

¿Debe el formalismo ser defendido empíricamente? (*)

Cass R. Sunstein (**)

Abogado. Profesor distinguido Karl N. Llewellyn de la Facultad de Derecho y del Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Chicago.

1. Introducción.

1.1. Acertijos.

En el periodo Nazi, los jueces alemanes rechazaban el formalismo⁽¹⁾. Ellos no se basaron en el significado ordinario ni original de los textos legales. Por el contrario, ellos pensaban que las normas debían ser interpretadas de acuerdo con el espíritu de la época, definidas de acuerdo con el régimen Nazi. Ellos pensaban que las Cortes podían desempeñar su tarea “sólo si no permanecían apegados al texto de la ley, sino que descubrían el núcleo interior de las interpretaciones y actuaban para cumplir el propósito que tuvo el legislador cuando la creó”⁽²⁾.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema alemana concluyó que una ley que prohíbe las “relaciones sexuales” entre alemanes y judíos “no se limita al coito (...) una interpretación extensiva sería (...) apropiada en vista de que la ley busca proteger, no

sólo la sangre alemana, sino también el honor alemán. Esto requiere que, además del coito, todas las manipulaciones sexuales -ya sean activamente realizadas o pasivamente toleradas- que tienen el propósito de satisfacer el impulso sexual de la pareja en una manera distinta de culminar el coito, deban cesar entre los judíos y ciudadanos alemanes o sus parientes de sangre⁽³⁾”. Una Corte de inferior jerarquía incluso concluyó que besarse podría tomar el lugar de “relaciones sexuales normales” y, por lo tanto, violar la norma en tal forma que se justificaría una pena privativa de libertad de dos años⁽⁴⁾.

Después de la guerra, las fuerzas aliadas enfrentaron un rango de opciones para reformar el sistema legal alemán. Uno de los primeros pasos fue insistir en una definición formalista “simple” como aproximación legal. “Las leyes creadas durante el periodo de Hitler, como no habían sido anuladas, deberían ser interpretadas de acuerdo con el significado ‘simple’ del texto y sin considerar los

(*) Originalmente publicado bajo el título de *Must Formalism Be Defended Empirically?*. En: *Chicago Law Review*. Volumen 66. Marzo de 1999. pp. 635 y ss. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor, estuvo a cargo de Johanna Holz Rincón, alumna del sexto ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Asociación Civil *Ius et Veritas*. En algunos casos, se ha mantenido en inglés y entre paréntesis los términos traducidos. En casos en los que una mayor explicación resultó necesaria, se ha incluido notas de traducción señaladas con números romanos, a efectos de facilitar y enriquecer la lectura del texto. En las notas a pie de página, se ha mantenido el formato de citación de la versión original del artículo. Agradecemos especialmente al doctor José Juan Haro Seijas la cesión del presente texto para su publicación, así como la gestión de la autorización correspondiente.

(**) Le agradezco a Jack Goldsmith, Saul Levmore, Eric Posner, Richard Posner y David Strauss por sus comentarios invaluableles al borrador de éste trabajo. Los participantes del Symposium en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago también ofrecieron una gran cantidad de ayuda; estoy especialmente agradecido con Frank Easterbrook y Frank Michelman. Brian Lehman, a su vez, proporcionó investigación soberbia y comentarios excelentes.

(1) Ver MULLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich 80-81*. Harvard, 1991. Discute la adopción de un “método teleológico” de interpretación, que “animó a los jueces a identificar significados ideológicos particulares e intentar darle cierto sentido a una norma, para posteriormente utilizar este sentido en desmedro de la configuración de la norma como estaba”. Compare la intrigante discusión del formalismo de las Cortes italianas bajo el fascismo en: CALABRESI, Guido. *The Store of Italy: The Modern Italian Legal System*. Yale. Manuscrito disponible en la Universidad de Chicago Law Review.

(2) 72 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 9. 1939. Traducido en: *Ibid.*; p. 101.

(3) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 375. 1937. Traducido en: *Ibid.*; pp. 100-101.

(4) Ver ROBINSON, Hans. *Justiz als politische Verfolgung 35*. Deutsche Verlags-Anstalt. 1977. Traducido en: *Op. cit.*; p. 102.

objetivos o significados atribuidos en los preámbulos u otros pronunciamientos”⁽⁵⁾.

Ahora consideren los siguientes casos:

a) La “Cláusula Delaney” establece que un colorante no puede ser usado si, luego de someterse a los exámenes apropiados, “la Secretaría⁽ⁱ⁾ encuentra que, al ser ingerido por hombres o animales, induce cáncer”⁽⁶⁾. La Secretaría busca permitir el uso del aditivo de color, aún cuando sea cancerígeno, si la posibilidad de contraer cáncer en una vida, producto de la exposición a dicho aditivo, es menor a una en nueve millones. Dicho riesgo es nueve veces menor que el riesgo de contraer cáncer por comer, una vez cada doscientos cincuenta días, un solo maní conteniendo el nivel legalmente permitido de aflatoxinas y también nueve veces menor que el riesgo de contraer cáncer debido a la alta contaminación ambiental como resultado de pasar diecisiete horas cada año en Denver en vez de pasarlo en el Distrito de Columbia. ¿Ha violado la Secretaría la “Cláusula Delaney”⁽⁷⁾⁽ⁱⁱ⁾?

b) La Ley de Seguridad Ocupacional y Salud provee que la Secretaría de Trabajo, cuando expide los estándares que versan sobre materiales tóxicos, “deberá establecer el estándar que, basándose en la evidencia disponible, asegura en lo posible que ningún empleado va a sufrir un perjuicio a su salud, aún cuando el mencionado empleado está expuesto regularmente al peligro determinado por aquél

estándar, durante el periodo de su vida laboral”⁽⁸⁾. La Secretaría expide una regulación que controla la bencina a un nivel de una parte de bencina por cada millonésima parte del aire, alegando que no existe ningún umbral seguro para la bencina. ¿Es lícita esta regulación⁽⁹⁾?

c) La Ley de Comida, Drogas y Cosméticos define “droga” de modo tal que incluye cualquier artículo que tiene “la intención de afectar la estructura o función del cuerpo”⁽¹⁰⁾. Es claro que el Congreso que creó esta Ley consideraba el tabaco como una droga. ¿Podría, entonces, la FDA⁽ⁱⁱⁱ⁾ regular los productos de tabaco como drogas?⁽¹¹⁾

1.2. Definiciones y distinciones.

No es fácil definir el término “formalismo”⁽¹²⁾, en parte porque no existe un tipo canónico de formalismo. Mi principal interés recae sobre el formalismo como un enfoque de la interpretación legal, aunque también mencionaré el formalismo en el Derecho contractual y Constitucional. El enfoque a lo largo del presente, entonces, se centrará en el formalismo como estrategia interpretativa.

A efectos de desarrollar dicho enfoque, asumiremos que las estrategias formalistas están vinculadas con tres compromisos: promover el cumplimiento de las formalidades legales aplicables (tengan o no sentido en casos particulares), proporcionar seguridad jurídica en el derecho

(5) MULLER, Ingo. Op. cit.; p. xvi.

(i) Nota de traducción: Entiéndase en referencia a la Secretaría del Departamento de Salud y de Servicios Humanos (Secretary of the Department of Health and Human Services - DHHS) de la Administración de Drogas y Alimentos (Food and Drug Administration) de los Estados Unidos de Norteamérica, que junto con el Departamento de Agricultura (Department of Agriculture) son los organismos encargados de la supervisión y fiscalización del cumplimiento de la Ley Federal de Alimentos, Drogas y Cosméticos. La Secretaría se encarga de supervisar todos los productos alimenticios, drogas y cosméticos, excepto la carne y productos avícolas que se encuentran bajo el ámbito de supervisión del Departamento de Agricultura.

(6) USC § 379e(b)(5)(B)(i) (1994).

(7) Public Citizen v Young, 831 F2d 1108, 1122 (DC Cir 1987). See also Les v Reilly, 968 F2d 985, 989-90 (9th Cir 1992).

(ii) Nota de traducción: La «Delaney Clause» o «Cláusula Delaney» hace referencia a una norma agregada en 1958 a la Ley Federal de Alimentos, Drogas y Cosméticos (Federal Food, Drug and Cosmetic Act) de 1954, en virtud de la cual se prohíbe la utilización de aditivos que tengan cierta probabilidad de causar cáncer en hombres o animales. La Delaney Clause fue modificada en 1996 con la promulgación de la Ley de Protección de la Calidad de los Alimentos (Food Quality Protection Act).

(8) 29 USC § 655(b)(5) (1994).

(9) Para la respuesta de la Corte, ver: Industrial Union Department v American Petroleum Institute, 448 US 607, 614-15 (1989).

(10) 21 USC § 321(g)(1)(C) (1994).

(iii) Nota del traductor: Las siglas FDA designan a la Food and Drug Administration o Administración de Alimentos y Drogas, entidad encargada a nivel federal de la regulación y supervisión de los productos alimenticios y farmacéuticos en los Estados Unidos.

(11) Para la respuesta de la Corte, ver *Brown & Williamson Tobacco Corp v FDA*, 153 F3d 155, 176 (4th Cir 1998).

(12) Consideren HART, H.L.A. *The Concept of Law* 123. Clarendon, 1994. 2da edición.

Toda regla involucra reconocer o clasificar casos particulares como instancias de términos generales, y en el caso de las denominadas reglas, es posible distinguir casos centrales, en los cuales siempre se aplican, y otros en los cuales su aplicación es discutible (...) Esto le imprime a las reglas un hilo de vaguedad de “textura abierta” (...) En el Derecho, este extremo generalmente se sostiene para demostrar que cualquier elucidación del concepto de Derecho como reglas, puede ser equivocado. Insistir en la regla a pesar de la realidad de las situaciones a menudo se estigmatiza como “conceptualismo” o “formalismo”.

positivo^(iv) (aún cuando la aplicación de la norma, legal o contractual, tenga poco sentido en un caso particular) y limitar la discrecionalidad de los jueces cuando al resolver procesos. Así entendido, el formalismo es un intento de dotar al Derecho de autonomía, en el sentido particular de que no dependa de los valores morales o políticos de jueces particulares, y a la vez volverlo deductivo, en el sentido que los jueces tomen decisiones mecánicamente sobre la base del derecho preexistente y no ejerzan discrecionalidad en casos particulares. El formalismo conlleva un método interpretativo que se basa en el texto de las leyes aplicables y excluye o minimiza las fuentes extra-textuales del Derecho. Tiende también a favorecer los principios jurídicos bajo la forma de reglas amplias en vez de los acuerdos estrechos en que consisten las disputas particulares.

Toda vez que el formalismo minimiza el rol de las fuentes extra-textuales, generalmente le niega a las Cortes cuatro facultades relevantes: deducir excepciones al texto cuando éstas parecen tener sentido o incluso parecen ser necesarias; permitir que las definiciones cambien a través del tiempo; invocar las reglas de interpretación para impulsar las leyes en una determinada dirección; e, invocar la razón de ser de la ley para darle cierto sentido a palabras ambiguas. Así entendido, el formalismo es lo opuesto a la “equidad”, considerada como la voluntad de extender o limitar el alcance de la norma aplicable, y también sería lo opuesto a las aproximaciones “intencionadas” a los términos legales⁽¹³⁾. Se opone a la comprensión de los significados dinámicos (distintos de los estáticos)⁽¹⁴⁾. Asimismo, se opone al uso de cánones de interpretación, por lo menos en tanto se basen en los argumentos políticos controvertidos. Frederick

Schauer es un prominente académico defensor del formalismo⁽¹⁵⁾. En la Corte Suprema actual, el Juez Scalia es su propulsor más entusiasta⁽¹⁶⁾.

Ciertamente, tampoco existe un tipo canónico de antiformalismo y quienes rechazan el formalismo tienen diferentes posiciones. Sin embargo, el antiformalismo tiende a insistir en que la interpretación requiere o permite que se recurra a fuentes distintas del texto normativo y también tiende a sostener decisiones basadas en principios concretos (aplicables a cierto tipo particular de casos) en vez de abstractos⁽¹⁷⁾. Al antiformalista no le preocupa mucho la discrecionalidad del juez en casos particulares; en cambio, sí le preocupa evitar que la rigidez de una norma puede llevar a injusticias y errores. Así, el antiformalista podría alegar que las Cortes están legitimadas para invocar objetivos, o principios fundamentales de diversos tipos, a fin de dirigir normas (o contratos) en lo que parecería ser la dirección apropiada. Obviamente, existe una relación entre el debate sobre el formalismo y el debate sobre las reglas y estándares, una relación que sustentará el análisis a lo largo del presente texto. Ronald Dworkin es un prominente antiformalista⁽¹⁸⁾. En la actual Corte, el Juez Breyer es un difundido crítico del formalismo⁽¹⁹⁾.

La verdadera pregunta es “qué grado de formalismo” en vez de “¿formalista o no?”⁽²⁰⁾. Es difícil encontrar a alguien que crea que las reglas no tienen un lugar legítimo en la interpretación o que piense que siempre debe seguirse la interpretación literal del texto, sin importar que el resultado sea absurdo y palpablemente distinto a la racionalidad de la norma. Ningún antiformalista piensa que los jueces, al interpretar leyes, deben realizar un análisis *ad hoc* sobre todas las consideraciones relevantes. La verdadera diferencia

(iv) Nota del traductor: por el término “rule-bound” en el original.

(13) Nadie niega que las palabras toman su significado del contexto en que se insertan. Es posible favorecer el sentido normal de un texto por encima de los propósitos aparentes de la norma sin negar la dependencia del significado en el contexto, aun cuando, por supuesto, esta aproximación origina complejidades.

(14) Comparar con ESKRIDGE, William N. Jr. *Dynamic Statutory Interpretation*. Harvard, 1994. pp. 48-80. (argumenta lo contrario)

(15) Ver, por ejemplo SCHAUER, Frederick. *Playing By the Rules*. Claredon, 1991. El formalismo de Schauer es altamente calificado.

(16) Ver SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton, 1997.

(17) Ver, por ejemplo SUNSTEIN, Cass R. *One Case At A Time: Judicial Minimalism and the Supreme Court*. Harvard, 1999.

(18) Ver su discusión sobre el caso *Tennessee Valley Authority v Hill*, 437 US 153 (1978) en: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard, 1985. pp. 20-23. Ver también TRAUB, James. *Talk of the Town*. En: *New Yorker*. No. 35. 2 de junio, 1997. (reportando la discusión de Dworkin acerca de la regla que involucra a jugadores de basketball que se pelean).

(19) Ver BREYER, Stephen. *On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes*. 65 S Cal L Rev 845 (1992).

(20) Esta sugerencia está apoyada por el análisis comparativo encontrado en SUMMERS, Robert y Neil MCCORMACK (editores). *Interpreting Statutes: A comparative study*. Dartmouth, 1991. El análisis demuestra que aun cuando hay diferencias significativas entre las naciones, ninguna se compromete con el lenguaje literal y todas le dan al contenido algún tipo de prioridad.

se percibe en el *continuum*^(v). Un extremo está representado por aquellos quienes prefieren tomar decisiones derivadas de los textos, atadas a las reglas; el otro extremo está representado por aquellos quienes están dispuestos a rechazar el texto cuando provocaría un resultado no razonable, cuando es inconsistente con la historia legislativa o cuando genera conflictos con decisiones de algún tipo de política^(vi) o reglas de interpretación sustantivas.

Ningún formalista sensible cree tener una teoría completa de interpretación legal. La interpretación formalista involucra términos que son, o parecen, inequívocos. Y ningún formalista negaría que los principios basados en diversas fuentes (de Derecho) son universales; el lenguaje no tiene sentido sin estos principios y, por tanto, el formalismo se convierte en un proyecto viable sólo cuando y porque existe un acuerdo sobre el contenido de los principios gobernantes. Otra cosa es determinar cómo el formalista deberá manejar términos que no son, o no parecen, evidentes, como por ejemplo “equivalente” o “no razonable”⁽²¹⁾. Todo formalista sabe que en muchos casos va a ser necesario mirar más allá del texto para interpretar un término legal y hacerlo conscientemente. El objetivo del formalista es, en esos casos, desarrollar enfoques de la interpretación que empujarán a la ley en direcciones reglamentarias, negándole al juez una amplia discrecionalidad y generando que posteriormente actúen de forma mecánica⁽²²⁾.

1.3. Tareas y alegatos.

En el presente artículo cuestiono si una buena defensa del formalismo debe ser empírica -es decir, si debe depender de asunciones y alegatos fácticos.

Partiendo de ciertas premisas, mi respuesta es “sí”. El formalismo debe ser defendido pragmáticamente, con una referencia cercana al probable comportamiento de varias instituciones y de acuerdo con sus consecuencias; no se le defiende fácilmente con referencia a alegaciones cuasi-teleológicas sobre la naturaleza del derecho, la legitimidad, o democracia. En este sentido, un buen defensor del formalismo puede y (en mi opinión) debe ser un realista legal también⁽²³⁾. No porque las nociones como legitimidad no sean importantes -al contrario, son extremadamente importantes- sino porque no pueden, sin una gran cantidad de suplementos empíricos, decirnos si se debe ser formalista o no. Y sí es posible defender el formalismo en términos reales, como, por ejemplo, lo ha hecho Lisa Bernstein en ciertos contextos del Derecho Comercial⁽²⁴⁾.

De modo específico, yo creo que el formalismo, como aproximación a la interpretación legal, debe ser defendido por argumentos empíricos sobre su rendimiento probable y sobre la actividad de las Cortes, legislaciones, entidades administrativas y particulares. Para saber si el formalismo es bueno, necesitamos saber principalmente tres cosas:

- (i) si un Juez formalista o uno antiformalista producirá más errores e injusticias;
- (ii) si una legislación anticipará los posibles errores o injusticias *a priori*, y si los corregirá luego de que ocurran, y lo logrará a un costo relativamente bajo; y,
- (iii) si es que un Juez no formalista incrementará notablemente los costos de las decisiones, para las Cortes, litigantes y aquellos que buscan asesoría legal, e incrementará, a la vez, los costos relacionados con la falta de seguridad jurídica.

(v) Nota de traductor: Esta es una expresión científica. En el contexto se entiende como “distancia entre dos extremos”. No se trata de ser formalista o no, sino de qué tan formalista ser. En el *continuum* hay un punto que debe ser el correcto.

(vi) Nota de traductor: En el presente artículo, se entenderá política como orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado.

(21) Claro que las diferentes comprensiones culturales pueden convertir estos términos en ambiguos.

(22) Esto forma parte del llamativo que tiene el formalismo en el Derecho Constitucional. Ver SCALIA, Antonin. Op. cit.; pp. 37-47. Claro que un juez quien priorice la fidelidad a los precedentes puede lograr el objetivo de hacer el derecho más predecible y reglamentario, aun cuando ese juez puede no estar basándose en la teoría formalista de la interpretación. En este trabajo yo estoy discutiendo las teorías de interpretación y no entro a analizar aquellos jueces quienes enfatizan los precedentes como formalistas.

(23) En el mismo sentido, ver ESKRIDGE, William N. Jr. *Textualism: The Unknown Ideal?* Mich L Rev 1509 (1998). (repasando SCALIA, Antonin. Op. cit., y explorando las consecuencias prácticas del textualismo); POSNER, Richard A. y otros. En: *Stanford Law Review*. 1990. (criticando a Bork por no suministrar “razones convincentes” de por qué una sociedad debería querer que los jueces adopten el originalismo). También ver: CALABRESI, Guido. Op. cit., que en la misma categoría esquematiza al formalismo como una aproximación pragmática a problemas institucionales concretos.

(24) BERNSTEIN, Lisa. *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*. 66 U Chi L Rev 710 (1999).; BERNSTEIN, Lisa. *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*. 144 U Pa L Rev 1765 (1996).

Identificar estas preguntas es equivalente a decir que la cuestión principal es cuál estrategia interpretativa generará los menores costos de decisión y costos de error (la referencia a los “costos” no debe implicar un reduccionismo económico; es un término que ocupa un lugar frente a las dificultades del mundo real -en términos de resultados poco predecibles- que puede desprenderse de una u otra estrategia interpretativa). En un sistema legal en el cual la legislación es extremadamente cuidadosa ante los hechos y altamente reactiva a las interpretaciones judiciales después de los hechos, el formalismo podría tener sentido, especialmente si un juez no formalista generaría confusiones y “metidas de pata” por su cuenta. En contraste, una aproximación no formalista tendría sentido en un sistema legal con jueces excelentes y una legislación que es a la vez descuidada e inatenta.

La premisa principal de mi tesis básica –que el formalismo debe ser defendido empíricamente- parte del hecho de que sin alegaciones normativas de algún tipo, es imposible saber qué cuenta como “error” o “injusticia” en una interpretación y, por tanto, la idea de los “costos de error” parece depender de la teoría de interpretación que le antecede, en cuyo caso la teoría no puede ser escogida en base a la cuestión (anterior) de los costos de error⁽²⁵⁾. Trataré este tema con detalle más adelante⁽²⁶⁾. Por ahora, permítanme sugerir que quienes no están de acuerdo con lo que cuenta como un “error” deberían estar de acuerdo en que una buena defensa del formalismo depende mayormente de las capacidades de las instituciones relevantes y, en particular, de las capacidades de las Cortes y legislaciones. Estando de acuerdo en este punto, podría ser posible clasificar muchos de los debates normativos y lograr un cuantioso progreso mediante la investigación de preguntas empíricas. Al menos será posible desestimar prominentes pero

improbables y poco plausibles argumentos a favor y en contra del formalismo (involucrando, por ejemplo, la legitimidad, el Artículo I, o la separación de poderes) y entrar a ver las cuestiones en las que la opción entre métodos interpretativos realmente importa.

En efecto, pienso que es la discusión sobre las cuestiones empíricas subyacentes - no sobre grandes conceptos de ningún tipo- lo que separa, principalmente, a los formalistas de los no formalistas. Por supuesto, la evidencia empírica decisiva sobre estas cuestiones no es fácil de encontrar, en parte debido a la dificultad de controlar variables confusas. Pero al reconocer estas cuestiones empíricas como tales, lograremos una mejor comprensión sobre la naturaleza del desacuerdo, lo que constituye, en sí mismo, un gran logro. Y con más investigación podemos aprender bastante más sobre las cuestiones subyacentes. Por supuesto que la evidencia empírica no puede, en sí misma, conducirnos a conclusiones normativas; la cuestión es si el trasfondo normativo está compartido de modo suficiente para que ciertos descubrimientos dirijan a los aparentes antagonistas en la misma dirección general. Yo creo que esto ocurre en el presente caso y que con estos descubrimientos empíricos imaginarios, los formalistas y los no formalistas deberían ser lo suficientemente flexibles para moverse en la dirección de sus aparentes adversarios⁽²⁷⁾. Esta es la gran esperanza de la investigación empírica: suavizar el debate político y legal demostrando que las disputas sobre valores son, muchas veces, disputas sobre los hechos, por lo menos en el sentido que ciertas respuestas a preguntas fácticas pueden convertir en innecesaria la resolución de disputas sobre valores.

Debo enfatizar que no estoy necesariamente defendiendo el formalismo⁽²⁸⁾. El punto importante involucra no la conclusión, sino la identificación

(25) Esta cuestión es análoga a los debates sobre el análisis costo-beneficio. Muchas personas pueden estar de acuerdo en que el análisis costo-beneficio tiene sentido, pero pueden estar totalmente en desacuerdo sobre qué debe considerarse un costo o un beneficio, así como cuánto debería valorarse cada uno de ellos. En sí mismo, la idea del costo-beneficio está vacío de contenido; la pregunta es si es que se puede especificar en forma tal que genere, y merezca, un apoyo mayoritario.

(26) Ver Sección 5.5.

(27) De esta forma sugiero que el debate sobre la interpretación legal no es tan diferente del debate sobre (por ejemplo) la remuneración mínima vital: si es que esta remuneración mínima incrementa el desempleo sustancialmente, aquellos que la defienden deberían reconsiderarlo; si es que la remuneración mínima no tiene efectos en el desempleo, quienes la condenan también deberían reconsiderarlo.

(28) No intento sugerir, vía el título, cuál de las partes conlleva la carga probatoria. Para clarificar la idea, vale agregar que mientras el formalismo captura una parte del territorio, yo creo que es una aproximación inadecuada a la interpretación estatutaria y constitucional en los Estados Unidos. En la interpretación estatutaria, yo favorecería una presunción a favor de la especie del formalismo que

de las bases sobre las cuales los formalistas y los no formalistas estarían en desacuerdo. Por ende, mi sugerencia para aquellos que se ven atraídos por las aproximaciones de interpretación legal del Juez Scalia o del Juez Dworkin es esta: ¿acaso la opción entre dos aproximaciones contrincantes no depende de los juicios predecibles, sobre los cuales todavía falta aprender mucho? ¿Acaso no ocurre que la mayor parte de los desacuerdos relevantes terminan en esos juicios?

2. Preliminares conceptuales.

Debemos distinguir entre dos fenómenos que generalmente son denominados por el término “formalismo”. El primero consiste en la pretensión de que todos o la mayoría de los términos legales pueden resolver los casos “límite”. Esta pretensión se ilustra con (por ejemplo) el punto de vista según el cual el término “libertad” debe necesariamente incluir la libertad contractual o que un requerimiento de “protección igualitaria” necesariamente prohíbe (o para lo que valga, requiere) la discriminación positiva. El problema con esta especie de formalismo es que es poco honorable, una suerte de fraude. Los términos legales relevantes tienen muchos posibles significados y una lección de lenguaje es insuficiente para justificar la opción. Pero existe una segunda posible especie de formalismo que es completamente honorable. En este sentido, los términos legales deberán ser entendidos de acuerdo con su definición ordinaria en la comunidad relevante. Cuando existe esta definición común, no existe nada fraudulento en esta aproximación a la interpretación legal. La cuestión es si es bueno, no si es fraudulento.

Lo que podemos llamar “el nuevo formalismo” es una intrigante mezcla de los argumentos realistas y formalistas⁽²⁹⁾. Equivale a acoger el formalismo debido a los buenos efectos que conlleva. El

formalismo puede, por ejemplo, incrementar la predictibilidad y a la vez reducir tremendamente los costos de decisión. Las reglas claras en los conflictos de derechos pueden ser positivas porque promueven una planificación; una aproximación textual a la ley podría producir una mayor claridad en el derecho. Algunos de estos puntos pragmáticos y empíricos aparecen, por ejemplo, en los argumentos que esgrime el Juez Scalia a favor de los significados originales de los textos legales⁽³⁰⁾.

Yo creo que se trata realmente de un genuino nuevo formalismo⁽³¹⁾, bastante distinto del antiguo, que no tenía, por lo menos en su representación, un carácter empírico ni pragmático. Por lo menos en el Derecho Público, las defensas principales del formalismo -y los retos principales de éste- son abstractos y conceptuales y no han dependido para nada de alegaciones empíricas. Estos son los argumentos que deseo rechazar. Creo que es mejor tomar los argumentos conceptuales como argumentos pragmáticos disfrazados; que las alegaciones sobre “legitimidad” son realmente alegaciones consecuentes sobre cuál de los sistemas de interpretación tiene mayores probabilidades de producir mejores efectos. Aquellos quienes quieran defender el formalismo deberían trasladarse de argumentos abstractos conceptuales (infructuosos y cuestionables) hacia alegaciones empíricas concretas (prometedoras y tratables).

Dire bastante más sobre estas cuestiones más adelante. Por el momento, intentemos localizar las bases menos abstractas sobre las cuales los formalistas y los antiformalistas pueden estar en desacuerdo. El Derecho contractual será nuestro punto de partida.

3. Reglas supletorias, contractuales y legales.

La tarea principal del Derecho contractual es desarrollar reglas supletorias, aún en los casos en

enfatisa el significado natural de los términos estatutarios, en base a su contexto; pero permitiría que la presunción ceda cuando el resultado es absurdo o cuando los principios de derecho, constitucionales o no, favorecen interpretar el texto en un sentido particular. SUNSTEIN, Cass R. *An Incompletely Theorized Conviction*. 112 Harv L Rev (1999). Me parece que el Derecho Constitucional tiene incluso una mayor tendencia informalista, y así debe ser, dado que contiene tantas características de derecho común. Sin embargo, defender estas premisas sobrepasarían la presente discusión.

(29) Esta es la tendencia, por ejemplo, en: BERNSTEIN, Lisa. 144 U Pa L Rev 1765. (Supra nota 24); VERMEULE, Adrian., *Legislative History and the Limits of Judicial Competence: The Untold Story of Holy Trinity Church*. 50 Stan L Rev 1833, 1885-96 (1998). (argumentando que los problemas de competencia judicial convierten la historia legislativa en una mala fuente de ayuda para la interpretación estatutaria). Ver también EPSTEIN, Richard. *Simple Rules for A Complex World*. Harvard, 1995. Que, desprovisto de sus bases liberales, me parece un argumento político instrumental a favor de reglas como la mejor manera de minimizar la suma de los costos de decisión y costos de error.

(30) Ver SCALIA, Antonin. Op. cit.; pp. 44-47. Supra nota 16.

(31) Por supuesto que el antiguo formalismo era a veces utilizado en términos más pragmáticos.

que el contrato parece claro. Consideren, por ejemplo, un caso en el que un empleado reclama habera sido despedido sin causa. Si el contrato no dice que el empleo es “por determinada causa” o “a voluntad”^(vi), la Corte tendrá que deducir un plazo implícito, aplicando la regla supletoria que gobierna aquellas situaciones. En efecto, la necesidad de tener reglas supletorias es aún mayor de lo que aparenta. Ningún término, contractual o no, tiene sentido en sí mismo; lo que significa que siempre está en función de la cultura y el contexto. Cuando un término contractual parece claro y autosuficiente, y no parece requerir reglas supletorias, sólo es así porque existe un acuerdo general entorno al contexto y cultura relevantes. Lo mismo ocurre para la interpretación legal.

Los buenos formalistas no niegan este punto; el formalismo es una empresa perdida si es un intento de darle a los términos un sentido distinto al que tienen en el uso común que se desprende de la cultura y circunstancias. El Derecho nunca puede ser autónomo o vinculante en ese sentido. Todo término requiere de una interpretación. Así, los casos descritos en la introducción⁽³²⁾ parecen involucrar significados “simples” sólo en el extremo que existe un consenso generalizado sobre los entendimientos primarios subyacentes. Y cuando la cultura y el contexto cambian un término que en principio parecía vago (“equidad”), puede volverse claro, y un término que una vez parecía claro (“cancerígeno” “psicopático”), puede convertirse en vago.

En el Derecho contractual y en la interpretación de las leyes, las reglas supletorias se subdividen en varias categorías. Algunas reglas buscan simular condiciones de mercado^(vii). Aquí el objetivo es

imitar lo que las partes hubieran hecho de haber previsto alguna disposición específica. En el Derecho contractual, si un contrato de trabajo es celebrado por “causa determinada” o “a voluntad” podría ser interpretado preguntando qué hubieran hecho las partes de haber previsto una disposición explícita sobre la terminación del vínculo laboral. La pregunta clave “¿qué hubieran hecho las partes?” es del tipo empírico. Existe una analogía en la interpretación legal. Si, por ejemplo, no sabemos si la Ley de Especies en Peligro de Extinción⁽³³⁾ se aplica fuera de los límites territoriales de los Estados Unidos, podríamos interpretar la ley preguntando cómo el Congreso habría resuelto el caso de haberlo previsto. La noción de “reconstrucción imaginaria”^(viii) en la interpretación legal personifica esta comprensión de la tarea del intérprete⁽³⁴⁾.

Otras reglas supletorias evocan información^(ix). El punto de estas reglas es hacer que la persona con mayores probabilidades de pronunciarse con claridad tenga la obligación de emitir un pronunciamiento claro, de una forma o de otra. En consecuencia, las reglas de supletorias que evocan información a veces son descritas como “penalizaciones”⁽³⁵⁾. Estas reglas procuran asegurar que ambas partes (y también las Cortes) provean la información necesaria en el momento en que se celebra un contrato; contrarrestan el riesgo de una no-divulgación estratégica. Supongamos, por ejemplo, que una Corte no sabe si las partes habrían celebrado un contrato laboral “a voluntad” o por “causa determinada”. La Corte podría querer imponer los incentivos adecuados para que las partes manifiesten claramente su voluntad, tanto entre ellos como con la Corte. Es razonable pensar que si la Corte desea hacer esto, deberá decidir en contra del

(vi) Nota del traductor: por la expresión “*at will*” en el original.

(32) Ver el texto que acompaña las notas 6-11.

(vii) Nota del traductor: por el término “*market-mimicking*” en el original.

(33) 16 USC § § 1536 et seq (1994).

(viii) Nota del traductor: por el término “*imaginative reconstruction*” en el original.

(34) Ver, por ejemplo: POSNER, Richard A. *Statutory Interpretation—in the Classroom and the Courtroom*. 50 U Chi L Rev 800, 817 (1983). (“La tarea del juez al interpretar una norma puede describirse como una reconstrucción imaginativa. El Juez debe intentar pensar como los legisladores e imaginar cómo ellos hubieran querido aplicar la norma al caso concreto.”) Ver también POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Harvard, 1990. p. 273. (“Cuando se enfrentan a normas poco claras, los jueces [...] deben invocar sus poderes de imaginación y empatía en un esfuerzo [...] por situarse en la posición de los legisladores que crearon la norma que deben interpretar. No pueden limitarse a estudiar los significados literales; deben intentar entender el problema que enfrentaron los legisladores.”)

(ix) Nota del traductor: por la expresión “*information eliciting*” en el original.

(35) Ver AYRES, Ian y Robert GERTNER. *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*. 99 Yale L J 87 (1989). (Introduce el concepto de las reglas penales supletorias).

empleador -esto es, deberá decir que se presume que los contratos son “por motivo”, bajo la teoría de que el empleador es la parte que probablemente hará las modificaciones apropiadas si esta disposición no se adecua a las necesidades de las partes. Las preguntas claves aquí, también son de naturaleza empírica: ¿quién tiene mayores probabilidades de emitir un pronunciamiento explícito sobre el tema? ¿Cuál es el costo de hacerlo?

También es posible imaginar reglas que evoquen información en el área de interpretación legal. Por ejemplo, una Corte podría concluir que se debe presumir que las leyes no se aplican fuera de los límites territoriales de los Estados Unidos -si es que cree que esta aproximación es la que tiene mayores probabilidades de evocar un pronunciamiento claro por parte del Congreso- a fin de que todas las partes (y las Cortes) estén informadas, *a priori*, del posible resultado⁽³⁶⁾. Es evidente que las reglas supletorias que evocan información cumplen con los objetivos formalistas al reducir la incertidumbre y los juegos de adivinanza judicial. Las preguntas empíricas para las reglas supletorias legales son: ¿qué parte está en la mejor posición para emitir una disposición explícita? ¿Cuál es el costo de hacerlo?

Así surge la interrogante: cómo debe escoger la Corte entre reglas que imitan el mercado, y reglas que evocan información. Una posibilidad es que la Corte se pregunte si su elección va a generar una regla adecuada. Si la Corte sabe que las partes contractuales se habrían puesto de acuerdo en un término “x”, parece claro que la Corte debería simplemente adoptar ese término; no existe necesidad de evocar información relevante. Pero si la Corte no tiene la menor idea de lo que las partes habrían hecho pero sí tiene una clara idea sobre cómo asignar la carga de incentivar una declaración clara, una regla que evoca información parece ser la mejor. Así, por ejemplo, una regla supletoria dispositiva tendría sentido si una Corte tiene claro que ésta es la regla que todas o casi todas las partes aceptarían. En cambio si la Corte no está segura sobre el acuerdo al que llegarían las partes, pero sí tienen claro cuál de las dos partes estaría en la mejor posición para obtener una declaración clara, deberá adoptar una regla que evoque información. Si la Corte no tienen ni idea de qué términos escogerían empleadores y empleados, podría optar por una regla

supletoria “por motivo”, bajo la teoría que esta regla obligará a los empleadores especificar una cláusula distinta si no desean este resultado. Pero si la parte que se encuentra en la mejor posición de emitir una disposición explícita lo puede hacer sólo a un costo extremadamente alto, tal vez una regla supletoria que imite el mercado sería la mejor opción.

Esta indagación respecto de la confianza judicial en las reglas supletorias potenciales puede ser entendida como una manera simple de preguntarse sistemáticamente sobre la mejor manera de reducir los costos de decisión y los costos de error. (Como lo hemos mencionado anteriormente, no debemos ser extremistas en este punto; los costos de decisiones y los costos de errores son diferentes unos de otros, y ellos incluyen costos de diferentes tipos cualitativos.) Los costos de decisión pueden ser entendidos como los costos de descubrir qué quiere decir la ley - un costo enfrentado por las Cortes (intentando discernir la regla legal mientras que deciden el caso) y por ciudadanos comunes (al tener que desembolsar recursos para descubrir el contenido de la ley). Los costos de error involucran, a la vez, la cantidad de errores y la magnitud de estos. Asumiendo argumentos empíricos, una regla supletoria que imita el mercado minimizaría los costos relevantes; otros puntos de vista señalan, sin embargo, que las reglas que evocan información también lograrían hacerlo. Otro tema tiene que ver con la variabilidad de los errores. Es posible, por ejemplo, que un juez no formalista produzca errores, altamente variables, incluso al azar, mientras que un juez formalista puede producir el mismo número y magnitud de errores, pero de modo poco variable y con un alto índice de predictibilidad.

Estas ideas pueden guiar la selección de reglas supletorias. Si una Corte, al pronunciarse en un proceso contractual, sabe que las partes hubieran escogido cierta regla supletoria, ha descubierto (hipotéticamente) la regla indicada y a bajo costo. Si una Corte desconoce la regla que imita el mercado, pero sí conoce la regla que incentivaría declaraciones claras de las partes, puede imponer (a bajo costo) una regla que producirá el resultado apropiado. Cuando a una Corte ninguna de las reglas le inspira confianza, podría optar por preguntarse, comparativamente, cuál de las dos le genera mayor confianza, y elegir esa. En el Derecho contractual,

(36) Ver, por ejemplo: *EEOC v Arabian American Oil Co*, 499 US 244, 248 (1991). (empleando tal regla).

un error puede ser definido como un resultado distinto a lo que las partes hubieran pactado de haberlo previsto; esta definición simple puede funcionar para la gran mayoría de los casos⁽³⁷⁾. Se entiende que las Cortes a las que no les interesa lo que las partes hubieran hecho, y que buscan en cambio el significado objetivo de los términos contractuales, creen que ese método interpretativo tiene mayores probabilidades de minimizar costos de decisiones y costos de error.

Casi lo mismo puede decirse sobre la interpretación legal, aún cuando hay “no analogías” así como analogías. Partamos sugiriendo que, en caso de duda sobre el significado de un término ambiguo, las Cortes deberían inclinarse a favor del significado que hubiera escogido el Congreso⁽³⁸⁾. Supongamos, por ejemplo, que un resultado lingüísticamente posible produciría un resultado extraordinario, uno que correría el riesgo de llegar a ser absurdo. Las Cortes harían bien en presumir que el resultado absurdo no es el adecuado; la presunción podría ser rebatida que el Congreso hubiera llegado al mismo resultado de haberse pronunciado sobre la presente situación. Este sería un tipo de aproximación que imita el mercado. Pero si las Cortes no tienen idea de cómo entender el término -si el término es ambiguo y nadie puede decir cuál era la intención del Congreso- las Cortes podrían adoptar una interpretación que impondría en aquellos que cuentan con mayores probabilidades de emitir declaraciones claras, la obligación de hacer precisamente eso. Considere, por ejemplo, que las leyes y tratados generalmente serán interpretados a favor de Americanos Nativos⁽³⁹⁾. Esta idea toma como base el hecho de que estas leyes y términos son dictaminados por el Congreso, y por ende, está en mejor posición de conseguir el término que desea.

Existen, sin embargo, algunas dificultades específicas al área legal. En primer lugar, puede ser bastante difícil - aún más difícil que en el Derecho contractual - lograr dilucidar quién está en la mejor posición para emitir una declaración clara. Es en parte por esta dificultad que las reglas legales tienden, en la práctica, a basarse en consideraciones de políticas administrativas⁽⁴⁰⁾, no en asignar la carga al “mejor emisor”.

También es posible dudar de la analogía entre la pregunta de Derecho contractual (“lo que las partes hubieran hecho”) y la pregunta legal (“lo que el Congreso hubiera hecho”). En el Derecho contractual, puede existir un acuerdo sobre lo que se entiende por un error: hacer algo diferente de lo que las partes hubieran pactado⁽⁴¹⁾. Esto es menos claro en el contexto de interpretar normas legales; muchas personas piensan que los términos ambiguos no deberían ser entendidos preguntando qué habría hecho el Congreso⁽⁴²⁾. Tal vez la pregunta es irrelevante, o es sólo parcialmente relevante. Y tal vez cualquier juicio sobre lo que cuenta como “error” es una creación teórica, y por ende, sería imposible saber si estamos ante un error sin primero haber seleccionado la teoría apropiada que lo define. Volveré a esta pregunta más adelante⁽⁴³⁾. Por ahora permítanme sugerir que allí donde las leyes son genuinamente ambiguas, una comprensión de lo que el Congreso hubiera hecho es por lo menos un punto de partida razonable para el análisis. Aquellos que rechazan esta visión (“reconstrucción imaginativa”) siquiera como punto de partida podrían preguntarse por qué lo hacen, y si es que sus respuestas se basan en argumentos empíricos; retomaré este punto luego.

Un último punto a tener en cuenta es que en la interpretación legal, como en el Derecho contractual, las reglas supletorias podrían tener un

(37) En algunos casos, un error puede ser definido de modo diferente, como cuando algún interés público sugiere que la autonomía de la parte no es la base del resultado. Esto requeriría un análisis diferente.

(38) Esta sugerencia, por cierto, es controversial, y se irán introduciendo calificaciones conforme avanzemos. Tomen nota que esto no significa que las Cortes deben interpretar términos que están claros, preguntándose por las intenciones subjetivas del Congreso.

(39) Ver *Montana v Blackfeet Tribe*, 471 US 759, 766-68 (1985).

(40) Ver la excelente discusión en SCHACTER, Jane S. *The Confounding Common-Law Originalism in Recent Supreme Court Statutory Interpretation: Implications for the Legislative History Debate and Beyond*. 51 Stan L Rev 1 (1998). (discute el importante papel que juegan las normas – políticas creadas judicialmente en la interpretación de la Corte Suprema.

(41) Sin embargo, en el Derecho contractual, el formalismo puede ser defendido, no en cuanto a conseguir lo que las partes hubieran hecho, sino que consigue claridad para las partes y las Cortes, en tal forma que minimiza la suma de los costos de error y los costos de decisión.

(42) Ver EASTERBROOK, Frank H. *Statutes' Domain*. 50 U Chi L Rev 533, 534 (1983) (argumenta que las Cortes deberían evitar actuar en situaciones donde existe ambigüedad en la norma, aun si es que saben lo que el Congreso hubiera hecho).

(43) Ver Sección 5.5.

“efecto dotal”^(x) y así, tiende a pegar. Las preferencias de actores relevantes podría no ser enteramente independiente de la regla legal. Si la regla supletoria es que las leyes no se aplican fuera de los límites territoriales de los Estados Unidos, aquellos que favorecen la ley podrían cuestionar demandan un alto “precio” para renunciar a su derecho presunto, mientras que si la regla supletoria es contraria a la aplicación, aquellos quienes favorecen la ley podrían demandar un “precio” mucho menor. Así, las reglas supletorias pueden afectar las decisiones, creencias, y preferencias de las partes contractuales y de las partes legales, un fenómeno que hace difícil imitar los mercados.

Hasta este punto, la discusión ha involucrado reglas supletorias genuinas. Pero algunas reglas interpretativas se basan en políticas administrativas e inalienables; son, en ese sentido, mucho más que reglas supletorias. El Derecho Constitucional asciende al equivalente de una regla supletoria inalienable en cuanto a la interpretación legal concierne; por supuesto que al Congreso no se le permite contratar prescindiendo de los requisitos contractuales. Lo señalado es bastante obvio, sin embargo, no es tan obvio lo que subyace en el trasfondo: existe un *continuum* de reglas supletorias “en tanto las condiciones externas sean similares” y reglas supletorias “supervinculantes”, que requieren una declaración especialmente clara de las partes o del Congreso, para ser reglas supletorias genuinamente inalienables.

4. El formalismo es una regla global supletoria.

4.1. En general.

Entender el funcionamiento de las reglas supletorias ayuda a revelar las dimensiones empíricas de cualquier discusión sobre el formalismo. Como ha sido mencionado, un objetivo central del formalismo es reducir la carga de las decisiones en el acto, especialmente al eliminar la

necesidad de ejercer discreción en casos particulares, y asegurando que la ley sea tan similar a las reglas como sea posible, de modo tal que las partes y los legisladores puedan gozar de un mayor índice de predictibilidad⁽⁴⁴⁾. Así, podemos encontrar al formalismo en un conjunto de ideas que se asocian más a la postura del Juez Antonin Scalia. Pero consideremos la vívida respuesta de Scalia al cargo de formalismo: “Por supuesto es formalista! La regla de derecho consiste en la forma”⁽⁴⁵⁾. Esta es una repuesta enfáticamente formal al cargo de formalismo; asciende a una defensa de aproximación formal no en referencia a consideraciones de índole democrática, política, o de cualquier otra clase, sino en referencia a un “es”, que se toma con un hecho sin análisis - acá, “de lo que trata” la ley. Simplemente, esta forma de defender el formalismo no es satisfactoria. El formalismo no puede ser justificado por que “es”; debe ser justificado con referencia a otra cosa además de sí mismo (como el Juez Scalia obviamente sabe)⁽⁴⁶⁾. El truco es identificar cuál puede haber sido la justificación.

La discusión hasta este punto nos provee de algunas claves. Tal vez el formalismo puede operar como un tipo de regla supletoria masiva o global, una que opera, o como una regla supletoria que imita el mercado, o como una regla supletoria que evoca información. Precisando, una aproximación formal a la interpretación podría producir reglas simples y claras (en Derecho contractual y en la interpretación legal) que reducirían los costos de decisión y error. El formalismo podría reducir los costos de decisión si es que es relativamente fácil para las personas en un sistema formalista saber lo que es la ley. El formalismo podría reducir los costos de error si es que produce menor cantidad de errores, así como menor gravedad en los errores que produce (una vez más, estoy definiendo errores de manera provisional y, en caso de ambigüedad o duda genuina, como los resultados desviados de lo que

(x) Nota del traductor: por el término *endowment effect* en el original.

(44) Ver SUNSTEIN, Cass R. y Edna ULLMANN-MARGALIT. *Second-Order Decisions, 110 Ethics*. 1999. (evaluando las cargas *ex ante* y *ex post*).

(45) SCALIA, Antonin. Op. cit.: p. 25. (Supra nota 16)

(46) Ver notas 31-34. Esto se niega en WEINRIB, Ernest J. *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*. 97 Yale L J 949, 951 (1988). (“ El formalismo postula que la ley es inteligible como un fenómeno internamente coherente”). Yo creo que la respuesta de Joseph Raz es convincente. Ver RAZ, Joseph. *Formalism and the Rule of Law*. Citado en: GEORGE, Robert (editor). *Natural Law Theory* 309. Clarendon, 1992.

un Congreso hubiera hecho), y si es que los errores son corregidos, de forma rápida y a bajo costo, por las partes o el Congreso.

Debería ser evidente que estas proposiciones dependen de cuestiones empíricas. Supongamos, por ejemplo, que un juez que rechaza formalismo pueda (a un bajo costo) generar unas excelentes reglas que imiten el mercado; supongamos, entonces, que un juez pueda descubrir el lenguaje legal o contractual de tal forma que discierna lo que las partes relevantes (para la legislación o el contrato) hubieran hecho. Si esto es así, el respaldo del formalismo se verá debilitado. Pero supongamos -en contraste- que los jueces pueden generar información- evocar reglas supletorias, formalistas en carácter, que funcionan extremadamente bien creando buenos incentivos *ex ante* para las partes contractuales y para el Congreso. Si esto es así, el respaldo del formalismo se verá fortalecido. Y para saber cuál de las dos alternativas se mantiene, debemos saber más sobre el probable rendimiento institucional y sobre los hechos subyacentes. Pensemos, por ejemplo, en el famoso caso de *Church of the Holy Trinity v United States*⁽⁴⁷⁾, en donde la Corte pareció rechazar una aproximación formal en favor de una basada en la “intención” legislativa⁽⁴⁸⁾. Si el Congreso hubiera corregido cualquier problema emergente de una aproximación formal, y lo hubieran podido hacer sin costo alguno, el argumento para el formalismo, en ese tipo de casos, se hubiera visto tremendamente reforzado. (Una corrección legislativa no significa, por supuesto, que la Corte se equivocó).

4.2. ¿Disputas sobre qué?

Para entender los debates resultantes, y a la vez entender concretamente qué están discutiendo los formalistas y los no formalistas, es necesario hacer algunas aclaraciones. Primero, consideremos el problema de la ambigüedad legal, un problema que nace cuando el Congreso utiliza un término que se

puede entender, razonablemente, en varios sentidos. Todo formalista sensible sabe que cuando una ley es ambigua, es necesario consultar algo además del texto. En este sentido no existe disputa entre los formalistas y los no formalistas. Un formalista consistente podría apelar a distintos principios de derecho, como el principio de “clemencia”^(xi) (que aconseja a las Cortes interpretar las normas penales de forma restrictiva) o la naturaleza del sistema federal (a menudo se dice que requiere que las Cortes no permitan que la ley nacional prevalezca sobre la ley estatal). Podemos encontrar una analogía en la sugerencia del Juez Scalia, al decir que los debidos procesos sustantivos deben entenderse con referencia a la tradición, entendida en el más bajo nivel de generalidad⁽⁴⁹⁾. La ventaja de este tipo de aproximación es evita una amplia discrecionalidad de los jueces, al requerir que las Cortes utilicen reglas cuando el texto de las normas es ambiguo. Los no formalistas probablemente se mostrarían escépticos frente al valor general de estos esfuerzos para limitar la discrecionalidad en las decisiones.

Un segundo problema involucra el problema de la generalidad legal, que nace cuando un Congreso utiliza un término amplio que parecería cubrir el caso *sub materia*, pero que podría no resultar razonable o incluso resultar absurdo de aplicarlo en ese sentido. Acá los formalistas quieren entender el término en el sentido general sugerido por su significado literal; los no formalistas tienden a no estar de acuerdo, encontrando un real rompecabezas en los casos de generalidad excesiva. Consideremos los ejemplos famosos de Wittgenstein: “Alguien me dice; ‘enseñales un juego a los niños’. Yo les enseñé un juego de dados, y el otro dice, ‘No me refería a ese tipo de juegos’. Debí habersele ocurrido la exclusión de los juegos de dados cuando me dio la orden^{(50)?}” Los casos descritos en la Introducción⁽⁵¹⁾ son posibles casos de generalidad excesiva -problemas en los que el

(47) 143 US 457 (1892).

(48) Pero deben ver SCALIA, Antonin. Op. cit.; pp. 18-23. (Supra nota 16) (menciona a la Santa Trinidad como un ejemplo del “peligro” de usar las intenciones legislativas como un estándar interpretativo); VERMEULE, Adrian. Op. cit.; pp. 1863-1877. (supra nota 29). (argumenta que los jueces no son competentes para derivar las intenciones legislativas de la historia legislativa, como lo demuestra el ejemplo de la Santa Trinidad). Comparar con ESKRIDGE, William N. Jr. Op. cit.; pp. 1533-35. (supra nota 23). (argumenta que el formalismo no se puede determinar del ejemplo de la Santa Trinidad porque los términos normativos son ambiguos).

(xi) Nota del traductor: por el término *rule of lenity* en el original.

(49) *Michael H. v Gerald D.*, 491 US 110, 127 n 6 (1989).

(50) WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Blackwell, 1963. p. 33. (G.E.M. Anscombe, trans).

(51) Ver el texto que acompaña las notas 6-11.

texto parece correr en un sentido, pero en los que el común de las personas probablemente no tendrá esa aplicación particular en mente, y se sorprenderían con la interpretación.

Las aproximaciones formalistas modernas a la interpretación tienden a compartir ciertas características positivas y negativas:

a) insistencia en usar el texto como la fuente exclusiva o principal de la interpretación;

b) una creencia que la comprensión ordinaria u original del texto es lo que debe regir (reconociendo que en algunos casos el texto resultará ambiguo);

c) un rechazo a permitir excepciones al significado ordinario de un término, aún en los casos en que los resultados probablemente no fueron los queridos y, efectivamente, parecen caer lejos de las preocupaciones que conciernen a la legislatura actual;

d) donde el texto no es claro, una búsqueda de opciones secundarias que limiten la discrecionalidad judicial;

e) una insistencia en que las Cortes deben seguir la interpretación de la entidad administrativa a cargo de la materia;

f) un rechazo a consultar la historia legislativa;

g) mucho cuidado en utilizar argumentos en torno al “propósito” legislativo y la “intención” legislativa;

h) reticencia a invocar argumentos de política de diversos tipos, involucrando, por ejemplo, las consecuencias de una u otra aproximación⁽⁵²⁾; y

i) mucha atención a los principios de derecho que aclaren significados, limitando la discreción judicial en la interpretación, y también a los principios que reflejen un particular compromiso constitucional, pero no a los principios que no tienen un alcance temporal significativo o que personifican decisiones controversiales sobre políticas administrativas.

4.3. El formalismo puede imitar el mercado político?

Una forma de aproximar el debate es cuestionar si el formalismo puede justificarse en los mismos

términos que las distintas reglas supletorias existentes. Tal vez el formalismo, como aproximación legal o contractual, puede entenderse como un tipo de aproximación de imitación del mercado global, una aproximación que adivina acertadamente las intenciones del Congreso aplicadas a casos particulares (entendiendo “controversial” como “lo que el Congreso hubiera hecho de haber tenido que decidir la cuestión”) o por lo menos tan acertada como otra aproximación alternativa, mientras que al mismo tiempo minimiza los costos de decisión. Este sería un argumento fuerte a favor del formalismo.

Pero no está claro si esto es cierto o no; porque depende de los hechos subyacentes. Debería estar claro en este punto que en ciertos casos, el formalismo debería asegurar bajos costos de decisión y relativamente bajos costos de error. Tal vez los jueces formalistas puedan llegar a la decisión rápidamente, y tal vez lo harán tan bien como cualquier otra persona, o mejor que cualquiera, para lograr el resultado correcto (si se llegara a establecer el criterio de lo que es correcto, tal como lo hemos mencionado anteriormente). Pero, ¿son correctas estas asunciones? En general, el formalismo debería reducir los costos de decisión, pero no es seguro que lo haga (el texto puede generar mucha confusión⁽⁵³⁾ y en algunos casos el estudio de la historia legislativa puede, por lo menos en teoría, reducir los costos de decisión), pero también podría incrementar la cantidad y seriedad de los errores. Si los jueces no formalistas fueran perfectos -si pudieran, sin incurrir en errores ni costos altos, examinar todos los materiales legales para descubrir lo que el Congreso realmente quería decir con determinado término legal- lo harían mucho mejor que los jueces formalistas.

Consideremos, por ejemplo, el problema de la Cláusula Delaney presentado en la Introducción del presente⁽⁵⁴⁾. Si la interpretación literal de la Cláusula Delaney es un error -en caso el Congreso no hubiera querido que las Cortes prohieran la acción de la agencia⁽⁵⁵⁾-, los jueces no formalistas probablemente harían un mejor trabajo. Ahora, sería posible que

(52) . Sin embargo, ver SCHAFFER, Jane S. Op. cit. (supra nota 49) (recolecta importante evidencia del uso de argumentos de política por parte de la Corte Suprema.

(53) Ver, por ejemplo, ESKRIDGE, William N. Jr. Op. cit.; pp. 1516-1522. (supra nota 23) (examinando los problemas de la coherencia textual con referencia al ejemplo de la Santa Trinidad.

(54) Ver el texto que acompaña las notas 6-7.

(55) Existe, por supuesto, la pregunta de si es una evaluación apropiada. Para decir que un texto vincula, pero que la intención tácita no vincula, requiere de una argumentación de dimensiones mayormente empíricas. El Artículo I no es suficiente; la pregunta es qué

como una guía para entender las decisiones legislativas actuales, el formalismo fuera superior a cualquier otra aproximación interpretativa; si el formalismo resulta relativamente acertado, aunque tal vez crudo, y si las aproximaciones alternativas producen un alto número de malas interpretaciones, entonces el formalismo sería lo más adecuado. Y aún cuando los jueces no formalistas pueden arribar a las conclusiones correctas, es probable que esa opción sacrifique la predictibilidad. Los jueces no formalistas perfectos no van a poder permitir que las personas sepan lo que es la ley *ex ante*. En áreas en donde la predictibilidad es especialmente importante -como en Derecho Comercial y Penal- el formalismo debe ser favorecido.

Pero estos asuntos son difíciles de resolver en abstracto. Una cuestión empírica esencial involucra la competencia relativa de los jueces formalistas y no formalistas y las probables reacciones legislativas. Si los jueces no formalistas fueran excelentes, serían los mejores de todos. Por otro lado, un juez formalista moderadamente competente sería mejor que un juez no formalista incompetente, y tal vez incluso mejor que un juez no formalista moderadamente competente. Por lo menos ahora estamos en la posición de analizar la pregunta empírica que puede separar a aquellos que aceptan y aquellos que rechazan el formalismo como una regla de imitación de mercado.

4.4. Podría el formalismo favorecer la revelación de más información?

Parece ser lo más adecuado defender el formalismo como una regla supletoria que evoca información global. Tal vez el formalismo producirá más claridad del Congreso, precisamente porque asegura que el lenguaje normativo sea entendido en todos sus términos. Así, la noción de que las leyes serán entendidas bajo un “significado simple” podría ser entendida como una forma de incentivar al Congreso a que legisle sin ambigüedades. Como sabemos que las Cortes no van a corregir los errores en la aplicación de la ley, el Congreso (y los grupos

interesados en ganar ante la Corte) tendrán más cuidado ante este hecho. En efecto, el formalismo podría incluso ser visto como un primo cercano de la doctrina no delegacional^(xii), una doctrina basada explícitamente en la noción de que las Cortes le requerirán al Congreso que se exprese con cierto grado de claridad⁽⁵⁶⁾. (La doctrina no delegacional, a su vez, se relaciona con la idea de que algunas leyes y algunos contratos son nulos debido a su vaguedad; esta también es una idea que busca evocar información). Si los legisladores saben de antemano que las Cortes no van a preguntar “qué habrá querido decir el Congreso” y, en vez, van a tomar la legislación al pie de la letra, entonces el Congreso se verá penalizado por su lenguaje descuidado, con el resultado que se expresará con mayor claridad, y nadie va a tener que adivinar “qué se hubiera hecho”.

En este sentido, el formalismo es una regla supletoria que busca evocar información, de tal forma que genera dos consecuencias legales. Primero que nada, requiere que las partes que se encuentren en la posición más informada, revelen sus conocimientos a todos los participantes en el debate político, para procurar tomar decisiones informadas. En segundo lugar, le revela información a las Cortes, que de otro modo, tal vez, se verían forzadas a adivinar lo que el Congreso hubiera hecho de haber tenido que decidir la cuestión -una adivinanza que puede resultar equivocada, y una adivinanza cuya misma naturaleza incrementa los costos de decisión.

Pónganse a analizar el debate sobre el método histórico de interpretación jurídica. Una defensa para ignorar la intención del legislador es presionar a los legisladores para que se enfoquen en el texto de la norma, y no se apoyen, en caso de haber un conflicto, en los problemas que salieron a la luz a raíz de un reporte de determinado comité. El resultado es un tipo de regla que evoca información, una que -de funcionar adecuadamente- presionaría e incentivaría al Congreso para escribir claramente la ley. El Principio Chevron⁽⁵⁷⁾, aconseja a las Cortes que deleguen en entidades administrativas las

quiere decir el texto y el Artículo I no responde a esa pregunta. Decir que el texto es vinculante, pero la intención subyacente no lo es, probablemente es lo mismo que decir que las consecuencias van a ser mejores si actuamos de acuerdo con este -es decir, se incrementará la previsibilidad, se reducirá la discrecionalidad judicial, los errores serán corregidos *ex post* o *ex ante*, y cosas por el estilo. Estos puntos se discuten luego. *Infra* sección IV.D.

(xii) Nota del traductor: Este término por *nondelegation doctrine* en el original.

(56) Para la clásica, y solitaria, aplicación de la doctrina de no-delegación, ver *Panama Refining Co v Ryan*, 293 US 388 (1935); *Schechter Poultry Corp v United States*, 295 US 495 (1935).

(57) *Chevron USA, Inc v Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 US 837, 866 (1984).

interpretaciones de leyes ambiguas, puede ser entendido en modo similar. Una consecuencia deseada de la aproximación Chevron es obligar al Congreso a que se exprese con claridad; si el Congreso sabe que el Ejecutivo (a menudo, su rival institucional) va a tener el poder de resolver las ambigüedades, tal vez va a haber mayor claridad allí donde importa tener mayor claridad. En este sentido, Chevron puede ser visto como un tipo de doctrina no delegacional. Es así posible imaginar un argumento que defendería el formalismo sobre la base de que sirve las mismas buenas funciones que las reglas que evocan información en el Derecho contractual.

Por las razones mencionadas anteriormente, este sería un argumento mayormente empírico. La cuestión es si el Congreso puede responder, *ex ante* o *ex post*, a un régimen formalista, y si lo puede hacer a un costo relativamente bajo. Si un juez formalista no evoca información del Congreso -si el Congreso no parece reaccionar frente a los incentivos formalistas- la defensa del formalismo, como generador de información, se vería debilitado.

5. ¿Es bueno el formalismo?

5.1. En general.

De la discusión hasta ahora, el tema de si puede aproximarse a las leyes de manera formalista, parece depender de estas tres cuestiones principales:

a) ¿Cuánta, si alguna, imprecisión adicional (definida como sea) podría ser introducida por una aproximación no formal? Si las Cortes se equivocan bastante, o basan sus decisiones en consideraciones irrelevantes de política o principios, los argumentos del formalismo se ven reforzados.

b) ¿Qué tipo de incentivos *ex ante* son creados por las aproximaciones formales y no formales, y cómo, si de modo alguno, respondería el Congreso ante estos incentivos? ¿El formalismo judicial incentivaría al Congreso a legislar de forma más clara? ¿El Congreso corregiría los problemas de excesiva generalidad, por lo menos después del hecho?

c) ¿Cuánta inseguridad adicional sería introducida por una aproximación no formal, si incluimos dentro del concepto de inseguridad a la

necesidad de litigar y la dificultad en la planificación? ¿Qué tan mala podría resultar esta inseguridad? ¿Cuál sería el costo? Aquí la interrogante se refiere a la magnitud de los costos de decisión asociados con aproximaciones formales y no formales.

Partiendo de estas preguntas, tenemos una agenda de investigación bastante ocupada. Es posible, por ejemplo, imaginar comparaciones de estado a estado (¿qué ha pasado con las Cortes estatales más formalistas, y qué ha pasado con las menos formalistas?); comparaciones de área a área (¿si es que algunas áreas del derecho, por ejemplo, el derecho tributario, ven un alto o bajo nivel de formalismo, y con que consecuencias?) y estudios generales nacionales a través del tiempo (¿qué tan a menudo el Congreso deroga decisiones formales o no formales? ¿Cómo reacciona el Congreso ante los incentivos formalistas?)

5.2. Formalismo constitucional: una nota.

Ahora podemos entender mejor los debates sobre el formalismo en el Derecho Constitucional. Acá, también, los costos de decisión y los costos de error son altamente relevantes. El Juez Scalia, por ejemplo, piensa que el uso del significado original de un texto va a simplificar las interrogantes constitucionales (reduciría los costos de decisión); también cree que los derechos disfrutados por americanos pueden correr más riesgos si se parte de aproximaciones no formalistas (en torno a los costos de error)⁽⁵⁸⁾. Bajo su punto de vista, los “huecos” serios en la protección de derechos serán llenados por arenas democráticas. Un constitucionalista formalista muy diferente, Akhil Amar, cree que el texto Constitucional, entendido correctamente, protegerá una amplia categoría de derechos, y por ende, que quienes crean en esos derechos no tendrán nada que temer de su especie de formalismo (refiriéndose a los costos de error)⁽⁵⁹⁾. Los no formalistas, sugieren, por el contrario, que el texto constitucional genera muchas ambigüedades (refiriéndose a los costos de decisión) y además que el formalismo constitucional resultaría en una limitación inaceptable a la categoría de los Derechos Constitucionales (sobre costos de error)⁽⁶⁰⁾.

(58) SCALIA, Antonin. Op. cit. pp. 37-47. (supra nota 16).

(59) Ver AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*. Yale, 1998.

(60) Ver DWORKIN, Ronald y BORK. *Jurisprudence*. 57 U Chi L Rev 657 (1990).

Ahora, es poco probable que la investigación empírica resuelva todos los debates relevantes en el dominio Constitucional, en parte debido a que existe tanto desacuerdo sobre lo que cuenta como error, y en parte debido a que cualquier juicio a tal efecto bien podría ser dependiente de teorías^(xiii) (¿Acaso esto va en contra de un método interpretativo que conduce a un rechazo de *Roe v Wade*?⁽⁶¹⁾ ¿*Griswold v Connecticut*?⁽⁶²⁾ ¿*Craig v Boren*?⁽⁶³⁾). Sin embargo, aquí también existen asuntos empíricos importantes. Por ejemplo, el argumento a favor del formalismo en la ley constitucional se fortalecería si se pudiera demostrar que si las Cortes que usan dicho método, no protegieran ciertos derechos, el proceso democrático lo haría en su lugar. El argumento contra el formalismo se fortalecería si se pudiera probar lo contrario. De hecho, muchos debates sobre *Roe v Wade* generan esa pregunta⁽⁶⁴⁾.

5.3. Inglaterra, América, y el Estado regulador.

A partir de lo que se ha tratado hasta el momento, podemos especular en condiciones similares, es probable que el formalismo domine las democracias cuando tengan legisladores altamente reactivos, y que se encontrarán enfoques menos formales en democracias en las cuales la legislatura es incompetente, descuidada, o ambas⁽⁶⁵⁾. Mi especulación no es más que eso, pero está respaldada por cierta evidencia proveniente del campo corporativo, en donde el formalismo tiene más cabida cuando los legisladores son receptivos y, además, cuando se compara la interpretación legal en Inglaterra con aquella de los Estados Unidos⁽⁶⁶⁾.

La ley inglesa está más obligada por reglas y es más formalista que la ley americana. Es menos

probable que el Parlamento británico delegue autoridad discrecional a los jueces. Por su parte, los jueces ingleses tienden a tratar las leyes como reglas, generalmente rechazando investigar si la aplicación particular de la regla hace sentido como un asunto de política o principio. En Inglaterra, la legislación y la interpretación de la ley son mucho más rígidas que en los Estados Unidos, en donde los jueces tienden a evitar el formalismo a fin de poder alejarse del lenguaje literal en el proceso de confrontar casos particulares.

Las diferencias institucionales entre Inglaterra y América ayudan a explicar los diferentes métodos. Las leyes en Inglaterra son redactadas por una Oficina del Concejo Parlamentario, un organismo altamente profesional que consiste de autores técnicos de leyes. El Concejo Parlamentario está preocupado por asegurar un estilo uniforme de redacción. El Concejo además armoniza con los métodos de los jueces ingleses. La práctica de los jueces en sí es uniforme y relativamente simple. En el sistema parlamentario, el gobierno y el poder legislativo están aliados, y el alto grado de control de las partes significa que existe un alto nivel de homogeneidad en Inglaterra en el proceso de legislar. Más aún, y críticamente, el Parlamento revisa las leyes con cierta frecuencia, y repara los errores que se muestran como tales cuando surgen casos particulares⁽⁶⁷⁾.

La situación en los Estados Unidos es muy diferente. Existe una redacción menos centralizada y en consecuencia, menor uniformidad en la terminología. A pesar de que en América la Oficina del Concejo Legislativo ayuda mucho con la redacción, existe menos profesionalización en la producción de leyes. En América, los redactores de

(xiii) Nota del traductor: por el término *theory dependent* en el original.

(61) 410 US 113 (1973).

(62) 381 US 479 (1965).

(63) 429 US 190 (1976).

(64) Ver, por ejemplo, ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago, 1991. pp. 173-265. (argumentando en parte que los movimientos político y legislativos previos a *Roe* pueden haber sido un facto significante para reconocer el derecho a la aborción, tanto como *Roe* en sí mismo).

(65) Estos comentarios se restringen a democracias. En el caso de la Alemania Nazi, el no-formalismo nació de una práctica judicial que no inistía codificación alguna del derecho actual, y simplemente implementaba el programa Nazi, al margen de si tenía base legislativa o no. La insistencia de los Aliados en el formalismo debe ser tomado como un esfuerzo por inculcar los valores de los principios de derecho. Las aproximaciones no-formalistas que estoy discutiendo acá son del todo coherentes con el ideal de los principios de derecho; operan sólo en los casos de ambigüedad o generalidades excesivas.

(66) Cabe mencionar la brillante discusión en ATIYAH, P.S. y Robert S. SUMMERS. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*. Clarendon, 1987.

(67) Han ocurrido recientes cambios interesantes en la práctica inglesa, en la cual la historia legislativa ahora juega un rol. Ver ESKRIDGE, William N. Jr. Op. cit.: pp. 1542. (supra nota 23).

la legislación son múltiples y están coordinados de manera irregular. Excepto en casos excepcionales. El sistema de partes ya no asegura un alto grado de coherencia, y el ejecutivo y el poder legislativo raramente están alineados. El Congreso parece estar conciente sólo intermitentemente de las prácticas interpretativas de los jueces, las cuales no son fáciles de percibir teniendo en cuenta el verdadero tamaño del poder judicial federal y la existencia de divisiones agudas, sólo en este punto, dentro de la Corte Suprema. Sería errado decir que el Congreso ignora por completo la interpretación de las Cortes, respecto de las leyes⁽⁶⁸⁾. Sin embargo, el Congreso no parece estar apto para responder rápida y regularmente a casos particulares en los cuales las interpretaciones, ya sean literales o no, tienden a fallar. Por consiguiente, tanto la legislación como la práctica de interpretación de leyes son muy diferentes de lo que son en Inglaterra. Ninguno de estos sugiere que Inglaterra o América tienen un sistema óptimo de interpretación en vista de sus propias características institucionales. Sin embargo sí sugiere que estos dos sistemas legales son altamente reactivos a sus características institucionales.

Comparemos en este aspecto la interpretación de la ley por parte de las entidades administrativas, las cuales son los intérpretes en primera línea de una amplia gama de reglamentos. Por supuesto que las entidades deben decidir si serán formalistas o no. ¿Deberían las Cortes permitirles serlo?⁽⁶⁹⁾ Una implicancia del análisis hasta aquí, propondría una respuesta afirmativa. En líneas generales, las Cortes deberían permitir a las agencias elegir si desean ser formalistas, como una forma de reducir costos generales de la decisión y costos generales de error.

El lugar para empezar es con *Chevron USA Inc. v Natural Resources Defense Council*^(xiv)⁽⁷⁰⁾, que ha surgido como el caso más importante sobre interpretación legal de los últimos treinta años. Chevron sostiene que cuando las leyes son ambiguas, las Cortes deben aceptar cualquier interpretación razonable de parte de la entidad

encargada de su implementación⁽⁷¹⁾. Chevron parece apoyarse en la sugerencia, central al realismo legal, que la decisión de cómo leer las ambigüedades en la ley no implica ninguna omnipresencia en el cielo sino que es un juicio enfáticamente humano sobre la política o los principios. Chevron concluye que, cuando las leyes son implícitas, el Congreso debería decidir si las entidades administrativas están en mejor posición que las Cortes para realizar dicho juicio. Las entidades están en mejor posición debido a que, según Chevron, el Presidente generalmente está a cargo de sus juicios políticos, y por lo tanto, las entidades administrativas tienen cierto *pedigree* democrático, ciertamente mejor que el de las Cortes.

Visto a través de los lentes de Chevron, el debate sobre el formalismo se puede entender de manera muy diferente en el contexto del siglo veintiuno, donde la ley pública colocaría como una pregunta central: ¿Cuáles son las visiones de cualquier entidad encargada de la implementación de una ley? En contra de los formalistas modernos, podemos urgir que las entidades administrativas deberían estar autorizadas para rechazar el “texto” en situaciones en donde los jueces de ley común no estarían autorizados, al menos cuando no existe evidencia de un juicio legislativo considerado en contra de la interpretación de las agencias. Un punto especialmente importante aquí implica el carácter jerárquico y centralizado de la entidad. La estructura jerárquica elimina mucha de la inseguridad jurídica y variabilidad que podría provenir de Cortes no textuales.

En este sentido, la elección entre la interpretación formalista y no formalista generalmente deberá ser realizada por la entidad relevante, a fin de equilibrar los temas más relevantes y mayormente empíricos, conforme tenga a bien. La entidad está en buena posición para saber si la incertidumbre adicional introducida por la interpretación útil o dinámica vale la pena. Por lo tanto, las Cortes deberán diferir las decisiones en las entidades administrativas no formalistas. El caso más sencillo de los antes mencionados⁽⁷²⁾ involucra

(68) Ver ESKRIDGE, William N. Jr. Op. cit.; pp. 151-153, 259, 262, 295-96, 316 – 322. (supra nota 14). (cita instancias en donde el Congreso derogó la interpretación de la Corte Suprema).

(69) En esta parte tomo prestada y adapto una discusión anterior. Ver SUNSTEIN, Cass R. *Justice Scalia's Democratic Formalism*, 107 Yale L J 529, 550-55 (1997), revisa SCALIA, Antonin. Op. cit. (supra nota 16).

(xiv) Nota del traductor: se refiere al Concejo de Defensa de Recursos Naturales.

(70) 467 US 837 (1984).

(71) Id en 842-45.

(72) Ver el texto que acompaña las notas 6-11.

la Cláusula Delaney. Las Cortes debieron haberle permitido a la FDA que haga exenciones para los riesgos mínimos (lo que no permitieron⁽⁷³⁾); se le debió permitir a una FDA no formalista asegurar que la ley no genere un resultado no razonable, uno que no se pudiera caracterizar como un juicio real del Congreso legislador.

¿Por qué alguien no estaría de acuerdo con estos juicios? La mejor respuesta recae en juicios empíricos que subyacen cualquier tendencia formalista. Sería posible creer que de estar armado con los incentivos correctos, el Congreso podría corregir cualquier problema producido por el literalismo, y además que las entidades están sujetas a presiones, a manera de debilitar la sugerencia de que estos tienen una ventaja comparativa en virtud de su *pedigree* democrático y capacidad técnica. Tal vez las entidades resulten peores que las Cortes, simplemente debido a que son vulnerables a influencias de los distintos partidos políticos. En la medida que esto sea verdad, el argumento a favor del uso judicial del texto, y en contra de entidades no formalistas se verá fortalecido. Y en la medida que el Congreso corrija los problemas creados por el formalismo, existe una menor necesidad de permitir a las entidades, que procedan informalmente. Creo que en general, no es probable que las entidades no formalistas abusen de su discreción y que las respuestas legislativas a los problemas introducidos por el formalismo sería muy pocas y extemporáneas⁽⁷⁴⁾. Sin embargo estos temas requieren un posterior análisis empírico.

5.4. ¿Defendiendo el formalismo sin argumentos empíricos? Sobre conceptos y legitimidad.

Sería posible que algunos formalistas (y algunos no formalistas) respondan a los argumentos que he expuesto hasta el momento de la siguiente manera: el análisis no se refiere a preocupaciones fundamentales. Ningún buen formalista deberá ser persuadido por el análisis expuesto, ya que la verdadera importancia del formalismo se basa en consideraciones constitucionales, o de legitimidad, o de democracia. Los juicios institucionales contingentes, con una composición empírica, son irrelevantes. En una metáfora: Bentham no pudo

persuadir a Kant de la idoneidad de algún curso de acción mostrando que los argumentos utilitarios lo favorecen. Esto no es lo que le preocupa a Kant⁽⁷⁵⁾. Tampoco la sugerencia que los argumentos empíricos pueden concretar la elección entre métodos interpretativos.

Este problema muestra la pregunta de si es posible defender el formalismo sin referencia a temas empíricos -si existe una analogía con la posición deontológica a favor del formalismo. Personalmente, no creo que exista dicha analogía. Existen preguntas importantes sobre la legitimidad y la democracia, pero estas no sirven para elegir entre métodos interpretativos sin recurrir a reclamos empíricos. Pero estas preguntas sí requieren ser tratadas.

5.4.1. La Constitución.

El formalismo puede ser defendido con referencia a la Constitución. Desde esta perspectiva, la Constitución establece ciertos procedimientos para crear la ley, y ciertos instrumentos -cánones, preocupaciones políticas, "equidad", intenciones legislativas- que no son ley. De conformidad con el Artículo I, el texto es la ley.

El problema con esta sugerencia no es que esté mal sino que es irrelevante. Definitivamente, el texto es la ley, y estoy de acuerdo que los juicios políticos o solitarias intenciones no representan la ley. Las cosas no se vuelven ley por el sólo hecho de que el Congreso pretendió que se vuelva. Pero la pregunta aquí es cómo decidir lo que el texto significa. El hecho de que el texto es la ley no establece si su significado debe ser evaluado observando sus intenciones subjetivas (con lo que estarían de acuerdo la mayoría de los miembros del Congreso), examinando los principios interpretativos (bajo la idea de que el texto no debería entenderse de modo tal que genere dudas constitucionales), o entendiendo el texto en vista de preocupaciones equitativas. Si el significado del texto se debe establecer observando el significado objetivo de las palabras, y no en base a cualquier intención dentro de la mente de los legisladores, no es porque la Constitución así lo ordena -no lo hace- sino porque que dicho enfoque genera el sistema

(73) Ver, por ejemplo, *Public Citizen v Young*, 831 F2d 1108, 1122 (DC Cir 1987); *Les v Reilly*, 968 F2d 985, 989 (9th Cir 1992).

(74) La Cláusula Delaney, que no fue reformada hasta 1997, es en sí misma un ejemplo. Ver *The Food Quality Protection Act of 1996*. No 104-170, codificada en 21 USCA § § 346 et seq (1997).

(75) Estoy agradecido con Frank Easterbrook por presionar esta cuestión en el *Symposium*.

más lógico de interpretación, por las razones prácticas que he mencionado⁽⁷⁶⁾.

5.4.2. Ontología de la ley.

Una segunda defensa no empírica del formalismo puede apoyarse en un juicio sobre la naturaleza de la ley, o en otras palabras, en un reclamo sobre la ontología de la ley. ¿No deberíamos -podríamos preguntarnos- decidir primero qué cuenta como “ley”, antes de realizar preguntas empíricas? Después de todo, un decomiso presidencial de los molinos de acero no es ni legítimo, ni legal, aún cuando si consideremos que sea bueno permitirle al Presidente decomisar los molinos de acero. Tal vez, un enfoque formalista surge de una concepción (no empírica o pre-empírica) de lo que permite que algo cuente como ley, y tal vez esta concepción precede cualquiera de los argumentos que he sugerido aquí.

En el presente caso, la respuesta más simple a esta objeción es que el debate entre formalistas y no formalistas no se puede resolver preguntando por la naturaleza de la ley, debido a que cualquier respuesta no ayudará en este debate particular. Consideremos los tres casos mencionados al principio de este artículo⁽⁷⁷⁾. En cada uno de ellos, la gente podría ir en cualquier sentido sin hacer ningún reclamo discutible sobre la naturaleza de la ley. Aquellos que piensan que las Cortes no entienden el lenguaje literal para producir resultados evidentemente no razonables no necesitan involucrar una teoría de lo que hace que algo sea “ley”. Sus opositores tampoco necesitan de esta teoría. Aquellos que piensan que la historia

legislativa es relevante, no necesitan expresar argumentos controversiales sobre la naturaleza de la ley. Aquellos que enfatizan “intenciones”, o cánones tradicionales de construcción, no se basan en teorías controversiales algunas de lo que es la “ley”. Tanto los formalistas como los no formalistas están de acuerdo que las Cortes no deben entender una ley conforme a lo que ellos creen debe decir una buena ley, conforme a la teoría de ontología de la ley⁽⁷⁸⁾. Pero las controversias que estamos tratando tienen un carácter diferente.

5.4.3. Legitimidad y democracia

Algunas personas defienden el formalismo en terrenos enfáticamente no empíricos, señalando que los enfoques formalistas surgen de la teoría de legitimidad política. Aquí, creo, surgen los verdaderos cuestionamientos a los argumentos que he planteado.

Frank Easterbrook, por ejemplo, advierte que para “el textualista la teoría de legitimidad política es lo primero, seguida por una teoría de interpretación que se adecua a la teoría de obligación”⁽⁷⁹⁾. Él ofrece lo que considera son las “dos ramas principales”. De acuerdo con la primera, la “teoría fundamental de legitimidad política en los Estados Unidos es contractual”, y sin ningún tipo de aproximación formalista, “un grupo de abogados está cambiando los términos del trato, rechazando en nombre de una sociedad que no se los pidió”⁽⁸⁰⁾. La segunda responde a la pregunta de por qué los jueces deben ser obedecidos. Desde el punto de vista de Easterbrook, los jueces merecen obediencia en tanto que se adhieren a la Constitución. “Cuando la forma proviene de instituciones e ideas que

(76) Sería posible argumentar que el texto constitucional, leído a la luz de sus antecedentes históricos, argumenta a favor de una u otra aproximación a la interpretación normativa. Para el formalista, este punto de vista genera dos problemas. En primer lugar, la historia parece argumentar en contra del formalismo; la generación enmarcante no abrazaba el formalismo. Ver ESKRIDGE, William N. Jr. *Op. cit.*; pp. 1529-1531. (supra nota 23). En segundo lugar, recurrir a la historia, como una guía autoritativa del texto, requiere algún tipo de argumento de sustento, y éste debe ser, a grandes rasgos, el tipo de argumento empírico que he discutido en el presente trabajo. Todo lo que intento sugerir es que la Constitución en sí misma ni mantiene, ni derroca al formalismo; la cuestión es otra.

(77) Ver texto que acompaña las notas 6-11.

(78) En realidad, yo no creo que este sea el caso. Creo que las cuestiones empíricas e institucionales que he discutido son también cruciales en el presente trabajo – que estas cuestiones son siempre previas a la ontología. Este es un alegato pragmático, sugiriendo que lo que hace que algo califique como ley genera las consecuencias, o el valor monetario, de permitir que califique como una ley. Así, por ejemplo, la Constitución es vinculante por un conjunto (hablando ligeramente) de razones pragmáticas, no por ningún motivo de naturaleza del derecho. La Constitución es vinculante porque es una buena constitución y porque estamos mucho mejor si es que resulta ser vinculante. Pero para el propósito del presente trabajo no es necesario que se acepte estos alegatos tanto más controversiales.

(79) EASTERBROOK, Frank H. *Textualism and the Dead Hand*. 66 *Geo Wash L Rev* 1119, 1119 (1998). Easterbrook habla de la interpretación literal de la Constitución, pero yo creo que lo que dice es el mejor relato de cómo la literalidad puede ser apoyada de manera no empírica por las normas a su vez.

(80) *Id* en 1121.

evolucionan, entonces los legislados deben decidir mediante elecciones...Nada vence a la literalidad en la Corte, porque que nada más fundamenta el veto judicial⁽⁸¹⁾.

Pero estos argumentos no demuestran que la legitimidad apoya la literalidad. Aquellos que buscan invocar intenciones, o consideraciones equitativas, o principios interpretativos, o ideales sociales ampliamente sostenidos, también pueden reclamar el “mantel” de la legitimidad política⁽⁸²⁾; no podemos saber si están equivocados sin conocer mucho más sobre el rendimiento institucional. Tampoco la revisión judicial se vuelve “legítima” en virtud de que se base en un documento de dos siglos de antigüedad. La “legitimidad” de la revisión judicial, como la legitimidad de la propia Constitución, es una cuestión complicada, en la cual el solo “texto” no es condición necesaria ni suficiente. Tampoco es claro cómo la noción del contrato social puede demostrar que el formalismo es el único legítimo enfoque para la interpretación. Quienes firmaron ese contrato ya hace tiempo han dejado de existir, y decir que los jueces no formalistas están rechazando cierto “trato” me parece una mera metáfora. ¿En qué sentido alguno de nosotros acordó dicho “trato” particular? Si estamos vinculados a “este” -y la verdadera cuestión sería cómo establecer sus términos- se debe a que nos resulta conveniente atenernos al mismo, no porque así lo acordáramos.

Lo que subyace en el argumento de Easterbrook, creo, no es una noción de contrato, sino una idea de gobierno democrático. Él piensa que la Constitución puede alegar el apoyo de la soberanía popular, al igual que de las “elecciones”, mientras que el “rechazo” judicial carece de cualquier tipo de apoyo popular. Easterbrook llega al extremo de conectar la idea de legitimidad con democracia, y ligándola a los debates sobre la interpretación, por lo que definitivamente está en el camino correcto. Algunos métodos de interpretación serían ilegítimos (aunque para descubrir por qué, se deberían responder ciertas preguntas empíricas también).

El problema aquí es que el ideal de un gobierno propio democrático no justifica por sí mismo al formalismo. Muchos no formalistas también son demócratas entusiastas. Ellos pueden optar por defender la historia legislativa basándose en que los jueces deberán consultar la voluntad de los representantes del pueblo, en lugar de diccionarios o sus propios juicios, a fin de determinar lo que significan las palabras vagas. Ellos pueden pensar que los principios interpretativos deben derrotar al lenguaje literal, entendiendo que dichos cánones tienen apoyo dentro de las normas y tradiciones del público como fue revelado con el tiempo, o de lo contrario tienen un buen *pedigree* democrático -del cual adolece el lenguaje ambiguo de un Congreso descuidado, digamos, en 1992. Esto no significa que los no formalistas tienen razón. Sólo significa que el ideal de la democracia, o de la legitimidad política, no puede apoyar el formalismo en sí mismo. Dicho ideal debe ser apoyado por un conjunto de argumentos institucionales y empíricos. De encontrar argumentos basados en capacidades y rendimiento institucional, el formalismo sería más legítimo que el no formalismo; de hallar argumentos contrarios, lo opuesto sería verdad.

Según los comentarios que hizo en el Simposio, Frank Michelman fue más allá. Él criticó el formalismo en, basándose en la legitimidad. Alegó que el formalismo es ilegítimo. Desde su punto de vista, el formalismo puede ser legítimo sólo si se cumplen ciertas pre condiciones democráticas -sólo si la ley tuviera, en su origen y siendo susceptible de una posterior revisión, un fuerte *pedigree* democrático debido (por ejemplo) a que fue creada por ciudadanos libres e iguales. Debido a que la ley no tiene este *pedigree* en nuestra sociedad, el formalismo es ilegítimo. Estoy de acuerdo con gran parte del argumento de Michelman, y creo que acepto esta concepción de legitimidad política, pero también pienso que él rechaza ciertas preguntas institucionales importantes. Es cierto que, bajo su hipótesis, el formalismo tiene un serio déficit de legitimidad. Pero desde el punto de vista de la

(81) Id aen 1125.

(82) El esfuerzo más famoso para justificar una revisión constitucional que no es textual según lo entiende Easterbrook, está basada en los ideales de la democracia. Ver HART ELY, John. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard, 1980. Es posible imaginar ciertas analogías en la creación normativa. Ver, por ejemplo, SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Harvard, 1990. (ofrece argumentos en este sentido); HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. MIT, 1996. Traductor: William Rehg.

legitimidad, las cosas podrían ser peores, no mejores, si las Cortes van en direcciones no formalistas. Los jueces pueden, por ejemplo, dirigir las leyes en direcciones que incrementan el problema de legitimidad (si, por ejemplo, ellos concluyen que las leyes generalmente deben ser analizados minuciosamente y de conformidad con la ley común). El esfuerzo para mostrar que el formalismo es ilegítimo pasa por alto las preguntas institucionales comparativas que, como he sugerido, son cruciales a la elección.

Por ejemplo, supongamos que si a la gente no le gusta los resultados que obtiene un sistema formalista de interpretación, ellos elegirán legisladores que les den mejores resultados. Si esto es verdad -y es una proposición empírica- entonces existe un argumento para formalismo: tal vez el formalismo creará un conjunto de incentivos dinámicos para que exista un gobierno propio genuino, y en el proceso, generar mejores leyes. Tal vez conducirá a los ciudadanos a elegir representantes que hacen los que ellos desean que hagan. Si esto es una posibilidad empírica, existe un buen argumento a favor del formalismo. En suma, las defensas del formalismo que tratan de la naturaleza de la ley, o de preguntas de legitimidad, se basan tácitamente en algunas proyecciones empíricas, y surgen o caen con dichas proyecciones.

5.5. Definiendo errores.

Una posible respuesta subrayaría un serio problema mencionado pero no resuelto hasta el momento: ¿cómo sabemos si en realidad ha habido un error interpretativo? Parece razonable decir que cualquier identificación de un “error” depende de algún tipo de interpretación, y por consiguiente, que cualquier evaluación de si es que existen errores, y costos de error, termina siendo un círculo vicioso. Tal vez los errores no puedan ser identificados antes de escoger la teoría de interpretación. De ser así, entonces no podemos elegir entre enfoques alternativos examinando errores y sus “costos”; ya que para ver si hay un error realmente depende de la teoría que ha sido elegida. La literalidad ofrece una teoría por la cual se puede decir si ha habido errores; así también ciertas posiciones no formalistas. No podemos decidir cuál posición es correcta preguntando cuál posición produce más

errores. Al sugerir que evaluemos errores preguntando “¿qué hubiera hecho el Congreso?”, se está creando el punto de partida del círculo vicioso^(xv).

Existe un punto importante y mucha verdad aquí. La respuesta más simple es que incluso si una investigación de errores depende de una teoría, la gente con diferentes teorías puede llegar a estar de acuerdo sobre cuál es el método interpretativo correcto. Si los legisladores son altamente reactivos y las Cortes no formalistas producen inseguridad jurídica y fallos arbitrarios, el argumento a favor del formalismo se verá fortalecido. Supongamos, por ejemplo, que en el área tributaria, los legisladores anticiparán los posibles problemas producidos por el lenguaje general, y que pronto corregirán problemas que emerjan después del hecho; supongamos también que en dicha área, las Cortes no formalistas hacen que las reglas tributarias sean difíciles de predecir y además arbitrarias desde cualquier punto de vista. En contraste, los argumentos a favor del formalismo se verán debilitados, en la ley tributaria, si la legislación fuera bien cruda y no fuera posible que los legisladores corrijan los resultados no razonables que no fueron anticipados, y si las Cortes fueran excelentes adaptando el texto a problemas no previstos. Si el uso del método histórico de interpretación incrementa los costos de decisión sin ayudar a tomar mejores decisiones, el argumento contra el uso de la historia legislativa se verá fortalecido. De esta manera, la gente que tiene teorías abstractas sobre la interpretación, o legitimidad política, debería ser lo suficientemente flexible como para moverse en una u otra dirección en base a hallazgos empíricos predecibles.

Existe un punto más profundo aquí. Una textualista no puede simplemente estipular que los jueces cometen errores si ellos rechazan la literalidad; los textualistas deben dar algunos criterios para defender su compromiso con la literalidad de los textos. El hecho de que el Artículo I establezca ciertos mecanismos para la producción de ley los convierte en criterios defensores del formalismo; la pregunta central es qué significa cualquier “ley”. Como hemos visto, la imitación del mercado y las reglas que evocan información son un punto de partida. Tal vez se pueda agregar que

(xv) Nota del traductor: Esta expresión por *I have loaded the dice from the start* en el original.

ahí donde el resultado de un enfoque interpretativo particular sea absurdo o irracional conforme el criterio establecido por el Congreso, esa interpretación produce errores y costos de error. Tal vez podamos estar de acuerdo -en realidad, generalmente existe consenso en este punto- en que la excesiva ambigüedad puede producir irracionalidad, y así la cuestión central es si los costos (en términos de decisiones y errores) son mayores si las Cortes rechazan la aplicación absurda. Los enfoques de este tipo nos permitirían elegir entre interpretaciones formalistas y no formalistas. Si los formalistas (o no formalistas) no desean un apoyo de este tipo, ¿cómo planean defender su posición? Y recordemos que aquí estamos tratando con un *continuum* de interpretaciones, no con una rígida dicotomía.

Todavía existen puntos sobre los cuales se puede estar en desacuerdo, y es aquí que podemos encontrar discusiones que no son de naturaleza empírica. Algunas personas creen que las Cortes se equivocan si intentan decidir interpretar las leyes en la forma que el Congreso hubiera querido que lo hicieran, incluso si la ley es ambigua o excesivamente general. Más aún, se pueden imaginar diferentes clases de debate entre los que no están de acuerdo con el rol de normas o principios interpretativos legal. Una persona está a favor de usar principios claros; otra crítica los mismos. Y la gente puede no estar de acuerdo con el contenido de dichos principios. Una persona discute que la derogación de la ley debe ser interpretada restrictivamente; otra piensa que la ley debe ser interpretada en beneficio de los grupos tradicionalmente discriminados, o con la intención de promover la protección ambiental. La discusión aquí depende en gran parte de los juicios sobre la naturaleza de una orden legal justo o bueno. Pero incluso aquí existen preguntas empíricas. Si las Cortes optan por uno u otro principio interpretativo, ¿qué harán los legisladores? ¿Reaccionarán siquiera? ¿Reaccionarán de manera tal que destruyan las intenciones de los principios interpretativos relevantes? ¿O internalizarán los juicios que fundamentan los principios? Sería posible saber mucho más sobre estas preguntas de lo que sabemos ahora.

En suma: Mi alegato más restringido aquí es que si todos estamos de acuerdo en que una tarea básica de la interpretación legal es que, en casos de duda, se debe descubrir que hubiera hecho el

Congreso de haberse imaginado el caso particular (“reconstrucción imaginativa”), el debate entre formalistas y no formalistas resulta mayormente empírica, que no depende de consideraciones pragmáticas y empíricas; que, por ejemplo, la reconstrucción imaginativa no puede ser rechazada como criterio (a favor de “significados” objetivos) sin recurrir a dichas consideraciones. La pregunta que busca respuesta es: si este alegato no es correcto, ¿en base a qué se puede defender al formalismo?

6. Conclusión.

En este artículo he señalado que cualquier defensa del formalismo debe tener una amplia dimensión empírica. El formalismo, como un enfoque a la interpretación legal, se defiende mejor teniendo en cuenta que:

a) bajo un régimen formalista, los legisladores reaccionarán frente a los incentivos creados por el formalismo, a fin de hacer un trabajo adecuado *ex ante* y corregir errores *ex post*;

b) el poder legislativo responderán a un régimen no formalista legislando descuidadamente y delegando la interpretación al poder judicial;

c) un poder judicial no formalista provocará desaciertos e injusticias; y,

d) un poder judicial no formalista generará considerable incertidumbre, con altos costos dentro del sistema legal (en proporción a la complejidad de los casos) y en la práctica ordinaria (en tanto la gente no va a saber cómo conducir sus asuntos).

Estos son argumentos empíricos en torno a que la interpretación formalista disminuirá los costos de error y costos de decisión. El no formalista niega estos argumentos, señalando que en la jurisdicción relevante, es poco probable que las Cortes se equivoquen o incrementen la incertidumbre jurídica, y que no es posible que el poder legislativo reaccione ante métodos formalistas. Acá hay muchas preguntas que se pueden evaluar empíricamente. Las respuestas pueden variar de país en país y a dependiendo de la materia a tratar.

Para la ley pública moderna y para el formalismo, se introduce una complicación significativa generada por el aumento de entidades administrativas, las cuales hacen gran parte del trabajo diario de interpretación estatutaria. La administración debe decidir en primera instancia si desea ser formalistas. El formalismo puede ser bueno para el poder judicial pero malo las entidades

administrativas, y el poder judicial haría bien en reconocer dicha posibilidad. Así, he discutido que la mayor especialización de las entidades administrativas debería permitirles elegir entre la interpretación legal formalista y no formalista, siempre que ambas sean razonables.

La enseñanza amplia tiene que ver con la relevancia que puedan tener argumentos empíricos en muchos aspectos de la teoría legal, y la gran dificultad de hacer lo último sin atender al primero. Por supuesto que no es posible evaluar los hechos sin utilizar un criterio normativo; pero en muchos casos, existe un consenso suficiente sobre el criterio para proceder, si los hechos están claros de una u otra manera. Por lo menos, una comprensión de los hechos aclarará en qué puntos estamos en desacuerdo y exactamente por qué, y en el proceso bien podría disminuir el volumen de disputas legales e incluso políticas, a fin de producir “más luz y menos calor”^(xvi). Los no formalistas deberán estar

de acuerdo en que ellos cambiarían su punto de vista si estuviera claro que las Cortes no formalistas cometerían errores, o que el poder legislativo, al enfrentarse con un poder judicial formalista, corregiría *ex post* o respondería al formalismo legislando con mayor *ex ante*. Por su parte, los formalistas se verán sacudidos si los jueces no formalistas proceden sabiamente y sin crear altos costos de decisión, o si el poder legislativo resultara completamente indiferente a la interpretación formalista y si los errores palpables permanecieran sin ser corregidos. La mutua aceptación mutua en estos puntos hará que uno de los grandes debates casi teológicos en la teoría legal sea más manejable, menos teológico, y menos enigmático. Si el formalismo tiene que ser defendido empíricamente, cualquier avance futuro dependerá de poder aislar las verdaderas discusiones y desacuerdos, para poder intentar investigar qué cosa es, en realidad, la verdad. \square

(xvi) Nota del traductor: por la frase *more light and less heat* en el original, en lenguaje coloquial, quiere decir producir más claridad y menos discusiones acaloradas.