charles A. *The New Property*. En: *Yale Law Journal*. Número 73, 1964. p. 733.

(60) Véase, por ejemplo, RUBENSTEIN, William B (editor). *Cases and Materials on Sexual Orientation and the Law*. 1997; ESKRIDGE JR., William. *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet*. 1999; HALLYE, Janet E. *Don't: A Reader's Guide to the Military's Anti-Gay Policy*. 1999; HALLYE, Janet E. *The Politics of the Closet: Towards Equal Protection for Gay, Lesbian, and Bisexual Identity*. En: *UCLA Law Review*. Número 36, 1989. pp. 915 y 949; YOSHINO, Kenji. *Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the case of "Don't ask, Don't tell"*. En: *Yale Law Journal*. Número 108, 1998. p. 485.

(61) Ver por ejemplo WING, Adrien Catherine (editora). *Critical Race Feminism: A Reader*. 1996; ESTRICH, Susan. *Real Rape*. 1987; MACKINNON, Catherine A. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. 1987; MACKINNON, Catherine A. *Toward a Feminist Theory of State*. Capítulos 8-13. 1989.

Para tomar un par de ejemplos un posible trazo en escuelas feministas en acoso sexual del canónico libro de Mackinnon (MACKINNON, Catherine A. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*. 1979), a través de escolares como Franke y Schultz, que cuestionaron el contorno y racionalizaciones en leyes de acoso sexual, véase: FRANKE, Katherine M. *What's Wrong with sexual Harassment?* En: *Stanford Law Review*. Número 49, 1997. p. 691; SCHULTZ, Vicky. *Reconceptualizing Sexual Harassment*. En: *Yale Law Journal*. Número 107, 1998. p. 1683; para Janet Halley casi "hereditaria" crítica de fuertes versiones de acoso, véase: HALLEY, Janet y Wendy BROWN (editores). *Sexuality Harassment, in Left Legalism/Left Critique* 80. p 202.



del Derecho, una forma de crítica que aparece de tiempo en tiempo sobre cada uno de estos acercamientos también⁽⁶²⁾- son suficientemente actuales que no necesito describirlos. Para mis

intenciones con este trabajo, es suficiente darse cuenta que si uno toma todas las variantes del Derecho y del estatus actualmente existente, una gran parte de nuestras actuales escuelas jurídicas es de esta clase⁽⁶³⁾. Y esto es verdad, aún enfocándonos únicamente en ejemplos relativamente sencillos de ello, o de considerar también manifestaciones más complejas, como los estudios que se enfocan, por ejemplo, en el Análisis Económico del Derecho de la discriminación racial en el centro de trabajo⁽⁶⁴⁾.

6. Escuelas y movimientos⁽⁶⁵⁾

Algunas de las escuelas y movimientos de las escuelas jurídicas de América en este siglo son claramente identificables con alguna de estas aproximaciones. El nuevo Análisis Económico del Derecho -ya sea en las manifestaciones de las Universidades de Yale o Chicago- es un ejemplo claro del movimiento, el cual se centraba firmemente en la postura "Derecho y ..."⁽⁶⁶⁾. Otros como los Estudios Críticos de Derecho o el Realismo Jurídico, son combinaciones interesantes (algunos dirían que mezclas) de más de un acercamiento. Sin embargo, mientras algunos del Realismo Jurídico son mejor descritos como

- (62) Dichas críticas son escuchadas más frecuentemente en reuniones de facultad y coloquios que en escritos académicos. Por lo tanto, el gran académico alemán Konrad Zweigert (véase: supra nota 1), saludaba mi presentación del nuevo Análisis Económico del Derecho, en un seminario en el Instituto Max Planck en Hamburgo en 1965, que la sentencian categóricamente: "Todo eso es muy interesante, pero deben darse cuenta que no es Derecho ni escuela legal". Mi algo ruda respuesta fue "tal vez no ahora, pero pronto lo será". Un ejemplo más reciente esta dado para la falla de Yale al no contratar a Myres McDougal para su Facultad hasta que demostró en otra facultad que no era un "árido formalista", como el formalismo para ese tiempo no contaba como válido en el trabajo en Yale. Yo mismo escuché a este gran académico, para ese entonces profesor Sterling de Yale, hacer los mismos ataques hacia algunos filósofos analíticos del Derecho de Oxford.
- (63) Consideren el numero significativo de periódicos centrados en el Derecho y Estatus, incluyendo *American Indian Law Review*; *Asian Law Journal*; *Chicano Latino Law Review*; *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*; *Harvard Latino Law Review*; *Harvard Women's Law Journal*; *Hastings Women's Law Journal*; *Law and Inequality*; *Law and Sexuality: A Review of Lesbian and Gay Legal Issues*; *National Black Law Journal*; *Yale Journal of Law and feminism*.
- (64) Véase: BECKER, Gary. *The Economics of Discrimination*. 1971. Para discriminación en el mercado de manera más general, véase: AYRES, Ian. *Pervasive Prejudice? Unconventional Evidence of race and Gender Discrimination*. 2001.
- (65) Varias veces me han preguntado como la "ley natural" encaja en esto y por qué no lo he tratado como un tema separado. La razón es esta: Los que proponen la ley natural para mi caen en una de dos categorías. Algunos se aferran a la religión y teología para valores relevantes y por lo tanto en mi rubro, otro -importante- escuela de "Derecho y ...". Otros argumentan que las decisiones relevantes deben ser creadas por instituciones particulares (la Iglesia o como en el formulario de Coke, las cortes, véase: caso Bonham, 77 Eng Rep. 646 (K.B 1610). Son mejor vistas como practicantes del proceso legal.
- (66) En oposición al "antiguo" Análisis Económico del Derecho de 1920 y 1930 que fue usada para determinar si las leyes específicas del *Common Law* o subreglas legislativas sirven para lograr las metas de reglas más amplias que las que intentaban servir, el "nuevo Análisis Económico del Derecho" deseaban usar herramientas derivadas de la economía para analizar, explicar y criticar reglas legales que no estaban concientizadas en un origen "económico". CALABRESI. Supra nota 20. p. 86; véase también: POSNER, Richard A. *The Economic Approach to Law*. En: *Texas Law Review*. Número 53, 1975. p. 757.

practicantes del acercamiento “Derecho y...”⁽⁶⁷⁾, otros se encontraban realmente dentro de las escuelas del Proceso Legal, cuya preocupación se refería a cuáles instituciones eran las más apropiadas para decidir la ocurrencia de ciertos temas que resultaban bastante distintos de los posteriores, y más famosos que los practicantes de la escuela del Proceso Legal de Harvard⁽⁶⁸⁾. Finalmente, algunos de los trabajos Realistas se encontraron cerca de lo que podríamos llamar como Derecho y Estatus, más que cualquier otra cosa⁽⁶⁹⁾.

Recientemente, los Estudios Críticos de Derecho muestran una mixtura análoga. Muchas de las escuelas se apoyan fuertemente en otras disciplinas como la Filosofía, Literatura, Criticismo

e incluso Economía⁽⁷⁰⁾. Otros como Roberto Unger buscar retornar a un doctrinarismo de fuente formalista⁽⁷¹⁾. Aún así, todavía otros como Duncan Kennedy, son, al menos en partes, partidarios de las escuelas del Proceso⁽⁷²⁾. Muchas de ellas tienen un gran elemento de Derecho y Estatus en su trabajo, aunque su falta de concentración en alguno de estos grupos ha formado la escuela del Derecho y Estatus para criticarlos como simpatizantes periféricos⁽⁷³⁾.

No existe nada extraño con todo esto. Las escuelas y los movimientos son siempre identificados o se auto identifican y llaman a sí mismos de formas en las que le pueden causar el compartir un solo pensamiento de acercamiento

(67) Véase: supra nota 26 y 33 (describiendo el uso realista de la ciencia empírica, incluyendo economía institucional y psicología).

(68) Véase, por ejemplo, LANDIS, James M. *Statutes and the Sources of Law*. En: *Harvard Legal Essays*. Número 213, 1934. p. 1 (explorando el tema de la actualización judicial de los estatutos). Otros realistas quienes se enfocaron en la necesidad de mayores poderes para las cortes federales, como el juez Douglas y el juez Bazelon, puede ser que toman un enfoque del proceso legal. Véase: MIKVA, Abner J. *The Real Judge Bazelon*. En: *Geo. Law Journal*. Número 82, 1993. pp. 1, 4 y 5 (describiendo la creencia del juez Bazelon en un rol robusto para las cortes federales, correspondientes con su desagrado de las posturas fuertes y abstencionistas, así como de las doctrinas que requieren deferencias judiciales a decisiones administrativas). Lon Fuller es una figura interesante en esta taxonomía, en vista de que produjo una de las doctrinas más influyentes en el *corpus* realista, véase: FULLER, Lon. *The Reliance Interest in Contract Damages (pts. I-II)*. En: *Yale Law Journal*. Número 46, 1936-1937. pp. 53 y 373; pero al mismo tiempo crítico del realismo y su necesidad de encontrar “eso que debe ser”, véase: FULLER, Lon. *The Forms and Limits of Adjudication*. En: *University of Pennsylvania Law Review*. Número 82, 1934. pp. 429 y 461; y luego volcó su atención a temas del proceso. Véase: FULLER, Lon. *The Forms and Limits of Adjudication*. En: *Harvard Law Review*. Número 92, 1978. p. 353 (originalmente escrito entre 1957 y 1961).

(69) Considere a COHEN, Felix S. *Handbook of Federal Indian Law*. 1945; y los varios trabajos realistas en labor organizada, véase por ejemplo: WHEELER COOK, Walter. *Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life*. En: *Yale Law Journal*. Número 27, 1918. p. 785.

(70) Véase, por ejemplo, supra nota 28 (Derecho y Filosofía, Análisis Económico del Derecho); KELMAN, Mark. *Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem*. En: *California Law Review*. Número 52, 1979. p. 669 (Análisis Económico del Derecho); WEST, Robin. *Authority Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner*. En: *Harvard Law Review*. Número 99, 1985. p. 384 (Derecho y Literatura).

(71) Véase: MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. 1986. pp. 15-22, 88-90 (avocando un acercamiento llamado “desviacionista” o “expandido”, doctrina que a través del método de “desarrollo interno” explica un campo de Derecho como una expresión de principios y contraprinicipios en conflicto y trabaja diferentes relaciones entre estos principios y generaliza esto en una “teoría legal más comprensiva” que puede ser aplicada a diferentes ramas de la ley.

(72) Véase, por ejemplo: KENNEDY, Duncan. *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology of Judging*. En: *Journal of Legal Education*. Número 36, 1986. p. 518.

(73) Muchos estudios críticos legales han estado preocupados con desigualdad de clases pero también se han dirigido a raza y género. Podría ser merecedor notar que aparecen trabajos importantes feministas y antirracistas en: HUTCHINSON, Allan C. (editor). *Critical Legal Studies*. 1989, y; KAIRYS, David. *The Politics Of Law: A Progressive Critique*. 1998. Sin embargo, estudios críticos legales han sido criticados por fallar completamente con estatus jerárquicos, tales como los de la raza. Véase, por ejemplo: COOK, Anthony E. *Beyond Critical Legal Studies: The Reconstructive Theology of Dr Martin Luther King, Jr.* En: *Critical Race Theory: The Key Writings*. Supra nota 57; pp. 85 (“Escuelas de Minorías han criticado la falla del movimiento CLS el no poder sincronizarse con la historia y la perspectiva de aquellos que en diferentes contextos, enfrentaron sus problemas con las mismas preocupaciones que CLS -problemas asociados con herencias, pérdida de poder e ideologías legítimas”); DALTON, Harlon L. *The Clouded Prism: Minority Critique of the Critical Legal Studies Movement*. En: *Critical Race Theory: The Key Writings*. Supra nota 57. pp. 80 y 82 (notando que las escuelas de Estudios Críticos Legales fallaron en escuchar a las voces minoritarias, pero comentando que eran “compañeros viajeros” y que con ellos “no tienes que iniciar una conversación de cero. Pueden iniciar en el quinto nivel y luego tener una discusión”).

teórico solo por suerte. En algunas ocasiones estas escuelas representan grupos generacionales⁽⁷⁴⁾. En otros tiempos ellos mayormente derivarán de una aglomeración de personas en una Facultad de Derecho determinada que vinieron a ser unidas por políticas universitarias -y la valiosa meta de ser profesores principales- tanto como cualquier otra cosa⁽⁷⁵⁾. El nombre y la definición de ellos mismos como “escuelas” pueden ser usualmente de una forma de apoyo mutuo o propia protección, o puede ser iniciado como una etiqueta por quienes no coincidían con ellos. Por supuesto, la teoría juega un rol. Usualmente estas “escuelas” se unen ante un particular disgusto por la extinción de una de estas cuatro posturas que he descrito⁽⁷⁶⁾. La crítica en esos casos es frecuentemente coherente, incluso su propio trabajo representa extractos tomados de diferentes acercamientos e inevitablemente, algunas veces, incluso de variantes del mismo acercamiento en reacción contra aquel del que provinieron⁽⁷⁷⁾.

Esto puede representar una fácil crítica de esas escuelas, no tanto en función de lo que cada uno de sus miembros escribía, pero por el imperdonable pecado para muchos académicos de autodefinition difusa⁽⁷⁸⁾. A mi parecer estas críticas dejaban de lado el punto central del tema. Debíamos tratar de tener una visión clara de estos acercamientos al Derecho. Debemos tratar de tener

una visión tan clara como podamos acerca de qué posturas del Derecho son prominentes. No obstante, este hecho no significa que tengamos algún derecho para demandar que las personas individualmente o como grupo mantengan solo una postura o teoría y rechace las otras. Existe una atracción estética a los acercamientos de los pensamientos individuales, pero ello podría significar que las miradas más acuciosas de la catedral se encuentran dadas por más de una pintura, o más de un método⁽⁷⁹⁾. Si ello es así para los individuos, ciertamente también puede ser cierto para un grupo de escuelas quienes por un número de razones les gusta pensar en sí mismos como (o han sido apuntadas de serlo) una escuela.

7. ¿Somos dueños de nuestro cuerpo? Acercamiento doctrinario

Si lo que acabo de decir es verdad, algunos deben preguntarse cuál es la utilidad de describir las cuatro posturas o teorías por separado. Lo hago, porque creo que la forma en que las escuelas jurídicas (y para tal caso, jueces también), quienes están fundamentalmente avocados a alguna de estas teorías, analizan las interrogantes legales a diferencia de la forma en que otras escuelas, que son en su mayoría seguidores de otra postura, considerarán los mismos temas. Lo que preguntan,

(74) De nuevo el movimiento de estudios críticos legales provee un buen ejemplo. Como Richard Barman observa “una de las principales características de los estudios críticos legales es su fragmentación: No hay puntos aceptados uniformemente ni textos canónicos”. BAUMAN, Richard W. *Critical Legal Studies: A Guide To The Literature*. 1996. p. 3. Su florecimiento generalmente está ligado a una serie de conferencias por nuevos intelectuales de izquierda, muchos de los cuales han pasado tiempo en la Facultad de Derecho de Yale pero luego trabajando en otras diferentes Facultades de Derecho o en situaciones académicas cercanamente ligadas (sociología legal, antropología legal). Comparten un cierto desgano por lo que perciben ser la estéril y autoritaria discusión académica legal de los últimos años sesenta y principios de los setentas así como una simpatía general con las ideas revolucionarias de izquierda (aunque generalmente eran profundamente escépticas de los regímenes socialistas estatales). KELMAN. Supra nota 28, p. 1. Su “llegada a la madurez” es algunas veces trazado a un *simposium* en el *Stanford Law Review* en 1984. Véase: SYMPOSIUM. En: *Stanford Law Review*. Número 36. pp. 1-674; véase también: BAUMAN. Supra nota 21.

(75) Para un estudio meditado de cómo los movimientos legales son negociados en situaciones institucionales concretas, como el de un salón y el encuentro de la facultad, véase: KALMAN, Laura. *Legal Realism At Yale: 1927-1960*. 1986.

(76) Llamado la jurisprudencia sociológica de Pound, la cual se levantaba como reacción contra los conservadores del formalismo legal que existía en el siglo diecinueve. Ver supra notas 20 y 22.

(77) Por ejemplo, el realismo jurídico realizó un análisis jurisprudencial abstracto de Hohfeld así como de las mismas bases sociológicas que se ejemplificaron en *brandeis brief* en su crítica a la ortodoxia clásica. Véase: HORWITZ. Supra nota 20.

(78) ALTMAN, Andrew. *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*. 1990. “Una parte importante de mi crítica al CLS se fundamenta en la idea que existen dos estándares incompatibles de pensamiento al margen de la literatura de los CLS, una radical y otra más moderada. El pensamiento radical descansa en la defensa de concepciones indefendibles del lenguaje y la realidad social. La moderada descansa en concepciones defensivas pero sin seguidores que puedan ocasionar un daño serio al liberalismo”.

(79) La referencia es, sin lugar a duda, respecto a la pintura de Monet de la Catedral de Rouen. Para llegar a la Catedral, uno debe ver todo de ella. Véase: CALABRESI y RELAMED. Supra nota 35.

lo que creen que es su trabajo, las fuentes a las que deben recurrir, que consideran determinante, son suficientemente alterados por la postura que toman, que considero vale la pena que los distinga. Para indicar esto, sugeriré cómo cada una de las cuatro teorías se aproximará a la pregunta de si somos dueños de nuestro cuerpo y sus partes, o si, siempre o a veces, estas partes del cuerpo deben “pertener” a quienes los necesiten. Este tema puede parecer de ciencia ficción, pero como muchas demandas lo han indicado, está más allá de todo esto⁽⁸⁰⁾. En parte por su aparente novedad, además, es particularmente ameno examinarlo a la luz de las diferentes posturas o teorías.

Una persona necesita una transfusión de sangre, un trasplante de médula ósea, o un nuevo riñón⁽⁸¹⁾. El donador más conveniente declina en contribuir. Una demanda es presentada o una acción legislativa es buscada. ¿Cómo aborda cada postura las preguntas involucradas?

La doctrina observará el ámbito legal, judicial y las decisiones legislativas que parezcan análogas,

así lo que se hace aquí es “como” lo que se hace allá. De primera impresión, la topografía parece ser inusualmente esclarecedora. Después de todo, todavía estamos principalmente en un régimen liberal, antes que comunitario⁽⁸²⁾. La autonomía y el individualismo son representadas poderosamente en la topografía legal, sin importar cómo hayan llegado a ese punto y si últimamente son justificados o deseados.

De este modo, la conclusión inicial de la doctrina sería que nosotros sí somos dueños de nuestro propio cuerpo. Para esto, el o ella citará innumerables “señales/precedentes topográficos” de un sin número de partes estatutarias, constitucionales, y del *Common Law*: el hecho que normalmente ser voluntario para salvar la vida de alguien no es requerido⁽⁸³⁾; las prohibiciones constitucionales sobre servidumbre involuntaria⁽⁸⁴⁾; la venta legal de sangre y cabello⁽⁸⁵⁾; el aparente derecho de donar partes del cuerpo a aquellos a los que deseamos darlos (incluyendo, por supuesto, las leyes que detallen cómo una persona

(80) Por ejemplo, en *McFall v. Shimp*, 10 Pa. D. & C.3d 90 (Ch. Ct. 1978), un hombre que seguramente morirá si no se realiza un trasplante de médula ósea buscó una prescripción para requerir a Shimp, su primo, para que donara su médula ósea, procedimiento que ocasiona poco riesgo pero considerable dolor. La corte rechazó otorgar la prescripción o autorización. Véase también: *Curran v. Bosze*, 566 N.E.2d 1319 (111. 1990) (se denegó a un padre biológico la solicitud de una prescripción que pida a la madre que se practique en su hijo gemelo pruebas de sangre y una posible cosecha de médula ósea para salvar la vida de su otro hijo gemelo, quien probablemente muera sin un trasplante de médula ósea).

Este tema es construido de modo menos dramático llamándolo estados de “consentimiento presunto”. Estos estados permiten a investigadores médicos cosechar glándulas corneas y pituitarias de los cadáveres durante una autopsia autorizada, siempre y cuando el investigador médico no sea consciente de los deseos en contrario del fallecido o de su familia. A pesar de ello, algunos estados requieren que se hagan “esfuerzos razonables” para obtener el consentimiento, la mayoría de los comentaristas concuerdan que en la práctica “consentimiento presunto” frecuentemente significa “pérdida”. Para mayor discusión de estos estados y pleitos sobre tomar la posesión sin un debido proceso, véase: RAO, Radica. *Property, Privacy and the Human Body*. En: *B.U. Law Review*. Número 80, 2000. pp. 359, 380-382, y 405-409.

(81) CRESPI, Gregory S. *Overcoming the legal Obstacles to the Creation of a Features Market in Bodily Organs*. En: *Ohio State Law Journal*. Número 55, 1994. p. 1. (“Miles de americanos mueren cada año por un riñón, un corazón, un hígado, o un páncreas [...]”).

(82) Véase: CALABRESI, Guido, *Liberté, Egalité, Fraternité*. Lectura de Cardozo enviada a la Asociación de la Barra de la Ciudad de New York. 1996.

(83) Véase: *L.S. Ayres & Co. v. Hicks*, 40N. E. 2d 334,337 (Ind. 1942) (declaración de que no hay deber de rescatar en el derecho de agravio). Sin embargo, algunos Estados, imponen pequeñas penalidades en algunas circunstancias. Véase: *Vt.StaT.ANN. tit. 12, 519(a)* (1973) (“La persona que sabe que otra se encuentra expuesta a un daño grave debe dar asistencia razonable a la persona expuesta a menos que la asistencia o cuidado esté siendo dado por otros, siempre que el mismo pueda ser rendido sin que involucre peligro alguno para él o sin que interfiera con deberes importantes para con otros”); (asegurando una multa máxima de \$100). Para mayor discusión, véase: FRANKLIN, Marc A. y Matthew PLOEGER. *Of Rescue and Report: Should Tort Law Impose a Duty to Help Endangered Persons or Abused Children?* En: *Santa Clara Law Review*. Número 40, 2000. p. 991; POSNER, Richard A. *Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 7, 1978. p. 83.

(84) Enmienda Décimo Tercera de la Constitución de Estados Unidos.

(85) Véase: RAO. *Supra* nota 80. 2000. pp. 371-373 (discusión de la venta de sangre e inspecciona el estatus legal de otras partes del cuerpo). La venta de óvulos y esperma es también extendida. ALPERS, Ann y Bernard LAW. *Commodification and Commercialization in Human Embryo Research*. En: *Stanford Law Review*. Número 6, 1995. pp. 39 y 41.

puede establecer que sus órganos pueden ser usados para trasplantes después de su muerte)⁽⁸⁶⁾; la decisión de la Corte Suprema que parece reconocer el Derecho Constitucional de una persona de prohibir tratamientos médicos futuros y de morir más o menos en paz⁽⁸⁷⁾; el derecho a ser informado y dar consentimiento antes de una intervención médica⁽⁸⁸⁾; y muchos más⁽⁸⁹⁾. Es una pequeña maravilla que las cortes que se enfrentaron al tema de la propiedad de las partes del cuerpo hayan concluido que aquellas pertenecen a sus poseedores⁽⁹⁰⁾.

Sin embargo, en un examen posterior, esto no significa que el paisaje se vea claro; no todas las señales apuntan hacia una misma dirección. Así,

la gente puede ser militarmente reclutada contra su propia voluntad y hacerlos que pongan sus cuerpos al servicio del bien común⁽⁹¹⁾. Una vez ahí, ellos pueden ser sometidos, sin su conocimiento, a terribles experimentos con drogas, y sin tener ni siquiera el derecho a compensación, sin hablar del derecho de prevenir la toma de sus cuerpos y mentes⁽⁹²⁾. Además, en muchas circunstancias, los individuos no deben vender algunas partes de sus cuerpos⁽⁹³⁾, o no deben permitir el uso de ellos (como en la maternidad sustituta)⁽⁹⁴⁾. Y, en más de una jurisdicción ellos están, o estaban en el pasado, impedidos de destruir parte de ellos mismos (automutilación) o en su totalidad (suicidio)⁽⁹⁵⁾. Finalmente, a lo largo del tiempo las

- (86) Véase: Acto de Regalo Anatómico Uniforme, el que ha sido adaptado de algún modo en cincuenta estados. Acto de Regalo Anatómico Uniforme (1968), 8A U.L.A. 99 (1993).
- (87) *Cruzan v. Dir.*, Mo. Dep't de salud, 497 U.S. 261, 279 (1990) (sugiere que una persona competente tiene un interés de libertad fundamental al rechazo de la hidratación salvavidas y nutrición). Pero ver *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) (distinguiendo *Cruzan* e indicando que puede no haber un interés de libertad fundamental en el suicidio asistido).
- (88) Véase: *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d. 772 (D.C. Cir. 1972) (sostienen que los doctores tienen un deber de revelar información relevante sobre los riesgos inherentes en el tratamiento).
- (89) La lista de doctrinal *guideposts* puede seguir y seguir. Uno puede notar, por ejemplo, que bajo la Cuarta Enmienda y la Cláusula de Debido Proceso, el gobierno no puede bombardear el estómago de un sospechoso en la búsqueda de pruebas, *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952), o extraer una bala del cuerpo de un sospechoso sobre sus objeciones, *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753 (1985). Pero ver *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990) (sostienen que el estado enérgicamente puede suministrar drogas antipsicóticas a un interno si tal tratamiento se encuentra razonablemente relacionado con intereses penológicos legítimos); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966) (sostienen que las energías pruebas de sangre de los sospechosos no ofenden la Constitución).
- (90) Véase: *Curran v. Bosze*, 566 N.E.2d 1319 (Ill. 1990) (rechazo de ordenar pruebas de ordenar pruebas de sangre por posibles cosechas de médula ósea); *McFall v. Shimp*, 10 Pa. D. & C. 3d 90 (Ch. Ct. 1978) (rechazo para requerir a Shimp para que provea su médula ósea a su primo, a pesar que el procedimiento plantea poco riesgo y el primo seguramente muera sin esa donación). Discuto el caso de Shimp en: CALABRESI, Guido. *Do We Own Our Bodies?* En: *Health Matrix*. Número 1, 1991. p. 5. El tema de la propiedad de las partes del cuerpo, que es mi tema principal aquí, debe distinguirse del tema (no totalmente sin relación) de las condiciones bajo las cuales se les puede decir a las personas que dejen sus intereses de "propiedad" sobre las partes de sus cuerpos. Véase: *Moore v. Regents de la Universidad de California*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990) (rechazo de una acción para la conversión de células de bazo porque el demandado había abandonado su interés de propiedad en ellos sobre su retiro).
- (91) Véase: *Arder v. Estados Unidos*, 245 U.S. 366, 238 (1918) ("No puede dudarse que la propia concepción de un gobierno justo y sus deberes para con los ciudadanos incluye la obligación recíproca de los ciudadanos a rendir servicio militar en caso de necesidad, y el derecho de obligarlo") Similarmente, vacunaciones obligatorias han sido mantenidas como necesario por el bien común. Véase: *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).
- (92) *Estados Unidos v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987) (sostiene que no estuvo disponible ningún remedio contra el estado a un militar que fue sometido involuntariamente a experimentos de LSD).
- (93) El Acto de Trasplante de Órgano Nacional impone el encarcelamiento y multas criminales por la compra de conocimientos o la venta de órganos humanos, incluyendo riñones, hígados, corazones, y médula ósea, para usarse en trasplantes humanos. 42 U.S.C.A. 274 (West 2003).
- (94) Véase: Mich. Comp. Laws Ann. 722.859 (West 2003) (prohibición de contratos comerciales de subrogación familiar); *In re Baby M.*, 109 N.J. 396 (1998) (sostiene que la subrogación contractual estuvo en conflicto con la política pública de estado y leyes prohibiendo el uso de dinero en conexión con adopciones). También ver leyes contra la prostitución. Véase: Ley Penal de New York 230.00 (Mckinney 2003) (prohibición de contratos sobre conducta sexual con otras personas a cambio de honorarios).
- (95) Para dar un vistazo en la historia de la regulación de las leyes sobre suicidio, véase: *Quill v. Vacco*, 80 F.3d 716, 732-735 (2d Cir. 1996) (coincide, J. Calabresi), *rev'd*, 521 U.S. 793 (1997) (descripción de la abolición de las leyes de New York que criminalizan el suicidio y la tentativa de suicidio y la persistencia de la prohibición contra el suicidio asistido).

mujeres fueron obligadas a dar sus cuerpos para salvar a sus fetos o nonatos⁽⁹⁶⁾. Algunas cortes, en algunos Estados, han indicado que las mujeres pueden ser castigadas si no cuidan sus cuerpos, esto es, hacerlas por un tiempo una utilidad pública para el beneficio de sus nonatos⁽⁹⁷⁾.

Por supuesto, *Roe v. Wade* corta fuertemente la otra vía, y su lenguaje sobre la privacidad (en realidad, autonomía) supone ciertamente la noción de propiedad de las partes del cuerpo que poseemos⁽⁹⁸⁾. Pero las críticas de esta exposición razonada de *Roe* y la retroceso judicial de ella en *Casey* indica que nuestra topografía no es un pensamiento simple en el asunto⁽⁹⁹⁾. El hecho que muchos de los que apoyan el resultado de *Roe* estén preocupados por su razonamiento, sugiere que su amplio lenguaje indicando un derecho constitucional de propiedad de nuestros cuerpos como un tema general, bien puede ser una exageración⁽¹⁰⁰⁾. Algunos han sostenido que si tanto los hombres como las mujeres se embarazaran,

las leyes antiaborto -si las tuviéramos- seguramente serían válidas. Esta posición, hasta donde sus proponentes saben, significa que la declaración de *Roe* sobre la propiedad de las partes de nuestro cuerpo no puede ser tomada para reflejar un derecho absolutista y libertario sobre nuestro propio cuerpo. Por el contrario, estos proponentes dirían, que ciertas desviaciones de la topografía legal libertaria pueden ser válidas, pero, por lo menos ellas son dudosas constitucionalmente cuando son hechas de un modo que cargan a los miembros de grupos discriminados, cuando ellos calzan en clasificaciones sospechosas. Esto significaría que *Roe*, lo que realmente apoya es una prohibición de tomar discriminadamente los cuerpos de las mujeres a favor del presunto bien común, y no una prohibición universal no discriminatoria para ese propósito⁽¹⁰¹⁾.

Así, alguna parte de la doctrina probablemente concluirá, de ser realmente honestos en su búsqueda por consistencia legal y en su abjuración

- (96) Para una historia de las leyes de aborto y otras regulaciones sobre protección fetal, véase: SIEGEL, Reva. *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*. En: *Stanford Law Review*. Número 44, 1992. p. 261.
- Inclusive después de *Roe v. Wade*, doctores y cortes, algunas veces, han insistido que una mujer embarazada sufre procedimientos peligrosos para la protección de sus fetos. Por ejemplo, en caso el tribunal de primera instancia permitiera a un hospital realizar una cesárea a pesar de las objeciones de una mujer con una enfermedad terminal, quien tenía 26 semanas de embarazo, cuando la cirugía planteó riesgos sustanciales a la salud de la mujer pero fue necesario para que el feto viva. Véase: *In re A.C.*, 533 A.2d 611 (D.C. 1987), vocated, 573 A.2d 1235 (D.C. 1990). Véase generalmente: EHRENREICH, Nancy. *The Colonization of the Womb*. En: *Duke Law Journal*. Número 43, 1993. p. 492 (observa que tales decisiones usualmente afectan a mujeres pobres y a mujeres de color). Mujeres embarazadas incompetentes son las más vulnerables, desde que una mayoría de estados previene el retiro de asistencia médica de respiradores de tales mujeres sin tener en cuenta sus deseos expresados en testamentos o las recomendaciones de sus designados. Véase: RAO. *Supra* nota 85. p. 409-414 (discute que estos estados "toman literalmente" los cuerpos de mujeres embarazadas incompetentes, tratándolas como bienes muebles, que pueden ser bosquejadas en el servicio como incubadoras fetales para el estado"). La relevancia de tales casos para el "Derecho y estatus" es obvia, ver Parte IX.
- (97) Para mayor discusión, véase: ROBERTS, Dorothy E. *Punishing Drug Addicts Who Have Babies: Women of Color, Equality, and the Right to Privacy*. En: *Harvard Law Review*. Número 104, 1991. p. 1419.
- (98) Para una exposición razonada diferente para el caso de *Roe* que puede ser aplicable al tema de transferencias forzadas de partes del cuerpo, véase: KOPPELMAN, Andrew. *Torced Labor: A Thirteenth Amendment Defense of Abortion*. En: *Nw. University Law Review*. Número 84, 1990. pp. 480 y 523. ("Un estatuto que fuerce a los padres a donar órganos de sus hijos al menos levantaría serias dificultades sobre la Décimo Tercera Enmienda. Un argumento para su validez tendría que acentuar la duración relativamente corta de la invasión y magnitud del interés: a diferencia de los fetos, los niños cuyas vidas podrían ser salvadas son indisputablemente personas").
- (99) Véase: *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (restringiendo el caso de *Roe* y manteniendo cierto consentimiento informado y exigencias del consentimiento paternal); Cfr. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000) (invalidar un estatuto que prohíbe los llamados abortos de parto parcial porque el estatuto careció de una excepción sobre la salud maternal).
- (100) Véase: GINSBURG BADER, Ruth. *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*. En: *North Carolina Law Review*. Número 63, 1985. p. 375 (cuestiona, rechazando, la autonomía racional del caso *Roe* y lamenta el fracaso de la Corte para citar intereses de igualdad de las mujeres).
- (101) Para una elaboración del argumento de igualdad para derechos de aborto, véase: LAW, Sylvia A. *Rethinking Sex and the Constitution*. En: *University of Pennsylvania Law Review*. Número 132, 1984. p. 955; SIEGEL. *Supra* nota 96. Para mis propios pensamientos sobre la superioridad de la perspectiva de la igualdad sobre la perspectiva de la intimidad, véase: CALABRESI, Guido. *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law*. 1985. pp. 87-115.

de valores profesionales, que nuestro punto de partida es la propiedad de nuestros cuerpos y sus partes. Pero, probablemente, estos doctrinarios tendrán que reconocer que tal punto de partida no es tan firme, que las desviaciones de él, de vez en cuando judiciales y más frecuentemente legislativas, serán necesariamente inconstitucionales o de otro modo anatemas para el sistema. Un estatuto que hizo algunas partes del cuerpo disponibles (como sangre, médula ósea, o tal vez riñones) a aquellos que lo necesitaran serían válidos, especialmente si hubo alguna necesidad pública dramática, como una generalizada Chernobyl⁽¹⁰²⁾. Por supuesto, si aquella ley exigiera tales donaciones forzadas solo de mujeres (o de otros grupos sacados de modos “sospechosos”), eso probablemente sería un tema muy diferente⁽¹⁰³⁾.

Sin embargo, no es mi objetivo investigar totalmente en el tema de propiedad de las partes del cuerpo -o aún hacerlo solamente desde el punto de vista de aquellos dedicados al Derecho como una disciplina autónoma a ser estudiada con un ojo en la coherencia doctrinal. En vez de ello, se debe comparar aquel acercamiento a otros. ¿Cómo analizarán estos la pregunta?

8. ¿Somos dueños de nuestro cuerpo? El punto de vista del “Derecho y ...”

Las escuelas jurídicas del “Derecho y ...” mirarán al tema de las partes del cuerpo desde una perspectiva totalmente diferente al de la doctrina. El o ella no estará muy interesado en la existencia de la doctrina legal, en la topografía, excepto en la medida en que esto indique algo relevante a la disciplina subyacente (o para varias disciplinas) en

el que la escuela confiara. Así, para el abogado-economista la práctica existente puede servir como un indicador de lo que ha venido a ser visto como eficiente bajo tecnologías pasadas (pero podría no ser así). O podría aumentar preguntas sobre los costos de cambiar a una nueva postura. Sin embargo, esto de ninguna manera excluiría un estudio independiente de lo que ahora sería una eficiente asignación, y “derecho”, de las partes del cuerpo.

Nuevamente, este no es el lugar para hacer, ni siquiera un inicio, de un análisis legal- económico de la pregunta. Sin embargo, los tipos de cosas que los abogados-economistas preguntarían pueden ser mencionados. ¿El mercado de partes del cuerpo probablemente alcance resultados eficientes, o es sumamente ineficiente? ¿Frecuentemente, ambos, el “poseedor” y el que sería “el receptor del transplante” son únicos! La parte del cuerpo es útil únicamente para estos dos, y así existe un monopolio bilateral. En otras ocasiones solo una de las partes tendrá un poder monopólico sustancial si el derecho pertenece a él o ella. En cualquier caso, la negociación no es sencilla⁽¹⁰⁴⁾. Dadas las dificultades de negociación (costos transacción)⁽¹⁰⁵⁾ entre la persona que tiene y la que necesita partes buenas del cuerpo, ¿es más eficiente empezar con designar derechos en aquellos que tienen más de lo que necesitan, o en aquellos que necesitan lo que no tienen?⁽¹⁰⁶⁾

La mayoría de gente tiene más sangre y médula ósea de la necesaria, inclusive tienen un riñón más de lo que normalmente necesitan. ¿Sería más eficiente si la propiedad en estos casos fuera otorgada a quienes lo necesitan, en vez, de aquellos que los poseen? Sin embargo, ¿cuáles serían las consecuencias en términos de cuidado de las partes del cuerpo si los “cuidadores” (aquellos que

(102) El reactor nuclear de Chernobyl, ubicado en Rusia, explotó en 1986, soltando 50 toneladas de combustible nuclear evaporado en la atmósfera. Véase: MEDVEDEV, Grigori. *The Truth about Chernobyl*. 1991.

(103) Pero Cfr. *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981) (sostiene que la exención de las mujeres de registrarse para el esbozo no viola el componente de protección igualitaria del debido proceso). Véase también: Parte IX.

(104) Cfr. MORGAN, James N. *Bilateral Monopoly and the Competitive Output*. En: *Quarterly Journal of Economics*. Número 63, 1949. pp. 371 y 391 (descripción de problemas de negociado e ineficiencias resultantes causadas por monopolios bilaterales).

(105) Véase: COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. En: *Journal of Law and Economics*. Número 3, 1960. p. 1. Explico este concepto crucial en CALABRESI, Guido. *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*. En: *Yale Law Journal*. Número 100, 1991. p. 1211; y, CALABRESI, Guido. *Transaction Costs Resource Allocation and Liability Rules- a Comment*. En: *Journal of Law and Economics*. Número 11, 1968. p. 67.

(106) Casi tan importante como decidir quién tendrá el derecho es la pregunta de cómo ese derecho será hecho cumplir. Si tengo la “propiedad” de uno de tus riñones (porque lo necesito más que tú), podría ser el titular a una prescripción para removerlo quirúrgicamente de ti (una regla de propiedad) o simplemente podré tener el derecho de recibir daños si tu rechazas consentir un transplante (una regla de responsabilidad). Véase: CALABRESI y MELAMED. *Supra* nota 35.

poseen las partes del cuerpo) lo hicieran de ese modo en beneficio de otros antes que por su propio bien, o para proteger un activo potencialmente vendible? Bajo estas circunstancias, ¿la gente fallaría en el cuidado de sus órganos “reemplazables”?⁽¹⁰⁷⁾ Algunos abogados-economistas podrían sostener que ellos sí lo harían⁽¹⁰⁸⁾. Quienes se basan en términos más empíricos, probablemente tendrán una visión más amplia y podrían concluir que lo opuesto era verdad, porque la falta de cuidado implicaría demasiados gastos irreparables para los “descuidados”. Esto sería así, si el mismo descuido que perjudica un riñón reemplazable probablemente también dañara un corazón o cerebro irremplazable.

Por supuesto que diferentes universidades de Derecho Económico hubieran preguntado cosas diferentes. Así, los abogados-economistas de “Yale” también se hubieran enfocado probablemente en las consecuencias de distribución de la propiedad de las partes del cuerpo de los propietarios contra aquellos que los necesitan⁽¹⁰⁹⁾. ¿La riqueza y el bienestar serían distribuidos más equitativamente si se les da la titularidad de las partes del cuerpo a aquellos que los necesitan, en vez de aquellos que los poseen superficialmente? ¿Cuál sería el efecto en una persona que tiene un tipo de sangre sumamente rara? Si el o ella tiene la propiedad de la misma, será inmensamente rica. Si la titularidad la tuviera la persona que la necesita, el poseedor

del tipo de sangre rara se convertiría de utilidad pública, en una vaca que produce leche. ¿Qué clase de compensación, si la hubiera, sería apropiada y quién debería pagarla? Abogados-economistas de la Universidad de “Chicago” bien podrían renunciar a estas preguntas⁽¹¹⁰⁾. Finalmente, aquellos abogados-economistas influenciados por el Pensamiento Crítico Legal probablemente buscarán determinar los efectos en los valores y gustos de la sociedad, desde un punto de vista en el que estemos requeridos a ayudar (con nuestras partes del cuerpo) a aquellos que lo necesitan, y por el contrario desde un escenario en el que rechazamos hacerlo, dejando a esta gente morir⁽¹¹¹⁾.

Se harán muchas otras preguntas. El costo de la obligación (de una u otra forma) será uno. Es decir, que compare el costo de ver a una persona que no puede tener el trasplante que necesita encadenado(da) a la cerca de la Casa Blanca con un cartel que diga “¿por qué me dejas morir, por qué nadie me ayuda?”, con el costo de hacer que la gente venga y se le hagan pruebas de compatibilidad de órganos y finalmente sea presionado, o hasta obligado a donar sus órganos⁽¹¹²⁾. Similarmente, las ventajas y las desventajas de los mercados abiertos, ambos limitados (donaciones pero no ventas, ventas después de la muerte pero no mientras viva), y asignaciones colectivas serán consideradas hasta la saciedad⁽¹¹³⁾. Desde luego, el objetivo sería el mismo, obtener algún sentido de

(107) Cfr. HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. En: *Science*. Número 162, 1968. p. 1243.

(108) Un miedo similar es que el incremento de disponibilidad de órganos “transplantables” podría inducir a algunas personas a comprometerse en conductas más riesgosas para la salud. Puede ser también interesante considerar cómo un régimen que hace los órganos disponibles a quienes están en necesidad puede crear respaldo político para el cuidado de la salud universal, desde que todos puedan convertirse en potenciales donantes y de ahí un recurso a ser protegido por el bien común.

(109) Véase: CALABRESI, Guido y Philip BOBBITT. *Tragic Choices* 25. 1978 (discutiendo sobre “el igualitarismo corregido” bajo el cual criterios colocativos que buscan la máxima eficiencia deben ser modificados cuando impongan las cargas, en grupos particulares, que son consideradas inaceptables por la política relevante); CALABRESI y MELAMED. *Supra* nota 35 (declaración de la importancia de considerar las consecuencias distributivas de cualquier derecho dado).

(110) Véase: POSNER, Richard A. *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 8, 1979. p. 103 (sostiene que la maximización de riqueza es la meta de una sociedad justa); véase también: KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. *Fairness versus Welfare*. 2002 (discusión que la eficiencia es la medida exclusiva del valor de una política).

(111) Véase: KELMAN. *Supra* nota 28. pp. 126-137 (discuten las dificultades con basar derechos sobre gustos, desde que los gustos son contingentes y cambian en respuesta a diferentes esquemas de derechos).

(112) Cfr. MICHELMAN, Frank I. *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law*. En: *Harvard Law Review*. Número 80, 1967. pp. 1165 y 1214 (describen una faceta de los “costos de desmoralización” como la futura producción perdida, debido a incentivos perjudiciales o malestar social, causados por la desmoralización de aquellas personas sujetados a una toma gubernamental sin compensación, sus simpatizantes, y otros observadores “perturbados por el pensamiento que ellos mismos deben estar sujetos a un tratamiento similar en algunas otras ocasiones”).

(113) Véase: BANKS, Gloria J. *Legal & Ethical Safeguards: Protection of Society’s Most Vulnerable Participants in a*

lo que las reglas deberían ser y evitar ser guiados, como los doctrinarios, por las presunciones de que los valores del sistema deben ser encontrados examinando las reglas existentes y adoctrinándose ellos mismos. Es decir, el objetivo es rechazar la noción que la consistencia de reglas, el uno con el otro y con los valores endógenos que esas reglas representan, es el punto esencial de las escuelas jurídicas, y es en cierto modo el valor primario al cual tal escuela jurídica se dedica.

Otras escuelas de "Derecho y..." tendrán una perspectiva sobre el tema de propiedad de las partes del cuerpo con el mismo objetivo que los abogados-economistas tienen. Pero, las fuentes a las que ellos recurrirán como guía serán bastante diferentes. Probablemente, un estudiante de Derecho y Filosofía también buscará cuáles deben ser las doctrinas y reglas a aplicar. Las preguntas

que él o ella hagan dependerán de la escuela o escuelas de Filosofía del Derecho con las que se hayan relacionado o en las que confíen. Y estas pueden variar ampliamente. Un par de ejemplos bastarán para explicar mi posición.

La escuela de Derecho y Filosofía seguidoras de la posición de John Rawls sobre la justicia y equidad, probablemente pregunten cómo decidiríamos la propiedad de las partes del cuerpo si se nos hiciera esa pregunta tapados por un velo de ignorancia⁽¹¹⁴⁾. Si nosotros no sabíamos que teníamos partes del cuerpo en buen estado o si éramos aquellos que necesitaban esas partes del cuerpo, ¿qué regla estableceríamos? Esta es la pregunta que debería guiarnos. No por lo que la mayoría votaría (quienes asumimos tienen partes del cuerpo en buen estado), o con el tiempo las hayan convertido en doctrinas legales⁽¹¹⁵⁾. El

Commercialized Organ Transplantation System. En: *American Journal of Law and Medicine*. Número 21, 1995. p. 45. Banks examina un rango de opciones, incluyendo un mercado para órganos de proveedores vivos (el cual puede ser en gran parte irregulado o puede incluir precio y control de calidad); un futuro mercado para órganos póstumos (una vez más, hay un rango de rasgos posibles, como controles de precios o el requerimiento de un pago *in-kind*); un sistema mixto donativo-comercial que reserva órganos donados para los indigentes; o un acercamiento del mercado que combine vales de órganos proporcionados por el gobierno para receptores indigentes (el trabajo general clásico sobre diferentes posibles límites sobre el derecho de enajenar el derecho de alguien es: ROSE-ACKERMAN, Susan. *Inalienability and the Theory of Property Rights*. En: *Columbia Law Review*. Número 85, 1985. p. 931).

Para el argumento que a las personas deben permitírseles vender uno de sus riñones mientras estén vivos, pero que solo agencias públicas interesadas, no personas en un mercado, deben estar permitidas a comprar y luego asignarlas, véase: GILL, Michael B. y Robert M. SADE. *Paying for Kidneys: The Case Against Prohibition*. En: *Kennedy Institute of Ethics Journal*. Número 12, 2002. p. 17 (argumenta que sus propuestas podrían incrementar el suministro de riñones disponibles sin decrecer significativamente las donaciones, la mayoría de ellos son hechos entre miembros de familia). Para el caso a favor de los mercados futuros, véase: BLAIR, Roger D. y David L. KASERMAN. *The Economics and Ethics of Alternative Cadaveric Organ Procurement Policies*. En: *Yale Journal on Regulation*. Número 8, 1991. p. 403; CRESPI. *Supra* nota 81 (abogar por un mercado futuro y reclamar que solo los cadáveres proporcionarían suficiente cantidad de órganos para encontrar la existencia y necesidades proyectadas); HANSMANN, Henry. *The Economics and Ethics of Markets for Human Organs*. En: *Journal of Health Politics, Politics and Law*. Número 14, 1989. p. 57. Por supuesto, los mercados de órganos vivos y póstumos ya existen aunque ilegalmente. Y en algunos países, como China, India, Israel, Irak, Rusia y Turquía, estos mercados son, aparentemente, solo apenas secreto. Así, se ha dicho que "en Israel, inclusive hay aceptación tácita del gobierno de la práctica -la salud nacional- el programa de seguros nacional cubre parte, y algunas veces todo, del costo de corretaje de transplantes". FINKEL, Michael. *This Little Kidney Went to Market*. En: *New York Times Magazine*. 27 de mayo de 2001. p. 26.

De manera más reciente, Estados Unidos ha visto el surgimiento de "mercados" no monetarios para órganos. En 2001, el nuevo Centro Médico Inglés lanzó el programa "Esperanza por Compartir", que facilita la esperanza de un paciente para un riñón si uno de sus seres querido dona un riñón incompatible con el fondo general. El propósito del programa es permitir a los miembros de la familia y otros ayudar a aquellos que quieren a pesar de la falta de compatibilidad del órgano. El estatus expeditivo no fallaría en emergencias médicas u otro caso especial que constituya un porcentaje muy bajo de aquellos en la lista de espera. Véase: Press Release, Tufos-New England Medical Center Unveils First-in-Nation Transplant Exchange Program: Mother Donates to Stranger to Save 12 Year-Old Son. (2001), disponible en <http://www.Nemc.org/home/news/pressrel/2001/01041101.htm>; véase también: LOPEZ, José A. *Creative Organ Donations Attempt to Sorteen Wait*. En: *Contra Costa Times*. 27 de Octubre de 2002 (reporta que otros hospitales están tratando medidas similares).

Para un tratamiento temprano de ambas "franjas" de mercados ilegales y mercados no monetarios, véase: CALABRESI y BOBBITT. *Supra* nota 109. p. 83-127.

(114) Véase: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. 1999.

(115) Para ser más precisos, un *rawlsiano* usaría primero el invento del velo de ignorancia para derivar principios de justicia y luego aplicaría estos principios (que habla a la cantidad a la cual nosotros deberíamos sacrificar por otros) para concretar los problemas, como la colocación de órganos.

resultado debe ser que detrás del velo de la ignorancia nosotros decidamos que la sangre y la médula ósea deben pertenecer a quienes las necesitan. De repente, el riñón extra también debe pertenecer a aquel que lo necesite, pero, solo en caso que el riñón que quede pueda ser substituido sin riesgo excesivo, cuando la necesidad surja, e incluso en ese momento, solo si se hiciera alguna compensación a los donantes. Similarmente, detrás del velo, bien podríamos optar por asignar partes del cuerpo *post* muerte al necesitado que aún esté vivo⁽¹¹⁶⁾. Al mismo tiempo, no podríamos ser obligados -incluso detrás del velo de la ignorancia- a aprobar la asignación requerida, mientras viva, de las partes del cuerpo en buen estado -como corazones, o cerebros- sin los cuales el donante moriría o en algún sentido se volvería una persona diferente⁽¹¹⁷⁾.

Nuevamente, otros leerán a Rawls y lo que pasaría detrás del velo de manera diferente. Toda clase de preguntas sobre el mérito de los donantes y donados pueden ser realizadas. Indudablemente, también surgirán temas sobre cuál es el grupo menos favorecido -cuando talentos y cuerpos, así

como la salud están involucrados⁽¹¹⁸⁾. Por supuesto, otras escuelas filosóficas alcanzarán resultados muy diferentes. Algunos kantianos, citando la máxima que los individuos no deben ser usados como medios sino únicamente como fines, requerirán que las partes del cuerpo pertenezcan a sus poseedores⁽¹¹⁹⁾. Algunos filósofos cristianos -o verdaderos marxistas- podrían concluir lo contrario, ¡que todos debemos lo que tenemos e inclusive lo que somos a quienes nos necesitan!⁽¹²⁰⁾.

Pero todo esto es por un lado. El punto central de mi tesis señala: cómo el Análisis Económico del Derecho, el Derecho y la Filosofía buscan en fuentes externas criticar o afirmar las reglas establecidas en la doctrina legal vigente. Sin mucho, no se confía en la corriente mayoritaria, o en lo que se ha convertido en guía del Derecho. Mientras tanto, no se sugiere que se deban hacer reglas anormales para conformarse a esta edificación. Lo que el Derecho y la Filosofía buscan como guía es muy diferente de lo que el Derecho y la Psiquiatría, el Derecho y la Literatura⁽¹²¹⁾, o algunas altamente complejas y sofisticadas

(116) Una versión más limitada (o algunos podrían decir subterfugio) de esta postura puede ser actualmente lograda a través de estatutos presuntamente consentidos. Véase: supra nota 80 (discute tales estatutos); BLACK. Supra nota 113. p. 71 (notar los argumentos hechos por algunos para un sistema de esbozo de órganos obligatorio porque el estatuto presuntamente consentido actualmente logra los mismos resultados debido a la carencia pública de conciencia de la necesidad de "optar hacia afuera").

(117) Cfr. RADIN, Margaret Jane. *Market-Inalienability*. En: *Harvard Law Review*. Número 100, 1987. pp. 1849, 1879-81 (discute que ciertas formas de alienación son ilegítimas porque ellos amenazan a la personalidad); RADIN, Margaret Jane. *Property and Personhood*. En: *Stanford Law Review*. Número 34, 1982. p. 957.

(118) Véase: RAWLS. Supra nota 114. pp. 65-73 (explica el principio de diferencia, que permite desigualdades en la distribución de los ingresos en la medida en que ellos avancen la posición del pobre en la sociedad). Actualmente, decisiones como quien debe ser un receptor de órganos son a veces basados en criterios problemáticos de "valor social", que buscan determinar si el receptor será un ciudadano productivo después del trasplante. Este criterio incluye estado civil, ingresos u antecedentes educativos y de trabajo. Véase: BANKS. Supra nota 113. p. 63 (discute este criterio); véase también: CABRESI y BOBBITT. Supra nota 109. pp. 186-189 (denotando y criticando el uso de tal criterio).

(119) Cfr. JARVIS THOMSON, Judith. *A Defense of Abortion*. En: *Philosophy and Public Affairs*. Número 1, 1971. pp. 47 y 55 ("Si estoy enfermo a muerte, y lo único que podrá salvar mi vida es el toque de la mano fría de Henry Fonda en mi frente afiebrada, entonces en todo caso, no tengo derecho a que la mano fría de Henry Fonda toque mi frente afiebrada. Sería terriblemente agradable de parte de él que vuele desde la Costa Oeste para hacerlo. Sería menos agradable, aunque sin duda bien dicho, si mis amigos volaran a la Costa Oeste y se llevaran con ellos a Henry Fonda. Pero no tengo ningún derecho contra nadie para que el deba hacer esto por mí. O una vez más, volviendo a la historia que conté antes, el hecho de que ese violinista necesite para una vida continua el uso continuo de tus riñones no establece que él tenga el derecho a que se le de el uso continuo de tus riñones. Ciertamente, él no tiene derecho en contra tuya para que tu le debas dar el uso continuo de tus riñones. Nadie tiene ningún derecho de usar tus riñones a menos que tu le des tal derecho; y nadie tiene derecho en contra tuya para que tu le debas dar este derecho -si tu le permites que siga usando tus riñones, esta es una bondad de tu parte, y no algo que el te pueda reclamar como debido").

(120) CASSIDY, Richard J. *Society and Politics in the Acts of the Apostles*. 1987. p. 25-32 (describe a la primera "comunidad de bienes" de los Cristianos, en el que todas las cosas fueron mantenidas en común y las distribuciones fueron hechas para los pobres); MARX, Karl. *Critique of the Gotha Program*. 1891(reimpreso en 1978) ("¡De cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades!")

(121) Las escuelas de Derecho y Literatura buscan como guía a los valores, ejemplificados en los grandes trabajos canónicos, encontrados en la herencia de la política literaria antes que en el marco analítico de una "ciencia social".

mixturas del Derecho y otros campos examinaría. Como estos, la inclinación depende de qué variantes y qué escuela de Derecho y Filosofía se esté siguiendo. El acercamiento subyacente sería el mismo, sin embargo, cada uno desde su propia óptica, uno como escuela jurídica y el otro como académico del Derecho. Sería idéntico a pesar de lo que la postura del "Derecho y..." era, y sería totalmente diferente de los métodos usados por los doctrinarios.

9. ¿Somos dueños de nuestro cuerpo? Los cuestionamientos del Proceso Legal

Con estos dos, uno puede, útilmente, comparar la postura tomada por las escuelas del Proceso Legal. ¿Las preguntas sobre la propiedad de las partes del cuerpo son, finalmente, mejor decididas por legislaturas, cortes, agencias administrativas, o por jurados *ad hoc*?⁽¹²²⁾ ¿Qué ventajas (habilidades) y qué bases nos brinda cada uno de estos procesos que nos guiarían a favorecer a unos

y perjudicar a otros? ¿Están involucradas las complejidades científicas que requieren expertos? ¿Esta es la clase de pregunta que se decide mejor por un ente altamente individualizado, de modo que una corte del *Common Law* fuera la apropiada? ¿O es una de aquellas decisiones que mejor se toman en un nivel elevado de generalización, abstractamente, de tal modo que cada legislatura se acomode mejor?⁽¹²³⁾ ¿Se repiten los mismos patrones, de modo que los cuerpos de muchos años fieles al precedente (como las cortes) son necesitados para garantizar la semejanza del tratamiento? ¿O la mayoría de los casos son diferentes y dependen de hechos particulares, de modo que recurrirían a los jurados o agencias administrativas?⁽¹²⁴⁾

¿Qué sucede con la selección y maquillaje de cada uno de los posibles funcionarios con poder de decisión? En general, ¿Existe alguien que haya sido elegido democráticamente, y que refleje los deseos de la población en el tema de la titularidad de la sangre o médula ósea, si le pertenece a cada

Pero lo que ellos hacen con esos valores afirmando o criticando reglas legales es bastante similar a otras escuelas de "Derecho y ...". Las escuelas de Derecho y Estatus también buscarán grandes trabajos literarios, ¡pero ellos probablemente para criticar el canon! Véase: HEILBURN, Carolyn y Judith RESNIK. *Convergences: Law, Literature, and Feminism*. En: *Yale Law Journal*. Número 99. p. 1993 (criticar mayores posturas de la escuela de Derecho y Literatura para colocar mucho más énfasis en la literatura del canon centrada en el hombre).

(122) Para discusión de las ventajas y desventajas que varias instituciones tienen en asignar recursos trágicamente atemorizantes, véase: CALABRESI y BOBBITT. *Supra* nota 109.

(123) Por supuesto, la estructura óptima debe ser multiescalonada. Por ejemplo, debe ser que las preguntas sobre la política inicial en cuanto a la propiedad de las partes del cuerpo puede ser mejor respondida por la legislatura, no por las cortes. Esto es lo que la Corte Suprema de California sostuvo cuando declinó en extender el agravio de la conversión al contexto de la remoción de células humanas para propósitos de investigación médica. *Moore v. Regents*, 793 P.2d 479, 496 (Cal. 1990) (declara que tal pregunta política es para las legislaturas porque ellos "tienen la habilidad de juntar evidencia empírica, solicitar el consejo de expertos, y sostener audiencias en la cual todas las partes interesadas presentan evidencias y expresan sus puntos de vista", pero no así, explica porque el punto de partida desde el cual tal estatuto sería escrito debe ser favoreciendo al demandado antes que el demandado como en el caso de Moore). Sin embargo, esa legislatura debe decidir promulgar un estatuto que incorpore parámetros que son suficientemente amplios para permitir a las cortes que tomen en cuenta todas las posibilidades enunciadas para cada caso mientras se asegura una regularidad en el tratamiento a través de la creación de precedentes. En este sentido, las cortes deben recurrir a expertos o especialistas para que los aconsejen como las determinaciones médicas requeridas por el estatuto. Un esquema estatutario puede también apelar ante los jurados para realizar determinaciones particulares mientras que a las cortes se le den más o menos poder para anular estas determinaciones.

(124) En *Tragic Choices*, Philip Bobbitt y yo discutimos las virtudes y desventajas de los que llamamos "parajucios". Véase: CALABRESI y BOBBITT. *Supra* nota 109. pp. 57-79. Estas instituciones están caracterizadas por cuatro rasgos: Ellos son descentralizados (por ejemplo, ellos realizan decisiones individualizadas), no dan razones de sus decisiones, ellos buscan ser representativos, y duran lo suficiente para que puedan asignar bienes (por ejemplo, elegir entre receptores potenciales). Tales tomadores de decisiones usualmente son requeridos al tomar decisiones en cuanto a la asignación de recursos trágicamente atemorizantes por su pedigrí relativamente popular y porque, en tales circunstancias, la enunciación explícita del criterio (o falta de eso) podría ser políticamente destructivo. Como ejemplos, discutimos al Seattle God Committe, el cual estuvo cargado con asignación de acceso a las escasas máquinas de diálisis de riñón, y la discreción sin trabas de las juntas de reclutamiento en tiempos de guerra. Notamos que estas instituciones tienen una tendencia a convertirse (o ser percibidas popularmente que se han vuelto así) en arbitrarias, con perjuicios, o corruptas y propusimos algunas modificaciones para aminorar estos problemas. Finalmente, cada uno de nosotros de modo original concluimos que estos parajucios solo tienen una utilidad limitada en la resolución de dilemas trágicos.

uno o al que lo necesita? ¿O es la clase de pregunta que es mejor trabajada por grupos de poder en legislaturas, comercializando la intensidad del deseo entre un grupo relativamente pequeño de necesitados contra una aversión débil, pero mayoritaria, que podría ceder si se concedieran otras cosas sobre las que algunos, de esa mayoría, sí se interesan?⁽¹²⁵⁾ ¿Es quizá uno de esos temas en los que solo algunas personas son probablemente las que hacen el *lobby* antes de tiempo -antes de que sepan que están en necesidad? De ser así, incluso si con el tiempo un gran número de personas -quizás una mayoría- se diera cuenta que desean que por lo menos algunas partes del cuerpo pertenezcan a quienes las necesitan, en cualquier momento, no habría más que un pequeño grupo de personas presionando por una regla así⁽¹²⁶⁾. En casos así, cuerpos mayoritarios, como ejecutivos y legislaturas, pueden ser menos adecuadas que las cortes para decidir derechos. Porque estos, pueden actuar retroactivamente, y mirar retrospectivamente como ellos consideran la equidad (incluyendo la intensidad) del reclamo de los individuos en busca de "justicia", o al menos de un juicio justo para ellos.

Todas estas, y muchas más, son las preguntas que la escuela del Proceso Legal tendrá que absolver. Obviamente, las repuestas que tales escuelas deseen alcanzar con respecto a qué institución es la más apropiada para decidir el tema de la propiedad de las partes del cuerpo, no se basarán únicamente en los hechos que estas instituciones necesitan determinar. Ellos también dependerán de temas valorativos relativos a la propiedad de los cuerpos. Y es por eso, como dije antes, que el Proceso Legal tiene problemas estando de pie por sí mismo⁽¹²⁷⁾. Pero, después de asumir ciertos valores (explícita o implícitamente), algunas nociones de derechos (que pueden pertenecer al sistema o ser exógeno

a él), las escuelas del Proceso Legal pueden enfocar su atención en temas de conveniencia o capacidad institucional que he descrito. Las academias legales realizarán una tarea muy importante ayudándonos a resolver la pregunta sobre la propiedad de las partes del cuerpo. Para ello, recoge y analiza críticamente mucha información que puede dirigir la política en la determinación de quién debería responder las preguntas bajo diferentes circunstancias. Y las escuelas que practican esta postura logran parecer bastante neutras.

La neutralidad se vuelve considerablemente dudosa cuando las escuelas del Proceso Legal enfrentan la posibilidad de encontrarse con quien está en necesidad de partes del cuerpo en buen estado (o quienes los tienen y son obligados a darlos), que en ocasiones son miembros de grupos explotados, discapacitados, o cualquier otro grupo discriminado. Si los que se encuentran en necesidad, o aquellos que se encuentran obligados a donar, no son distribuidos al azar entre el pueblo, pero, en cambio, comparten características que los hacen objeto de exclusión por parte de los cuerpos mayoritarios como las legislaturas, o de otros centros de poder en la política, entonces la postura de la escuela del Proceso Legal parece ser particularmente apta. Pero, las preguntas planteadas son, inmediatamente, cargadas de valores⁽¹²⁸⁾. Y esto es así, sin importar que la fuente de exclusión esté ligada históricamente, o totalmente independiente, que hace a miembros de los grupos excluidos buenos donantes (o receptores necesitados) de partes del cuerpo.

Históricamente, las mujeres pueden haber estado excluidas y discriminadas en partes significativas porque se embarazan⁽¹²⁹⁾, por ejemplo, sus cuerpos deben ser usados en beneficio de la vida del feto/nonato. Por el contrario, las razones para la discriminación y exclusión de los

(125) La perspicacia que las minorías agresivas pueden alcanzar triunfos legislativos contra los deseos de una mayoría desorganizada o desenfocada es un lugar común en el pluralismo literario, pero ha tomado un nuevo significado en la Academia de la Elección Pública. Para mayor vista, véase: FARBER, Daniel A. y Philip P. FRICKEY. *Law and Public Choice*. 1991.

(126) Véase: texto que acompañan las notas supras 114 y 118 para unir esto y las nociones de John Rawls sobre justicia y equidad.

(127) Véase: supra nota 53 y acompaña el texto.

(128) Véase: ELY. Supra nota 39. pp. 152-154 (discute que las cortes deben escrutar las legislaciones que cargan a los grupos que son objeto de una hostilidad social generalizada). Pero considerar el criticismo de Brest y Tribe, ver fuentes citadas en supra nota 48, que esta postura de proceso presupone una teoría sustantiva de igualdad.

(129) Véase: MACKINNON, Catherine A. *Reflections on Sex Equality Under Law*. En: *Yale Law Journal*. Número 100, 1991. pp. 1281 y 1311.

afroamericanos y judíos son bastante independientes de la existencia de un gen de anemia de célula recesiva, o de un gen *tay-sachs* recesivo. Y ellos permanecerán así, aún si la existencia de tales genes haga a los afroamericanos o judíos *Ashkenazy* especialmente convenientes para ser donadores de sangre, riñón o médula ósea (o particularmente necesitados de tales transplantes)⁽¹³⁰⁾. De cualquier forma, es la exclusión y la discriminación contra el grupo, no su vinculación o no vinculación con la conveniencia para la propiedad del cuerpo, lo que afecta a las instituciones que son más convenientes para decidir a favor o en contra de la propiedad de las partes del cuerpo por parte de sus poseedores.

Las escuelas del Proceso Legal se concentrarán típicamente en esta última pregunta. Ellos preguntarán si la discriminación implicaría mayor carencia de poder y una mayor imposibilidad de ser escuchados, en contextos judiciales o legislativos. Y considerarán que instituciones (cortes, legislaturas, ejecutivos u otros) son más capaces de vencer prejuicios pasados y todavía tener en cuenta las necesidades de la sociedad para una regla de propiedad sobre una parte del cuerpo en particular⁽¹³¹⁾. En otras palabras, examinarán qué instituciones pueden decidir mejor, si una regla que tiene un impacto diferencial significativo es, sin embargo, apropiada, o está basada en un prejuicio o ineficiencia. Esto es, el hecho que aquellos que son grupos discriminados

y excluidos se preguntan si deben soportar cargas indebidas que generan en ellos un gran recelo. Ello requiere que nos demos cuenta que quien sea que soporte esta carga, sea lo más inmune posible a las tendencias y las presiones constituidas por los intereses involucrados. Ello no significa necesariamente que la carga reposa indebidamente en aquel grupo excluido⁽¹³²⁾. Debe ser que, cargas análogas nacen de los grupos no excluidos, o que las cargas no análogas son accesibles, pero eso es si unas estuvieran dispuestas a nacer de grupos no excluidos con miras a alcanzar el gran deseo resultante de no tener discriminación⁽¹³³⁾.

El hecho que los hombres no se embaracen debe hacer a las leyes antiaborto sospechosas. Pero, uno por lo menos debe considerar la posibilidad que incluso si un hombre se pudiera embarazarse, la mayoría de ellos votaría por leyes antiaborto para salvar sus fetos. Si una análoga carga salvadora pudiera ser puesta en los hombres, un examen de esta voluntad podría ser disponible (e inclusive requerida) por ellos⁽¹³⁴⁾. Si no es así, uno debe tener un mínimo requerimiento en la toma de decisiones respecto a las leyes antiaborto para hacer que ellas sean tan sensibles como sea posible en una sociedad para aquellos que tengan que soportar este tipo de cargas (esto es, ser lo menos perjudicial o que dependan exclusivamente de la voluntad de las mujeres y que interfiera lo menos posible la autoridad en sus decisiones)⁽¹³⁵⁾. Pero, las escuelas del Proceso Legal

(130) La enfermedad celular de anemia se encuentra primordialmente en este país entre Afro Americanos, *Tay-Sachs* entre Judíos *Ashkenazy* (usualmente en Alemania y en el este de Europa). Véase: National Humane Genome Research Institute, Learning about Sickle Cell Disease, en <http://www.genome.gov/10001219> (nótese que aproximadamente uno de cada doce Afro Americanos tiene anemia); National Humane Genome Research Institute about Tay-Sachs Disease, en <http://www.Genome.gov/page.cfm?pageID=10001220> (nótese que aproximadamente uno de cada 27 judíos en Estados Unidos es un portador del gen de Tay-Sachs).

(131) La noción, en la determinación sobre que entidad toma la decisión más óptima, que las características personales de los tomadores de decisiones, y por lo tanto sus prejuicios, son tan importantes como lo es la naturaleza de las preguntas las cuales los tomadores de decisiones deben contestar fue señalado por Richard Nixon en un artículo que escribió mientras era estudiante en la Facultad de Derecho de Duke. Véase: NIXON, Richard. *Changing Rules of Liability in Automobile Accident Litigation*. En: *Law and Contemporary Problems*. Número 3, 1936. p. 476 (analizando los roles de las cortes y los jurados en los casos sobre agravios). Su artículo fue reconocido de manera inmediata como un importante ejemplo de la literatura realista legal, y un extracto fue incluido en la mayor compilación de casos sobre agravios mucho antes que Nixon se convirtiera en una figura política significativa. Véase: SHULMAN, Harry y Fleming JAMES Jr. *Cases and Materials On the Law of Torts*. 1942. pp. 198-200.

(132) Pero la presencia de estas cargas obliga a las cortes a emprender una decisión independiente, buscando un cuestionamiento en la justificación legal, más allá de tomar como cierto lo que dice la legislación. Véase: CALABRESI. *Supra* nota 50. pp. 93 y 94 (nótese los ejemplos donde las cortes impropriamente deferían a las legislaturas cuando confrontados con leyes que imponen sospechosamente cargas desiguales).

(133) *Ibid.*; pp. 94-96.

(134) Véase: *Ibid.*; p. 96, *supra* nota 43 (discute, en el contexto del aborto, las varias formas que puede tomar la labor forzada del hombre para el beneficio de los niños).

(135) Sin embargo, es muy difícil determinar cuando un tomador de decisiones es suficientemente representativo de un grupo o, alternativamente, suficientemente poco perjudicial. Invariablemente, juicios sobre el perjuicio serán limitados

probablemente concluyan que uno no puede requerir que ellos decidan el nacimiento de la carga⁽¹³⁶⁾.

Conforme a las otras posturas mencionadas, esta discusión no pretende otorgar un panorama completo de la forma como deben enfrentar las escuelas del Proceso Legal la propiedad de las partes del cuerpo. Y ello ni siquiera en analizar la riqueza y variedad existente entre las distintas escuelas y prácticas respecto de estas tendencias. Mi objetivo es, nuevamente, señalar las similitudes de los métodos de las distintas escuelas de Proceso Legal y las profundas diferencias entre ellos y aquellos con la postura doctrinal o la metodología del "Derecho y ...".

10. ¿Somos dueños de nuestro cuerpo? Derecho y Estatus

La forma en que las escuelas del Derecho y Estatus consideran los temas puede ser contrastada con los tres métodos previamente discutidos. Para esas escuelas, la pregunta, pura y simple, es: ¿cómo las reglas actuales y pasadas, concernientes a la propiedad de las partes del cuerpo, afectan a los miembros del grupo del que son parte, cómo estos efectos pueden ser

diferentes si las reglas fuesen decididas por instituciones distintas, y lo que otras disciplinas nos dicen sobre los efectos actuales y las consecuencias normativas que las reglas tienen en los grupos de "Estatus" relevantes?⁽¹³⁷⁾ Así, escuelas feministas se concentrarán en que o las mujeres lleven la carga o sean afectadas neutralmente como resultado de normas que hacen que la sangre, riñones y médulas óseas pertenezcan a quienes los poseen contra quienes los necesitan.

Ellos contrastarán estas con otras reglas que traten otras partes del cuerpo de modo distinto y explicar cómo este tratamiento diferente afecta a las mujeres en aspectos distintos que a los hombres. Leyes antiaborto, y leyes que requieran que las mujeres "se cuiden a ellas mismas" para evitar dañar a los fetos son ejemplos primordiales⁽¹³⁸⁾. Estos, a su turno, serán comparados con reglas fallidas que hacen inexistente a la violación en el matrimonio⁽¹³⁹⁾.

El tema del derecho a vender algunas partes del cuerpo, pero no todas, (generalmente aquellas, como la sangre o el cabello, que se reemplazan a ellas mismas) serán consideradas a la luz de las prohibiciones sobre la prostitución⁽¹⁴⁰⁾. El hecho que esta prohibición se imponga no al comprador sino

con juicios sustanciales sobre los temas subyacentes en cuestión. Véase: NIXON. Supra nota 131 (demuestra esta misma brecha). También está la posibilidad, como lo sugirió incluso el mismo Ely, véase: ELY. Supra nota 39. p. 165; que los miembros minoritarios sufren de "falsas conciencias" como resultado de su opresión. De ser así, puede ser que los juicios sustantivos sean inevitables, incluso si se hacen bajo la apariencia de aseguramiento de justicia procedural o de conveniencia de "procesos".

(136) Véase: ELY. Supra nota 39. pp. 169 y 170 (discute si las mujeres son capaces de protegerse a ellas mismas en el proceso político, pero eligen no hacerlo, "muchos de nosotros condenaríamos tal opción como obscurecida por los méritos, pero ese no es un argumento constitucional") Pero véase: BREST. Supra nota 48. p. 141 (discute que el derecho a la igualdad de trato es un derecho personal, el cual no debe transformarse si la mayoría de un grupo ha elegido "protegerse asimismo").

(137) Debería ser obvio que las escuelas de Derecho y Estatus no emplean un único método, sin embargo, ellos ponen a los doctrinarios, "Derecho y ...", y a las posturas de procesos a trabajar en sus esfuerzos para entender cómo la ley afecta a ciertos grupos. Por esta razón, podría decirse que el Derecho y Estatus opera indistintamente en los diferentes niveles de la generalidad antes que las otras posturas anteriormente descritas.

(138) La diversidad de métodos empleados por las escuelas de Derecho y Estatus da mayor énfasis. Algunas escuelas, por ejemplo, utilizan métodos doctrinarios para argumentar el desarrollo histórico del aborto en otras legislaciones o leyes que protegen al feto, véase: SIEGEL. Supra nota 96; mientras que otras emplean una postura procesal legal para explicar en qué manera las cortes pueden intervenir para corregir las distorsiones basados en cuestiones de género en la política procesal; véase: ELY. Supra nota 39, pp. 164-170 (discutiendo que la legislación que agobia a las mujeres, la cual fue promulgada años atrás cuando las mujeres no tenían acceso suficiente al proceso político, puede ser legítimamente "devuelto" por vía judicial a las legislaciones más inclusivas de mujeres -inclusive en actuales legislaciones para "una segunda vista").

(139) Para una discusión de la excepción marital, véase: WEST, Robin. *Equality Theory, Marital Rape, and the Promise of the Fourteenth Amendment*. En: *Florida Law Review*. Número 42, 1990. p. 45 (empleando una postura doctrinaria y legal del proceso para argumentar que la excepción matrimonial viola la protección igualitaria y que el Congreso es la institución superior para suprimir esta violación constitucional).

(140) Véase: BRIGDES, Khiara M. *On the Commodification of the Black Female Body: The Critical Implications of the Alienability of Fetal Tissue*. En: *Columbia Law Review*. Número 102, 2002. p. 123 (discute el tema de si el tejido fetal debe ser vendible a la luz de la prohibición de la prostitución y restricciones en contratos de subrogación). Para una

solo contra el “vendedor” será comparado con el trato, o propuestas de trato, de los compradores y vendedores de partes del cuerpo⁽¹⁴¹⁾. El trato diferente, entre la prostitución del hombre y de la mujer serán estudiados⁽¹⁴²⁾. La pregunta, de subrogarse en la maternidad, será usada también, para poner en evidencia estas preguntas⁽¹⁴³⁾.

Sin embargo, el análisis se ampliará más allá de las áreas obvias. El hecho de que el cuerpo del hombre es requerido por el Estado (en conscripciones militares) será relevante. Pero tan así, el estatus y la compensación concedida a quienes están sujetos a esos ingresos (los beneficios de los veteranos y los programas educacionales como la Lista de Derechos G.I.)⁽¹⁴⁴⁾. Los efectos económicos y sociales de tan diversos tratamientos serán analizados no solo por sus consecuencias distributivas, sino también por sus consecuencias en la eficiencia.

La relación histórica entre los derechos de propiedad del hombre y la mujer serán observados análogamente con respecto a la propiedad de las partes del cuerpo del hombre y la mujer en esos mismos periodos⁽¹⁴⁵⁾. Las cosas que constituyen ingresos corporales, y que dio lugar a daños y perjuicios, serán estudiados, con una vista perspicaz de cómo las reglas que parecen nominalmente similares terminan tratando el daño de las mujeres de modo distinto al daño masculino.

Un ejemplo sería el vínculo de daños con ingresos perdidos, en un momento en que la estructura social hizo mínima la probabilidad que las mujeres tengan ingresos significativos⁽¹⁴⁶⁾. La naturaleza de los funcionarios con poder de decisión responsables por estas reglas será considerada, así como los incentivos económicos y efectos de la eficiencia de las reglas.

Igualmente, el hecho que el daño en la capacidad sexual de un hombre fuera, por un periodo largo de tiempo, tomada como un daño a él pero no a su esposa, serán contrastados con el tratamiento distinto para los daños en la capacidad sexual de las mujeres, que tradicionalmente dio lugar a daños significativos a su esposo (¿“su propietario”?)⁽¹⁴⁷⁾. El dominio, y última disminución, de la causa de la acción por la enajenación de afecto, en los que los esposos (usualmente los hombres) demandan a otros por “tomar” a sus compañeras -o “posesiones”, también serán parte de la figura. Cuán responsables eran los cuerpos legales por el declive, qué rol significativo tuvo la literatura jurídica en ese declive, así como la eficiencia y el significado del gusto y forma de la antigua y nueva regla, los cuales serán todos analizados⁽¹⁴⁸⁾.

Por todo esto, y más, la topografía legal será desarrollada, lo que podría indicar que la propiedad

discusión filosófica-jurídica y económica-jurídica sobre mercado de órganos, servicios sexuales, y servicios de reproducción, véase: RADIN, Margaret Jane. *Contested Commodities*. 1996.

- (141) Véase: FRUG, Mary Joe. *Postmodern Legal Feminism*. 1992. p. 133 (describe el recurrente carácter brutal de la ejecución de la policía contra prostitutas y la ejecución comparativamente relajada contra los usuarios).
- (142) Usualmente han fracasado los desafíos de protección iguales para los tratamientos rudos de la policía a las prostitutas femeninas comparados con el tratamiento a hombres prostitutas y usuarios masculinos. Véase: *People v. Superior Court*, 562 P. 2d 1315 (Cal. 1977).
- (143) Véase: BRIDGES. *Supra* nota 140. pp. 145-151 (discute la sustitución y la venta de tejidos fetales). Para una crítica feminista de sustitución que emplea una postura de Derecho y Filosofía, véase: RADIN, Margaret Jane. *What, If Anything, Is Wrong with Baby Selling?* En: *Pacific Law Journal*. Número 26, 1995. p. 135.
- (144) Véase: KARST, Kenneth L. *The Pursuit of Manhood and the Desegregation of the Armed Forces*. En: *UCLA Law Review*. Número 38, 1991. p. 499 (discute la relación simbólica entre total ciudadanía y el servicio militar).
- (145) Para una historia de la topografía legal de los derechos de las mujeres para mantener propiedad, véase: BASCH, Norma. *In the Eyes of the Law: Women, Marriage, and Property in Nineteenth-Century New York*. 1982.
- (146) GIBSON, Elaine. *The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages, in Tort Theory*. 1993. pp. 185 y 191-202 (descripción de la unión de daños de agravio con los ingresos perdidos en el contexto de la industrialización de finales del siglo diecinueve y crítica la desvalorización de las heridas de las mujeres bajo este régimen).
- (147) FINLEY, Lucinda M. *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*. En: *Yale Journal of Law and Feminism*. Número 1, 1989. p. 41 y 48-51 (describe la persistencia de esta regla hasta los años cincuenta).
- (148) Véase: McCOIN, Susan. *Law and Sex Estatus: Implementing the Concept of Sexual Property*. En: *Women's Rights Law Review*. Número 19, 1998. pp. 237 y 241 (desarrollando una crítica feminista de la enajenación del afecto). Nueve Estados han retenido alguna forma de este agravio, y algunas escuelas argumentan su resurgimiento. Véase: CORBETT, William R. *A Somewhat Modest Proposal to Prevent Adultery and Save Families: Two Old Torts Looking for a New Career*. En: *Arizona State Law Journal*. Número 33, 2001. pp. 985 y 989. La causa de acción para la enajenación de afecto y la, no relacionada, violación de una promesa jugó un rol significativo en una diversidad de trabajos “literarios” tales como: GALSWORTHY, John. *The Forsyte Saga*. 1922; y GILBERT, G.S. y Arthur SULLIVAN. *Trial by Jurie (opera)*. 1875.

de los cuerpos fue tratado en formas diferentes cuando el hombre y la mujer estaban involucrados⁽¹⁴⁹⁾. Cómo es que esto ha llegado a su forma actual, el grado por el cual se han mantenido como ciertos sus efectos, sobre aquellas reglas que se mantienen mostrando sus diferencias, los cuales deberán permanecer en una determinación sobre la sangre, la médula ósea o si los riñones pertenecen a su poseedor, en vez de la persona que la necesite, serán centrales para esta clase de escuelas jurídicas. Asimismo, una consideración sobre las fuentes extra legales de aquellos valores -económicos, literarios, psicológicos, y en adelante- serán más idóneos para obtener la “adecuada” o al menos más informada decisión en relación a la propiedad de las partes del cuerpo, vista desde una óptica femenina. Será apropiado, por supuesto, las discusiones se darán respecto a qué instituciones podrán evaluar los temas legales respecto a la mujer y sus particulares historias y necesidades y cuáles no.

Así, como las diferencias existentes entre las variantes de la postura del “Derecho y ...” (jurídico-económico comparado con la perspectiva jurídico-filosófica), distinto del Derecho y las escuelas del Estatus que verán abiertamente la variación de las

reglas preexistentes para poder convertirse en guía para dirigir el panorama legal y las cuestiones a ser decididas hoy en día. Para el académico del Derecho y la raza, la esclavitud y la continuación de sus efectos subsidiarios (tratamiento diferenciado de víctimas blancas y negras y sus victimarios en violaciones y asesinatos, por ejemplo) que serán aspectos centrales⁽¹⁵⁰⁾. De aquí explícitamente, y sobre las bases de la raza, los poseedores no han sido propietarios de las partes de su cuerpo por siglos. Y, -consistentemente con el análisis económico jurídico- belleza y fuerza se han convertido en maldición en vez de traer beneficios para aquellos que los han tenido a su alcance, pero solo para el uso de otros⁽¹⁵¹⁾. Los abogados de la pobreza se centrarán en que los pobres han sido inducidos (¿llamados por el hambre?) a vender sus cuerpos e inducirlos a ocupaciones seriamente peligrosas, incluyendo, por supuesto, el tiempo de servicio en época de guerra. Ellos compararán lo descrito con la falta de voluntad para permitir la venta de partes del cuerpo así como preguntarse quién, -si pobre o rico- obtiene el paquete de partes del cuerpo disponibles⁽¹⁵²⁾. Similarmente, el hecho que estos “trabajadores” según se dice, no les va bien

(149) La adopción de una postura doctrinaria de las feministas sobre el tema no dudaría en citar un número de obligaciones adicionales de la autonomía corporal en las mujeres. Por ejemplo, ellas deben notar que la prescripción de *Lumley*, la cual restringe el empleo de derechos para vender sus servicios como un remedio para las brechas de los contratos laborales, fue creada en parte en el siglo XIX al verse los derechos de las mujeres limitados sobre la autonomía de sus cuerpos. Véase: VANDERVELDE, Lea S. *The Gendered Origins of the Lumley Doctrine: Binding Men's Consciences and Women's Fidelity*. En: *Yale Law Journal*. Número 101, 1992. p. 775. En verdad, doctrinarios de todas las creencias confrontan invariablemente el problema que el universo de señales topográficas relevantes es lógicamente ilimitado -cada señal, puede ser argumentado, tiene un tema que puede ser discutido de algún modo u otro. Por lo tanto, comúnmente las disputas doctrinarias se centran en cómo definir ese universo, y si estos límites son suministrados por el panorama legal (haciendo surgir el tema de la circularidad) o por valores exógenos (así requiriendo algún tipo de postura de “Derecho y ...”).

(150) Véase: WILLIAMS. Supra nota 57. pp. 181-238 (discute la importancia de los derechos autónomos a la luz de la historia de la esclavitud de los negros); BRIDGES. Supra nota 140 (discute contra un mercado en el tema de fetos porque las mujeres negras estarían desproporcionalmente explotadas debido al racismo y a la pobreza).

(151) Los recuerdos de esclavos que sobreviven, juntados durante los inicios del *New Deal* por los Escritores del Proyecto Federal del Works Progress Administration, están llenos de cuentas que convalidan esto, véase: CREW, Spencer y otros (editores). *Unchained Memories: Readings From the Slave Narratives*. 2003; como son en los inicios los testimonios escritos por antiguos esclavos, véase: ANDREWS, William L. y otros (editores). *Slave Narratives*. 2000 (recopilación de testimonios).

Algunas escuelas han criticado el actual sistema de asignación de las partes del cuerpo por su mal tratamiento a las personas de color. Véase: AYRES, Ian y otros. *Unequal Racial Access to Kidney Transplantation*. En: *Vanderbilt Law Review*. Número 46, 1993. p. 805 (métodos económicos que utilizan para enseñar que la política federal de asignación de riñones de acuerdo a la “correspondencia antígeno” crean una carga ilegítima en negros que esperan riñones); GOODWIN, Michele. *Deconstructing Legislative Consent Law: Organ Taking, Racial Profiling & Distributive Justice*. En: *Virginia Journal of Law and Technology*. Número 6, 2001. p. 2 (critican los estatutos de “consentimiento presunto” para obligar a las minorías raciales a contribuir con sus órganos de manera póstuma de acuerdo a una noción de “contrato social” de la cual ellos están en este momento excluidos).

(152) Uno de los argumentos tradicionales en contra de un mercado de órganos gratis es su impacto en los pobres. Como Banks observa, “el sistema de mercado de proveedores vivientes de órganos puede resultar en un número desproporcionado de gente pobre vendiendo sus órganos no viables, como riñones, para beneficiar un número de compradores ricos de órganos. Esto puede terminar en un número más grande de gente pobre viviendo en estados


con los riñones artificiales, pero pueden tener el mismo rango de éxito como aquellas ocupaciones más gentiles, después de los trasplantes⁽¹⁵³⁾, podrán si esto es cierto, ser relevantes para la elección entre los sistemas que hacen más o menos trasplantes disponibles.

La cuestión, es que las fuentes y valores legales y extralegales, la aptitud de los que toman las decisiones, y quizá hasta la conclusión podrá ser diferente dependiendo si una de las aproximaciones de Derecho y Estatus estuvo enfocada en el feminismo, raza, pobreza, orientación sexual o inclusive en nobleza o casta preferente. Pero el tipo de academia legal involucrada y el modo en el que los temas serían planteados serían bastante similares, y muy, muy diferentes de las academias legales consideradas apropiadas por el doctrinarismo, escuelas de "Derecho y ...", y los seguidores del Proceso Legal.

11. Conclusión

¿Cuál de estas posturas es de academia legal y Derecho? Creo que cada uno de ellos tiene mucho que decir. En verdad, he hecho estudios que comparten elementos significativos de cada uno de ellos⁽¹⁵⁴⁾. Tampoco es imposible engancharse en sus complejas mixturas, y en la visión que cada uno tiene puede ser de gran ayuda para llenar los vacíos -en las críticas que de manera apropiada pueden ser hechas- a todos ellos. Sin embargo, cada uno de

ellos representa formas bastante diferentes de ver derechos, legislaturas, cortes, academias legales, y el rol que estos deben realizar en la sociedad y en la creación de reglas para la sociedad. En particular, la posición que cada uno toma con respecto a las partes de las escuelas jurídicas en reformas de ley, como la posición que cada uno toma en la función de los cuerpos legislativos/declarativos de la ley como las cortes, es diferente en el camino sutil y dramático. Cada postura ha desempeñado un rol importante en el Derecho estadounidense durante este siglo, las manifestaciones de cada postura pueden ser encontradas en pensamientos legales de muchos siglos anteriores, y que cada uno a pulido y disminuido y luego, frecuentemente en una versión nueva, ha pulido nuevamente, ello sugiere que todas estas posturas serán centrales para nuestro Derecho en el futuro.

Ojalá pudiera especificar cuándo las condiciones serán tales que cada una de las posturas probablemente prospere y (no es lo mismo) sea más valiosa a la sociedad y a su sistema legal. Creo que a las escuelas jurídicas, cualquiera sea su preferencia sobre estas posturas y sus variantes, bien se les aconsejaría ser abiertas a aquellos cuyas preferencias son bastantes diferentes. La historia de nuestro Derecho sugiere que las ideas cruciales de cualquier tiempo dado pueden, de manera imprevista, venir de cualquiera de estas posturas. 

físicos disminuidos debido únicamente a su desgracia económica.

Banks, supra nota 113. 1995. p. 80. Sin embargo, defensores del mercado encuentran las preocupaciones sobre explotación hipócritas y señala que la sociedad tolera la participación desproporcionada de los pobres en actividades beneficiosas peligrosas, desagradables pero sociales, como prueba de drogas pagadas, servicio militar y trabajo de granja. Véase: GILL y SADE. Supra nota 113. p. 34-36; véase también: *Ibid.*; pp. 29-33 (discute que el reclamo de explotación también es inapropiado porque la donación de riñón es un procedimiento seguro que es animado activamente y elogiado y que usando método de no de mercado de distribución de riñones aseguraría que los ricos no sean socorridos desproporcionalmente). Mientras que estas discusiones son, sin duda, triviales, creo que su tratamiento del problema es incompleto. Véase: CALABRESI y BOBBITT. Supra nota 109 (discuten la definición de, y las razones para, bienes de mérito y de mercados neutros de distribución de riqueza).

Las escuelas de Derecho y Trabajo y Derecho y Pobreza también emprenderían su propio mapeo del terreno legal, iluminando vías en los que la ley ha devaluado la autonomía de los trabajadores o los pobres. Por ejemplo, ellos citarían la regla de *fellow-servant* y otras doctrinas que aislaron a empresas de la responsabilidad de agravio generado por la industrialización a finales del siglo diecinueve. Véase: FRIEDMAN, Lawrence M. y Jack LADINSKY. *Social Change and the Law of Industrial Accidents*. En: *Columbia Law Review*. Número 67, 1967. p. 50. O ellos emplearían métodos de Análisis Económico del Derecho para evaluar estas reglas y las presiones que condujeron a la compensación de los trabajadores sin faltas a principios del siglo veinte.

(153) El presunto "mal resultado" de los trabajadores en diálisis fue una base importante para el sistema de asignaciones de unidades de diálisis que por un tiempo prevaleció en Inglaterra. Véase: CALABRESI y BOBBITT. Supra nota 109. p. 185.

(154) Véase: CALABRESI. Supra nota 35 (Análisis Económico del Derecho), CALABRESI. Supra nota 101 (Doctrinarismo, Derecho y Estatus); CALABRESI y BOBBITT. Supra nota 109 (proceso legal, Análisis Económico del Derecho, Derecho y Filosofía); CALABRESI. Supra nota 50 (proceso legal); CALABRESI y MELAMED. Supra nota 35 (Análisis Económico del Derecho).